

Peter von Ins	Editorial	■ 387
Thema/Question du jour		
Franz Kellerhals	Die Binnenschiedsgerichtsbarkeit in neuem Kleid – der 3. Teil des Vorentwurfs einer Schweizerischen Zivilprozessordnung	■ 391
Jacques Haldy	Avant-projet de Code fédéral de procédure civile	■ 398
Anwaltspraxis/Pratique du barreau		
Baptiste Rusconi	L'assurance RC professionnelle de l'avocat: risque, sinistre et durée de la couverture	■ 401
Hermann Bechtold, Jörg R. Bühlmann	Anwaltsvereine und Mehrwertsteuer	■ 404
Hermann Bechtold, Jörg R. Bühlmann	Etudes d'avocats et TVA	■ 406
Max Roth	Vom Umgang mit Prozessakten	■ 408
Sarah Montani	Juristische Wissensarchitektur	■ 409
Rechtsprechung/Jurisprudence		
Rechtsetzung/Législation		
Pressepiegel/Revue de presse		
Forum		
Joseph Küng	Zur steuerlichen Behandlung von fiktiven Erträgen	■ 423
SAV – Kantonale Verbände / FSA – Ordres cantonaux		
	Anwaltskongress	■ 427
	Congrès des avocats	■ 428
	Unsere Kongresspartner stellen sich vor . . . / Nos partenaires du congrès se présentent . . .	■ 429
René Rall	Der Generalsekretär teilt mit . . . / Le secrétaire général vous informe . . .	■ 430
	Spezialreise zum Juristenball in Wien	■ 431
	Voyage spécial au bal des juristes à Vienne	■ 432
Agenda		
■ 435		

Impressum

Anwaltsrevue/Revue de l'avocat
6. Jahrgang 2003/6^e année 2003
ISSN 1422-5778

Zitiervorschlag/Suggestion de citation
Anwaltsrevue 11–12/2003, 289 ff.
Revue de l'avocat 11–12/2003, 289 ss

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

Chefredaktion/Rédacteur en chef
Peter von Ins, Fürsprecher (vI)
Bollwerk 21
CH-3001 Bern
Telefon/Téléphone: 031 328 35 35
Telefax: 031 328 35 40
E-Mail: vonins@bollwerk21.ch

**Verlag und Redaktion/
Edition et rédaction**
Helbing & Lichtenhahn Verlag
Lektorat Zeitschriften
Lic. phil. Roland Strub
Lic. phil. Anne-Marie Prévost
Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel
Telefon/Téléphone: 061 228 90 70
Telefax: 061 228 90 71
Internet: www.helbing.ch
E-Mail: zeitschriften@helbing.ch

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

Sekretariat SAV/Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321
CH-3001 Bern
Telefon/Téléphone: 031 313 06 06
Telefax: 031 313 06 16
E-Mail: info@swisslawyers.com

Inserate/Annonces
Kretz AG
General Wille-Str. 147, Postfach
CH-8706 Feldmeilen
Telefon/Téléphone: 01 925 50 60
Fax: 01 925 50 77
E-Mail: info@kretzag.ch

Vertrieb/Distribution
Bookit Medienversand AG
Postfach, CH-4601 Olten
Telefon/Téléphone: 062 209 27 39
Telefax: 062 209 26 27
E-Mail: zeitschriften@sbz.ch

Preise/Prix
Jährlich/Annual: Fr. 148.–, € 101.–
Studenten/Étudiants: Fr. 98.–, € 67.–
Einzelheft/Numéro séparé: Fr. 20.–, € 14.–
Mitglieder des SAV gratis/Membres FSA gratuit
Alle Preise zzgl. MWST.
Kündigungen für die neue Abonnementperiode sind
schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorange-
henden Jahres mitzuteilen./La résiliation de l'abonne-

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

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

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

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

Editorial

Noch eine Weihnachtsgeschichte . . .

«Jetzt ist Schluss, Ende, fertig, aus. Was glaubt der eigentlich, ohne mich jedenfalls!» Mit letzter Kraft schob Redlich das lokale Anzeigenblatt am Morgentisch zu seiner Frau rüber und wies mit dem Finger auf die Stelle. Diese las kurz und stöhnte leise auf. Dann starrten die beiden sich schweigend an.

Alles hatte ganz harmlos angefangen. Redlich erinnerte sich noch genau, wie er vor Jahren, Mitte Dezember nach einem anstrengenden Tag am Gericht durch das damals noch dunkle Quartier seinem Haus zustrebte. Der Regen hatte sich leicht mit Graupel gemischt, es war kalt. Mit seinen Gedanken immer noch an der Urteilsbegründung der letzten Sitzung weilend, bemerkte er ES im letzten Moment: Dort, wo vormals dunkel eine Fensterfront ihm sein Haus ankündete, leuchtete hell ein Weihnachtsstern. Redlich küsste seine Frau und sagte versöhnlich, obwohl ihn Kerzenlicht eigentlich immer noch am meisten an die feierliche Adventsstimmung seiner Kindheit erinnern würde, habe dieser Elektrostern auch etwas Feierliches, wie er da so still im dunkeln Quartier leuchte. Der Stern leuchtete bis am 26. Dezember und wurde anschliessend im Estrich versorgt. Redlich hatte ihn im nächsten Jahr bereits vergessen. Umso überraschter war er, als er anfangs Dezember beim Nachhausekommen in drei benachbarten Häusern gleichzeitig mehrere Sterne in sämtlichen Fenstern leuchten sah. Frau Redlich schmolte schon und weigerte sich, den Vorjahreskauf wiederum vom Estrich runterzuholen und aufzuhängen. Redlich überzeugte sie, es trotzdem zu tun mit dem Hinweis, man könne ja nächstes Jahr die Adventsdekoration wechseln. Der Stern leuchtete fortan etwas verloren in einem allabendlichen, schaltuhrgesteuerten nachbarschaftlichen Mehrfach-Fensterleuchten. Im nächsten Jahr hatten Redlichs keinen Stern mehr. Dafür hatte Huggentobler nun sämtliche Fenster mit einer Lichtgirlande umrandet und Sterne aufgehängt, welche unablässig blinkten. Leuenberger reagierte darauf im Folgejahr mit der Elektrifizierung sämtlicher Zierbäume und Hecken in seinem Garten, ausserdem hatte er die Fenster mit Vorhängen tausender, kleiner Elektrolichtlein versehen. Das wiederum konnte nun Huggentobler nicht auf sich sitzen lassen, weshalb Dachfirst, Dachtraufe und die Ecken seines Häuschens konturenbeleuchtet wurden, während es von Mitte November bis Mitte Januar unablässig aus sämtlichen Fenstern blinkte. Leuenberger zog nach, schaffte sich ebenfalls eine Konturenbeleuchtung an, diese jedoch wechselte noch alle 45 Sekunden die Farbe. Zu den beleuchteten zwei Tännchen in seinem Garten gesellte sich ein Rentierschlitten aus Lichtergirlanden und das Biotop wurde eisblau von drei Scheinwerfern angestrahlt. In der Mitte schwam-

men pinkfarbene elektrische Seerosen. Müssig zu erwähnen, dass mittlerweile auch unzählige weitere Quartierbewohner sich am Wettrüsten für die Heilige Zeit engagiert hatten und das Quartier im Dezember leuchtete, blinkte und glitzerte, dass Las Vegas im Vergleich hierzu schon fast wie elektrotechnisches Entwicklungsgebiet wirkte. Unbestrittene Anführer waren jedoch Leuenberger und Huggentobler. Letzterer hatte unter der Dachrinne mittlerweile Lautsprecher installiert, welche mit Bewegungsmelder gekoppelt waren. Jedesmal, wenn jemand an Huggentoblers Lichterorgie vorbeiging, ertönten unter dem Dachvorsprung die glockenhellen Stimmen eines Knabenchores mit «Leise rieselt der Schnee». Auch der lokale Postbote musste sich zunächst daran gewöhnen, dass bei jedem Posteinwurf im Dezember aus Huggentoblers Briefkasten ein röhrendes «Jingle Bells» ertönte. Woher im folgenden Jahr Leuenberger die sechs lebenden Rentiere in seinen Garten geholt hatte, wird sein Geheimnis bleiben. Jedenfalls waren sie im Januar wieder verschwunden.

Redlich starrte immer noch seine Frau an und diese ihn. Unter der Rubrik «Baugesuche» stand da ganz unscheinbar: «Ausnahmegesuch: Beschneidung der privaten Gartenanlage während der Adventszeit (. . .) Gesuchsteller. E. Huggentobler». Frau Redlich zündete die Kerze im Adventskranz an, legte ihre Hand auf seine und flüsterte Redlich ins Ohr: «Leg dich nicht mit Nachbarn an, sei versöhnlich, bald ist Weihnachten, mach keine Einsprache, vielleicht schneit es ja wieder einmal richtig.» Redlich brummelte etwas von «keine Ausnahmegründe, Unverhältnismässigkeit, für's Schneien sei nicht Huggentobler, sondern auch in der Adventszeit immer noch der liebe Gott zuständig», blickte in den verhangenen Adventsmorgen und sagte: «Du hast recht, es beginnt zu schneien.»

Frohe Weihnachten und ein Gutes Neues Jahr

Peter von Ins, Fürsprecher

Franz Kellerhals*

Die Binnenschiedsgerichtsbarkeit in neuem Kleid – der 3. Teil des Vorentwurfs einer Schweizerischen Zivilprozessordnung

1. Einleitung

Im Juni 2003 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement den Vorentwurf der Expertenkommission für eine Schweizerische Zivilprozessordnung (VE SZPO) samt Bericht dazu (Bericht) veröffentlicht und der Bundesrat gab seine Ermächtigung, das Vernehmlassungsverfahren durchzuführen.¹ Der 3. Teil dieses Vorentwurfs ist der Binnenschiedsgerichtsbarkeit gewidmet; er soll das Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit (Konkordat; KSG)² ersetzen.

Zweck dieses Artikels ist es, Leserinnen und Leser der Anwaltsrevue, für die Schiedsgerichtsbarkeit zu ihrem Tätigkeitsgebiet gehört, die sich aber nicht tagtäglich mit dieser Materie beschäftigen, bereits heute, d. h. einige Jahre bevor der Vorentwurf Gesetz wird, mit dem gesetzgeberischen Konzept, das die Expertenkommission gewählt hat, und mit den wichtigsten Neuerungen gegenüber der heutigen Konkordatsregelung vertraut zu machen.

Der Verfasser des vorliegenden Aufsatzes war Mitglied der Subkommission «Schiedsgerichtsbarkeit», die den 3. Teil des Vorentwurfes vorbereitet hat. Diese Mitarbeit erklärt, weshalb eine wertende Würdigung des vorgeschlagenen Gesetzesteils in der nachfolgenden Darstellung nur mit grosser Zurückhaltung erfolgt.

2. Gesetzgeberisches Konzept

2.1. Ausgangslage

Die Binnenschiedsgerichtsbarkeit ist heute im Konkordat, dem alle Kantone beigetreten sind, geregelt. Die Schiedsgerichtsbarkeit mit grenzüberschreitendem Bezug hingegen hat der Gesetzgeber im 12. Kapitel des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG)³ geordnet. Vor Inkrafttreten des IPRG fanden das Konkordat – und in Kantonen, die ihm nicht beigetreten waren – das kantonale Prozessrecht auch auf internationale Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz Anwendung. Die Zweiteilung – für internationale Verhältnisse ein Bundesgesetz, für

nationale Schiedsgerichte das Konkordat bzw. kantonales Recht – ist auf verfassungsrechtliche Vorgaben zurückzuführen, nicht auf sachbezogene Überlegungen. Unter der Herrschaft der in Art. 64 Abs. 3 aBV⁴ gültigen Kompetenzordnung, wonach Zivilprozessrecht in die kantonale Gesetzgebungshoheit fällt, sah der eidgenössische Gesetzgeber bisher davon ab, die nationale Schiedsgerichtsbarkeit durch Erlass eines Bundesgesetzes einer einheitlichen gesamtschweizerischen Regelung zuzuführen; er begnügte sich 1969 mit der Schaffung eines Konkordats.

Als 20 Jahre später zur Debatte stand, die internationale Schiedsgerichtsbarkeit im Zuge der Kodifikation des internationalen Privatrechts gesetzlich zu regeln, fand der Bundesgesetzgeber den Weg, die (immer noch gleich lautenden) verfassungsrechtlichen Schranken zu überwinden. Professor François Poudret konnte am Juristentag 2002 in Lausanne mit Fug feststellen: «. . . ce courant dualiste . . . n'a abouti qu'en France et en Suisse. Et cela pour des raisons essentiellement contingentes ou, plus précisément, politiques. . . En Suisse . . . , ce sont des raisons constitutionnelles qui, dans un premier temps, ont incité le législateur fédéral à réglementer séparément l'arbitrage international au chapitre 12 LDIP, quitte à respecter le Concordat de 1969 pour l'arbitrage interne»⁵.

Mit der Neufassung von Art. 122 Abs. 1 BV⁶, der die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts *und des Zivilprozessrechts zur Bundessache* erklärt, ist dieser Diskussion ein Ende gesetzt: Für den Bundesgesetzgeber ist die Bahn frei, auf dem Gebiet der Schiedsgerichtsbarkeit (fast) uneingeschränkt zu legislieren.⁷

2.2. Dualismus beibehalten

Dem Gesetzgeber steht die Wahl offen:

- nationale und internationale Schiedsgerichtsbarkeit in einem einzigen Erlass zu regeln, wie das viele europäische Staaten

4 Entspricht heute Art. 122 Abs. 2 BV (in der geltenden Fassung vom 18. April 1999).

5 Zitat aus dem nicht veröffentlichten Referat von François Poudret anlässlich des Schweizerischen Juristentages vom 7./8. Juni 2002 in Lausanne zum Thema Schiedsgerichtsbarkeit.

6 Vgl. den Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999, BBl 1999 8633, angenommen in der Volksabstimmung vom 12. März 2000, BBl 2000 2990. Die formelle Inkraftsetzung von Art. 122 Abs. 1 BV durch den Bundesrat steht noch aus; vgl. den Bundesbeschluss über das teilweise Inkrafttreten der Justizreform vom 24. September 2002, AS 2002 3147.

7 Einschränkungen ergeben sich nur im Bereich der Gerichtsorganisation (Art. 122 Abs. 2 BV).

* Prof. Dr. Kellerhals ist Fürsprecher in Bern (www.kellerhals-partners.ch). Dieser Aufsatz entstand mit der tatkräftigen Unterstützung meines Mitarbeiters Dr. Bernhard Berger, Fürsprecher, LL. M., Bern, dem ich bestens danke.

1 Der Vorentwurf ist abrufbar unter <http://www.ofj.admin.ch/themen/v-zivilplentw-zpo-d.pdf>, der Begleitbericht der Expertenkommission unter <http://www.ofj.admin.ch/themen/v-zivilplvn-ber-d.pdf>.

2 SR 279.

3 SR 291.

getan haben (so z. B. die Niederlande, Grossbritannien, Deutschland und andere); oder

- den heutigen Zustand, d. h. das Nebeneinander von Konkordat und Kapitel 12 IPRG unverändert zu belassen; oder aber
- das Konkordat aufzuheben, die nationale Schiedsgerichtsbarkeit in einem eigenen Bundesgesetz oder in einem Teil eines neuen Bundeserlasses zu ordnen und die Regelung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im IPRG als Kapitel 12 zu belassen.

Dem Vorentwurf liegt die zuletzt aufgeführte Lösungsmöglichkeit zu Grunde. Die Expertenkommission liess sich bei ihrem Grundsatzentscheid weitgehend von pragmatischen Überlegungen leiten: Einerseits besteht kein Anlass, an der Kodifikation der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im IPRG, die sich bewährt hat, etwas zu ändern. Andererseits bietet die Schaffung einer Schweizerischen Zivilprozessordnung eine einmalige Gelegenheit, von der gesetzgeberisch schwerfälligen Form des Konkordats abzurücken, um gleichzeitig in einem neuen Bundesgesetz den berechtigten Kritiken an der bisherigen Regelung Rechnung zu tragen. *Der Dualismus soll erhalten bleiben.*

2.3. Weitere gesetzgeberische Leitlinien

Die Experten liessen sich von der Erkenntnis leiten, dass sich das Konkordat im Grossen und Ganzen bewährt hat. Nur dort, wo die geltende Regelung offensichtlich Schwächen gezeigt oder sich als lückenhaft erwiesen hat, sind Eingriffe in Bekanntes erfolgt. Diese gesetzgeberische Zurückhaltung legte sich die Kommission nicht zuletzt deshalb auf, um der bisherigen Rechtsprechung und Doktrin zum Konkordat ihren Stellenwert zu erhalten. Ungeachtet des weiterhin andauernden Dualismus haben sich die Schöpfer des Vorentwurfs aber bemüht, wenn immer möglich und sachlich gerechtfertigt, eine Angleichung an die im Kapitel 12 IPRG gewählten Lösungen und Formulierungen zu suchen. Der Vorentwurf orientiert sich hingegen nicht am UNCITRAL-Modellgesetz⁸; einige Ausnahmen bestätigen diesen Grundentschluss.

3. Die wichtigsten Neuerungen in Kürze

3.1. Geltungsbereich (Art. 344 VE SZPO)

Das Bestehen verschiedener Regelungen für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit einerseits und für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit andererseits erfordert, den Geltungsbereich der beiden Ordnungen von einander abzugrenzen. Diese Abgrenzung nimmt Art. 344 VE SZPO vor. Die Norm ist denkbar einfach: Die Bestimmungen über die Binnenschiedsgerichtsbarkeit finden auf alle Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz Anwendung, welche nicht als international im Sinne von Art. 176 IPRG gelten. Nach Art. 176 IPRG gelten die Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG für Schiedsgerichte mit Sitz in unserem Land, wenn beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei

ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte. Massgebendes *Abgrenzungskriterium* ist zwangsläufig auch aus der Sicht der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit ein *formales*, nämlich der Wohnsitz (für juristische Personen der Sitz) oder der gewöhnliche Aufenthalt der Parteien bei Abschluss der Schiedsvereinbarung: Hatten in diesem Zeitpunkt die vor Schiedsgericht im Streit liegenden Parteien alle ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz, liegt Binnenschiedsgerichtsbarkeit vor, die Bestimmungen des 3. Teils der Schweizerischen Zivilprozessordnung, nicht jene des IPRG sollen Anwendung finden.⁹

3.2. Schiedsfähigkeit (Art. 348 VE SZPO)

In der Frage, welche Streitsachen schiedsfähig sind, folgt der Vorentwurf grundsätzlich der bisherigen Regelung im Konkordat: Massgebend ist die *freie Verfügbarkeit des Anspruches*, nicht aber – wie nach Art. 177 Abs. 1 IPRG – sein vermögensrechtlicher Charakter. Art. 348 VE SZPO bringt mithin keine Neuerung.¹⁰ Erwähnenswert ist die Bestimmung aber deshalb, weil ihre Fassung in der Subkommission zu lebhaften Diskussionen Anlass gab, was nicht verwundert, gehört doch die «[...] Frage nach der Arbitrabilität einer Streitsache bzw. nach dem hierauf anwendbaren Recht [...] zu den schwierigsten Problemen des [...] Schiedsgerichtswesens»¹¹. Die Schiedsfähigkeit nach der freien Verfügbarkeit des Anspruchs zu beurteilen, stellt eine Lösung dar, die der internen Schiedsgerichtsbarkeit durchaus angemessen ist. Vorab knüpft sie an Bewährtes an. Zudem ist sie schiedsgerichtsfreundlich, denn sie schliesst auch nicht vermögensrechtliche Ansprüche, über welche die Parteien frei verfügen können (wie z. B. der Ausschluss aus einer kulturellen Organisation, Schutz von Persönlichkeitsrechten u. a. m.) mit ein. Sie ist überdies klar, ist doch aus dem Wortlaut der Bestimmung ohne weiteres erkennbar, dass vermögensrechtliche Streitsachen, die der Parteidisposition entzogen sind (wie beispielsweise der Streit um Unterhaltsbeiträge an minderjährige Kinder) nicht schiedsfähig sind. Der Nachteil, dass immer dann, wenn die freie Verfügbarkeit eines Anspruches nicht nach schweizerischem, sondern nach ausländischem Recht zu bestimmen ist, schwierige Auslegungsfragen zu lösen sind, ist umso eher in Kauf zu nehmen, als Streitsachen vor Binnenschiedsgerichten in aller Regel nach hiesigem Recht zu entscheiden sind¹². In dieser Hinsicht unterschei-

9 Vgl. zur Bedeutung des Wohnsitzes als Abgrenzungskriterium zwischen interner und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit den Entscheid des Bundesgerichts, I. Zivilabteilung, vom 24. Juni 2002, 4P.54/2002, wiedergegeben in ASA-Bulletin 1/2003, S. 131 ff. und die dazu geäusserte Kritik von François Knoepfler in ASA-Bulletin 1/2003, S. 137 ff.

10 Gegenüber Art. 5 KSG ist inhaltlich einzig neu, dass dessen zweiter Halbsatz («... , sofern nicht ein staatliches Gericht nach einer zwingenden Gesetzesbestimmung in der Sache ausschliesslich zuständig ist.») ersatzlos fallen gelassen wurde.

11 Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263ff (Ziff. 2101.22 Abs. 2).

12 Wie in Pierre Lalive/François Poudret/Claude Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989, Ziff. 2 zu Art. 5 KSG, überzeugend dargelegt, bestimmt sich die Schiedsfähigkeit nach der *lex causae*. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei Art. 177 Abs. 1 IPRG um eine materielle Regel des IPRG, die von der *lex arbitri* beherrscht ist; vgl. dazu BSK-IPRG-Briner, N 8 zu Art. 177 IPRG.

8 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Abrufbar unter <http://www.uncitral.org/english/texts/arbitration/ml-arb.htm>.

det sich die internationale Schiedsgerichtsbarkeit; für sie stellt das Abstellen auf das Kriterium des vermögensrechtlichen Charakters eine sinnvolle Lösung dar, die das Schiedsgericht in internationalen Verfahren davor bewahrt, mühsame Abklärungen über die freie Verfügbarkeit eines Anspruchs – häufig aus grenzüberschreitender Geschäftstätigkeit entstanden – anzustellen. Weniger einfach, aber vertretbar wäre auch eine Lösung, die als Regel der freien Verfügbarkeit des Anspruches folgt, für den Ausnahmefall aber, dass die Schiedsfähigkeit der Streitsache nach ausländischem Recht zu beurteilen ist, auf Art. 177 Abs. 1 IPRG verweist.¹³

3.3. Form der Schiedsvereinbarung (Art. 349 VE SZPO)

Nach Art. 6 KSG bedarf die Schiedsvereinbarung zu ihrer Gültigkeit der Schriftform. Diese Bestimmung war bereits 1969, im Zeitpunkt der Verabschiedung des Konkordates, veraltet, wie ein Blick auf die New York-Konvention von 1958¹⁴ zeigt. Art. II Ziff. 2 dieser Konvention verlangt, dass jeder Vertragsstaat Vereinbarungen als gültige Schiedsabreden anzuerkennen hat, sofern der Vertrag oder die Schiedsabrede von den Parteien unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten ist, die sie gewechselt haben.

Art. 349 Abs. 2 VE SZPO knüpft an die Formulierungen in Art. 178 Abs. 1 IPRG sowie an jene in Art. 5 IPRG und Art. 9 GestG über Gerichtsstandsvereinbarungen an. Massgebend ist, dass der Abschluss einer Schiedsvereinbarung *durch Text nachgewiesen* werden kann, wobei dem Gebrauch bereits bekannter und künftiger moderner Übermittlungsmittel Rechnung getragen wird.

3.4. Offenbarungspflicht (Art. 354 Abs. 1 VE SZPO)

Nach nahezu einhelliger Meinung in Lehre und Rechtsprechung¹⁵ untersteht das Schiedsrichtermandat dem Auftragsrecht. Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte (hier die Schiedsrichter) dem Auftraggeber (nämlich den Streitparteien) für «getreue und sorgfältige Ausführung» des ihm übertragenen Geschäfts. Die Verfasser des Konkordats sind wohl davon ausgegangen, dass in der oben umschriebenen, auf Privatrecht gründenden Sorgfaltspflicht, die *Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten* stillschweigend miteingeschlossen ist.

Art. 354 Abs. 1 VE SZPO ruft diese Obliegenheit ausdrücklich in Erinnerung, indem er von jedem Schiedsmandatsträger verlangt, das Vorliegen von Umständen offen zu legen, die berechtigte Zweifel an seiner Unabhängigkeit wecken können. Diese Verdeutlichung einer allgemeinen Regel erweist sich auch für Binnenverhältnisse angesichts des stetigen Wertewandels als durchaus zweckmässig. Die Bestimmung steht in Einklang mit entsprechenden Vorgaben in Schiedsordnungen internationaler

Institutionen; die Formulierung lehnt sich an Art. 12 Abs. 1 des UNCITAL-Modellgesetzes an.¹⁶

3.5. Vorsorgliche Massnahmen (Art. 364 VE SZPO)

Nach heutigem Recht sind für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen allein die staatlichen Gerichte zuständig; das Schiedsgericht kann den Parteien lediglich vorsorglichen Rechtsschutz empfehlen und sie zur freiwilligen Befolgung entsprechender Anordnungen anhalten (Art. 26 KSG). Diese Regelung hat sich nicht bewährt; sie trägt den Bedürfnissen der Rechtssuchenden nach einstweiligem Rechtsschutz während des Verfahrens nicht Rechnung und verkennt den Stellenwert freiwilligen Mitwirkens im Prozess. Die Regelung im Vorentwurf, *dass auch das Schiedsgericht vorsorgliche Massnahmen einschliesslich solcher für die Sicherung von Beweismitteln anordnen kann*, stellt einen grossen Fortschritt dar; sie unterstreicht die Gleichwertigkeit von Binnenschiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Justiz.

Wie in internationalen Schiedsverfahren (Art. 183 Abs. 1 IPRG) gilt, dass der Gesuchsteller die Wahl hat, ob er vorsorglichen Rechtsschutz beim Schiedsgericht oder beim staatlichen Richter anbegehren will; bevor das Schiedsgericht konstituiert ist, kann ihm allerdings nur die staatliche Justiz Schutz gewähren. Der Vorentwurf verkennt nicht, dass dem Schiedsgericht die Autorität fehlt, angeordnete Massnahmen zwangsweise durchzusetzen. Deshalb wird die Lösung aus Art. 183 Abs. 2 IPRG übernommen, die erlaubt, für Vollzugsmassnahmen die Mitwirkung des staatlichen Richters in Anspruch zu nehmen, so etwa mit dem Begehren, einem vom Schiedsgericht angeordneten Verbot die Strafandrohung nach Art. 292 StGB anzufügen oder die Polizei zur Durchsetzung eines Herausgabebefehls einzuschalten.¹⁷

Vorauszusehen ist, dass die Abgrenzung der Aufgaben und Kompetenzen zwischen dem vorsorglichen Rechtsschutz anordnenden Schiedsgericht und dem i. S. von Art. 364 Abs. 2 VE SZPO zur Mitwirkung gerufenen staatlichen Richter gesetzgeberisch Fragen aufwerfen wird, die im Vorentwurf zum Teil offen gelassen wurden und dereinst von der Rechtsprechung zu beantworten sind. Fest steht, dass es nicht Aufgabe des staatlichen Gerichtes ist, die schiedsrichterliche Anordnung auf ihre Zweckmässigkeit hin zu überprüfen. Offen bleibt aber, wie weit der «juge d'appui» anpassend eingreifen darf, wenn das Schiedsgericht Massnahmen verordnet hat, die unsere Rechtsordnung nicht oder nicht in der verfügbaren Ausgestaltung kennt. In der Binnenschiedsgerichtsbarkeit dürften solche Fälle selten bleiben; in der Regel sind die Spruchkörper mit Schiedsrichtern besetzt,

13 Nicht weiterzuhelfen vermögen hingegen alternative oder kumulative Kombinationen der Kriterien «freie Verfügbarkeit» und «vermögensrechtlicher» Charakter eines Anspruches; siehe dazu Bericht, S. 167.

14 Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958, SR 0.277.12.

15 Vgl. statt vieler Thomas Rüede/Reimer Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Aufl., Zürich 1993, S. 151.

16 «When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.»

17 Eine solche Zwangsmassnahme kann sich auch gegen eine Person richten, die nicht Prozesspartei ist, z. B. ein Dritter, der für den Beklagten das herauszugebende Bild zurückhält, ohne daran eigene Rechte geltend zu machen; deshalb spricht Art. 364 Abs. 2 VE SZPO von der «betroffenen Person», nicht aber von der Partei.

die mit den Möglichkeiten und Grenzen des vorsorglichen Rechtsschutzes nach schweizerischem Recht vertraut sind.¹⁸ Zu Unsicherheit Anlass geben könnte überdies die Frage nach dem sachlich zuständigen Gericht: Ist es der in Art. 346 Abs. 2 lit. c VE SZPO vorgesehene Richter (an welcher Stelle nur auf Art. 365 Abs. 2 nicht aber auf Art. 364 Abs. 2 VE SZPO verwiesen wird), hat der Vollstreckungsrichter diese Mitwirkungsaufgabe zu erfüllen oder ist der Massnahmenrichter anzurufen? Je nach Wahl der einen oder anderen Lösung, ergeben sich wiederum verschiedene örtliche Zuständigkeiten.¹⁹

Bezüglich der Leistung und der Freigabe von Sicherheiten (Art. 364 Abs. 3 und 5 VE SZPO) sowie der Haftung für Schaden, der aus einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme erwachsen ist (Art. 364 Abs. 4 VE SZPO), gilt im Wesentlichen die nämliche Ordnung, die Art. 278 VE SZPO für staatliche Gerichte vorsieht. Hervorzuheben ist, dass allfälliger Schadenersatz im hängigen Schiedsverfahren geltend gemacht werden kann (Art. 364 Abs. 4 VE SZPO letzter Satz). Wenn auch nicht ausdrücklich erwähnt, können Schiedsgerichte durchaus vorsorgliche Massnahmen gestützt auf einseitigen Antrag (superprovisorisch) aussprechen.

3.6. Streitgenossenschaft und Klagenhäufung (Art. 366 Abs. 1 und 2 VE SZPO)

Das Bemühen um prozessökonomische Lösungen und die Sorge, widersprüchliche Entscheide zu vermeiden, haben die Verfasser des Vorentwurfes veranlasst, eine Neuerung einzuführen, die von grossem praktischen Nutzen sein kann, wenn *Mehrparteienverhältnisse* vorliegen oder unter denselben Parteien eine *Mehrzahl von Forderungen* strittig und deshalb einer endgültigen richterlichen Beurteilung zuzuführen sind.²⁰

Art. 366 Abs. 1 VE SZPO erlaubt, dass Streitgenossen vor Schiedsgericht klagen oder gegen sie vor Schiedsgericht geklagt werden kann, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind:

- alle Parteien müssen untereinander durch eine oder mehrere übereinstimmende Schiedsvereinbarung(en) verbunden sein; und
- die geltend gemachten Ansprüche müssen identisch sein oder in einem sachlichen Zusammenhang stehen.

Erforderlich sind mithin nicht identische, sondern lediglich übereinstimmende Schiedsvereinbarungen, d. h. Schiedsabreden, in denen die *Essentialia* (wie Sitz, Anzahl Schiedsrichter oder das anwendbare Recht) gleich lauten.

18 Ordnet das Schiedsgericht allerdings Massnahmen an, die gegen die schweizerische Rechtsordnung verstossen, wird der staatliche Richter eine Mitwirkung verweigern.

19 Die örtliche Zuständigkeit des staatlichen Richters i. S. von Art. 346 VE SZPO gibt der Sitz des Schiedsgerichts vor, diejenige des Vollstreckungsrichters Art. 327 VE SZPO und die des Massnahmerichters Art. 11 VE SZPO.

20 Zu denken ist z. B. an den Bauherrn, der gegen Architekt, Ingenieur und Bauunternehmung vorgehen will (passive Streitgenossenschaft) oder an die Werbeagentur, die gegen einen Kunden Forderungen im Zusammenhang mit verschiedenen Werbeaktionen (und entsprechenden Verträgen) geltend macht (objektive Klagenhäufung).

Sind mehr als zwei Parteien an einem Schiedsverfahren beteiligt, kann bereits die Nominierung der Schiedsrichter zu Schwierigkeiten führen.²¹ Diesem Umstand trägt Art. 353 VE SZPO, der die Ernennung der Schiedsrichter durch das staatliche Gericht regelt, Rechnung mit der Bestimmung, dass der staatliche Richter oder die in der Schiedsvereinbarung bezeichnete Stelle *alle Mitglieder bezeichnen kann* (Abs. 2).

Art. 366 Abs. 2 VE SZPO regelt die Beurteilung gehäufter Ansprüche zwischen den gleichen Parteien (objektive Klagenhäufung) durch ein und dasselbe Schiedsgericht. Auch in diesem Fall müssen die Schiedsvereinbarungen, mit denen die Ansprüche behaftet sind, nicht identisch sein; es genügt Übereinstimmung. Überdies haben die verschiedenen Ansprüche auch hier sachlich zusammenzuhängen. Für die Auslegung des Erfordernisses eines sachlichen Zusammenhangs werden Lehre und Praxis zu Art. 22 LugÜ und Art. 6 und 7 GestG, wo dieser Begriff in vergleichbarem Zusammenhang verwendet wird, nützliche Hinweise liefern können.

3.7. Verrechnung und Widerklage (Art. 367 VE SZPO)

3.7.1. Art. 29 KSG, der die *Verrechnung* regelt, gehört zu den meist kritisierten Bestimmungen der heute geltenden Ordnung der Binnenschiedsgerichtsbarkeit²². Die restriktive Auslegung dieser Norm durch das Bundesgericht vermochte diese Kritik nicht zum Verstummen zu bringen²³. Die zwingende Vorschrift, dass das Schiedsgericht das Verfahren aussetzen muss, wenn eine Forderung zur Verrechnung gestellt wird, die von der für die Hauptforderung geltenden Schiedsvereinbarung nicht erfasst wird, und der verrechnenden Partei eine Frist zur Geltendmachung des Anspruchs vor dem staatlichen Richter setzen muss, hat sich tatsächlich nicht bewährt. Der Vorentwurf beschreitet einen andern Weg, um zwischen Anliegen des materiellen Rechts und den Bedürfnissen der Prozessökonomie einen Ausgleich zu finden²⁴: Art. 367 Abs. 1 VE SZPO erklärt ein Schiedsgericht auch dann zuständig, über eine Verrechnungseinrede zu urteilen, wenn die zur Kompensation gestellte Forderung nicht mit der für die Hauptforderung gültigen Schiedsvereinbarung behaftet ist und zwar auch dann, wenn für den Verrechnungsanspruch eine andere Schiedsvereinbarung oder eine Gerichtsstandsklausel gilt. Der Vorentwurf übernimmt damit eine Lösung, wie sie die Schiedsordnungen verschiedener Handelskammern in der Schweiz ken-

21 Vgl. dazu etwa Mark Blessing, Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives, in: Berti/Honsell/Vogt/Schnyder, International Arbitration in Switzerland, Basel 2000, N 136 ff.

22 Vgl. etwa Lalive/Poudret/Reymond (Fn. 12) N 2 zu Art. 29 KSG; Rüede/Hadenfeldt (Fn. 15) S. 259; Eugen Bucher, Rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Bemerkungen zur Kompensation («Verrechnung»), in: FS von Overbeck, Fribourg 1990, S. 701 (702); ders., Kompensation im Prozess: Zurück zum materiellen Recht, in: FS Reinhold Geimer, München 2002, S. 97 (102).

23 BGE 118 Ia 154 und die dort zitierte Literatur.

24 Siehe zum Ganzen François Poudret, Compensation et Arbitrage, in: Jean-Marc Rapp/Michel Jaccard (eds.), Le droit en action, Lausanne 1996, S. 361 ff. sowie die in Fn. 22 oben zitierten Werke von Bucher.

nen.²⁵ Der Vorschlag ist der heutigen Regelung vorzuziehen, weil er einem raschen und effizienten Verfahrensablauf förderlich ist – jedenfalls so lange, als das im Hinblick auf die Beurteilung der Hauptforderung bestellte Schiedsgericht mit vertretbarem Aufwand auch über den Verrechnungsanspruch urteilen kann. Er wird bei denen auf Kritik stossen, die den Schutz des Klägers höher stellen als die Prozessökonomie, des Klägers nämlich, der sich gegen seinen Willen vor einem Schiedsgericht, dessen Zuständigkeit er nur für die von ihm eingeklagte Forderung anerkannt hat, gegen Ansprüche zur Wehr setzen muss, die der Beklagte klageweise vor andern Instanzen geltend machen müsste.²⁶ Diesem Nachteil kann allenfalls dadurch begegnet werden, dass die Parteien bereits bei Abschluss des mit einer Schiedsklausel versehenen Vertrages vereinbaren, dass Forderungen aus diesem Rechtsverhältnis nicht mit schiedsklauselfremden Ansprüchen verrechnet werden dürfen.

3.7.2. Der Vorentwurf erweist sich insofern als «widerklagefreundlich» als er auch *Widerklagen* zulässt, welche Streitsachen beschlagen, die zwar nicht unter die nämliche Schiedsabrede fallen wie die Vorklage, aber mit einer übereinstimmenden Schiedsvereinbarung behaftet sind (Art. 367 Abs. 2 VE SZPO; siehe dazu auch Art. 366 Abs. 2 VE SZPO und oben Ziff. 3.6).

Ungeklärt lässt die Formulierung in Abs. 2 von Art. 367 VE SZPO, ob das Erfordernis der Konnexität, wie es Art. 80 Abs. 1 lit. a VE SZPO für Widerklagen vor staatlichen Gerichten ausdrücklich vorsieht, in Verfahren vor Schiedsgerichten entfällt. Es wäre begrüssenswert, diesen Punkt im Rahmen der weiteren gesetzgeberischen Vorarbeiten zu präzisieren, sei es mit einem Hinweis auf die Widerklage vor staatlicher Justiz (Art. 80 VE SZPO), sei es durch einen Verweis auf die Regelung der objektiven Klagenhäufung (Art. 366 Abs. 2 VE SZPO).²⁷

3.8. Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung (Art. 376 VE SZPO)

Nach Art. 376 VE SZPO kann jede Partei beim Schiedsgericht die Berichtigung von Redaktions- und Rechnungsfehlern im Schiedsspruch, die Erläuterung bestimmter Teile des Schiedsurteils sowie die Ergänzung des Schiedsentscheids hinsichtlich solcher Ansprüche beantragen, die im Schiedsverfahren zwar geltend gemacht, im Schiedsspruch aber nicht behandelt worden sind.

Diese Bestimmung, die im Konkordat keinen entsprechenden Vorläufer hat²⁸, ist von Art. 33 des UNCITRAL-Modellgesetzes

inspiriert. Sie weicht von der in Art. 324 VE SZPO vorgesehenen Regelung für staatliche Gerichtsverfahren bewusst ab. Nach dem Vorentwurf soll also die Beseitigung von Unzulänglichkeiten im Schiedsspruch, wie z. B. eine fehlende Begründung hinsichtlich eines abgewiesenen oder nicht berücksichtigten Anspruchs, künftig sachgerecht direkt vom Schiedsgericht verlangt und durch dieses umgesetzt werden können.

Berichtigung und Erläuterung sind unserem (staatlichen) Prozessrecht bekannte Institute. Mit der Möglichkeit der Ergänzung durch blossen Rechtsbehelf wird hingegen Neuland betreten. Sie steht zurzeit vom Wortlaut her in Konkurrenz zum zweiten Halbsatz des Anfechtungsgrundes gemäss Art. 378 lit. c VE SZPO, der unverändert Art. 36 lit. c KSG entnommen wurde («Ein Schiedsspruch kann nur aufgehoben werden, wenn [...] das Schiedsgericht [...] Rechtsbegehren unbeurteilt gelassen hat»). Es erscheint zweckmässig, diese Abgrenzungsfrage im Rahmen der weiteren Gesetzgearbeiten zu bereinigen, z. B. durch Streichung des erwähnten zweiten Halbsatzes von 378 lit. c VE SZPO.²⁹

4. Stichworte zu einigen weiteren Änderungen

Der Vorentwurf enthält zahlreiche Anpassungen, Ergänzungen und Klarstellungen gegenüber dem Konkordat, die von praktischer Bedeutung sind. Er verzichtet aber auch bewusst auf die Regelung verschiedener Fragen. Die nachstehende, nicht abschliessende Liste weist auf einzelne solche Punkte hin:

4.1. Die Organisation der Zivilrechtspflege, mithin auch die Regelung der sachlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte, bleibt Aufgabe der Kantone.³⁰ Ausnahmen bestätigen diese Regel. So enthält Art. 346 VE SZPO Vorschriften zur *Zuständigkeit der staatlichen Gerichte*, die sich überwachend oder unterstützend mit der Schiedsgerichtsbarkeit befassen. Die Bestimmung schreibt den Kantonen vor, dass das staatliche Gericht, welches als Rechtsmittel- und Vollstreckungsinstanz bezeichnet wird, von derjenigen richterlichen Behörde zu trennen ist, die lediglich unterstützende Aufgaben, wie z. B. die Ernennung oder Ablehnung von Schiedsrichtern oder die Verlängerung der Amtsdauer des Schiedsgerichts, wahrnimmt.

4.2. Der Vorentwurf verzichtet auf eine Bestimmung, die das auf die Schiedsvereinbarung *anwendbare Recht* regelt (anders Art. 178 Abs. 2 IPRG). Dieser Verzicht ist für Binnenverhältnisse gerechtfertigt. Die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung beurteilt sich nach schweizerischem Recht, und zwar selbst dann, wenn (ausnahmsweise) auf das strittige Rechtsverhältnis ausländisches Recht Anwendung findet.³¹

25 So Art. 27 der Schiedsordnung der Zürcher Handelskammer; vgl. auch das Schiedsreglement der Handels-, Industrie- und Gewerbekammer des Kantons Tessin (Art. 12.1.) sowie das Schiedsreglement der Handelskammer beider Basel; neuerdings auch Art. 21.5 der Swiss Rules of International Arbitration (am 30. September 2003 verabschiedete einheitliche Regeln der verschiedenen Schweizer Handelskammern).

26 So Bucher, FS Geimer (Fn. 22) S. 133 ff.

27 Die Widerklage ist richtig betrachtet lediglich ein besonderer Anwendungsfall des Instituts der objektiven Klagenhäufung. Vgl. dazu statt vieler Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 2 zu § 15 ZPO ZH; BSK-GestG-Spühler, N 1 zu Art. 6 GestG; Franz Kellerhals/Andreas Güngerich/Bernhard Berger, Bernisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2003, Rz. 04.74.

28 In Verfahren nach Konkordat können Erläuterung und Ergänzung nur im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 36 KSG verlangt werden, nicht aber als eigener Rechtsbehelf direkt gegenüber dem Schiedsgericht. Vgl. dazu etwa BGE 110 Ia 123.

29 So der Vorschlag von Dr. Philipp Habegger, Rechtsanwalt, Zürich, anlässlich eines Referates vor der Fachgruppe Schiedsgerichtsbarkeit des ZAV/ASA Lokalgruppe Zürich vom 1. September 2003 zum Thema: Zum 3. Teil über die Binnenschiedsgerichtsbarkeit des Vorentwurfs der Expertenkommission für eine Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – Eine kritische Würdigung.

30 Art. 122 Abs. 2 BV (in der Fassung vom 17. März 2000).

31 Bericht zum VE SZPO, S. 167.

4.3. Im Sinne einer Klarstellung lässt Art. 351 Abs. 2 VE SZPO die Annahme gelten, dass immer dann, wenn die Parteien eine *gerade Anzahl* von Mitgliedern des Schiedsgerichts vereinbart haben, eine *zusätzliche Person* als Obmann zu bestimmen ist.

4.4. Zur Frage, ob das Schiedsgericht während der Dauer eines *Ablehnungsverfahrens* im Beisein des abgelehnten Schiedsrichters weiterverhandeln und einen Schiedsspruch erlassen kann, schweigen sowohl das Konkordat wie auch das IPRG. Art. 359 Abs. 4 VE SZPO beantwortet sie: Ohne gegenteilige Vereinbarung zwischen den Parteien kann das Schiedsgericht das Verfahren ohne Ausschluss der abgelehnten Person fortsetzen und entscheiden.

4.5. Unsicherheit bestand bisher darüber, ob der *Entscheid über die Ablehnung* eines Schiedsrichters selbständig angefochten werden kann. Art. 359 Abs. 5 VE SZPO stellt klar, dass solche Entscheide nicht selbständig, sondern nur zusammen mit dem «ersten anfechtbaren Schiedsspruch» überprüft werden können. Gleiches gilt für *Abberufungsentscheide* (vgl. Art. 360 Abs. 3 VE SZPO).³²

4.6. Muss ein Schiedsrichter im Laufe des Verfahrens ersetzt werden, stellt sich die Frage, ob die Prozesshandlungen, an denen der auszuwechselnde Schiedsrichter mitgewirkt hat, weitergelten sollen. Gemäss Art. 23 KSG befindet darüber der staatliche Richter, wenn sich die Parteien nicht einigen können. Diese Regelung hat sich allein deshalb nicht bewährt, weil diese Instanz mit dem Prozessstoff weit weniger vertraut ist als das Schiedsgericht selbst. Nach der Lösung des VE SZPO soll deshalb in Zukunft das neu konstituierte Schiedsgericht entscheiden, in welchem Umfang Prozesshandlungen zu wiederholen sind, an denen das ersetzte Mitglied mitgewirkt hat (Art. 361 Abs. 3 VE SZPO).

4.7. Art. 362 Abs. 2 VE SZPO regelt den Konflikt, der dadurch entstehen kann, dass in *nämlicher Streitsache* die *gleichen Parteien* sowohl das *Schiedsgericht* als auch den *staatlichen Richter* anrufen. Die Bestimmung sieht vor, dass die zuletzt angerufene Instanz das Verfahren aussetzt, bis die zuerst angerufene über ihre Zuständigkeit entschieden hat.³³

4.8. Art. 208 Abs. 2 VE SZPO legt fest, dass für die Berechnung gesetzlicher Fristen des Bundeszivilrechts, die «auf den Zeitpunkt der Klage, der Klageanhebung oder der Rechtshängigkeit» abstellen, der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit «nach diesem Gesetz»³⁴ massgeblich ist. Diese Bestimmung gilt für die Rechtshängigkeit in Verfahren vor staatlichen Gerichten. Art. 362 Abs. 3 VE SZPO stellt klar, dass die in Art. 362 Abs. 1 VE SZPO umschriebenen *Rechtshängigkeit vor Schiedsgerichten* für

die Berechnung gesetzlicher Fristen des Bundeszivilrechts die nämliche Wirkung hat.

4.9. Ähnlich wie Art. 27 Abs. 2 KSG erlaubt auch Art. 365 Abs. 2 VE SZPO, dass das Schiedsgericht das staatliche Gericht um *Mitwirkung bei der Beweisabnahme* und um Vornahme sonstiger gerichtlicher Handlungen ersuchen kann. Der Vorentwurf präzisiert, dass die Mitglieder des Schiedsgerichts ein Recht haben, an solchen Prozesshandlungen teilzunehmen (Art. 365 Abs. 3 VE SZPO).

4.10. An der Regelung, dass die Durchführung des Schiedsverfahrens von der Bezahlung der einverlangten Kostenvorschüsse abhängig gemacht werden und die vorschusswillige Partei für die säumige einspringen kann, ändert der Vorentwurf nichts.³⁵ Für den Fall, dass sich die nicht säumige Partei anders entscheidet und auf das Schiedsverfahren verzichtet, sieht Art. 30 Abs. 2 KSG vor, dass «die Parteien . . . nicht mehr an die Schiedsabrede gebunden sind». Diese Lösung hat den Nachteil, dass sie der nicht bezahlenden Partei ermöglicht, das Dahinfallen der Schiedsvereinbarung zu provozieren. Falls die nicht säumige Partei auf das Schiedsverfahren verzichtet, soll sie deshalb in Zukunft die Wahl haben, entweder ein neues Schiedsverfahren einzuleiten oder aber vor dem staatlichen Richter zu klagen (Art. 368 Abs. 2 VE SZPO). Demgegenüber hat die nicht bezahlende Partei kein solches Wahlrecht; will sie angriffsweise vorgehen, bleibt sie an die Schiedsabrede gebunden.³⁶

4.11. Eine Bestimmung, die dem Schiedsgericht erlauben würde, eine *Kostensicherheit (cautio iudicatum solvi)* anzuordnen, ist im Vorentwurf bewusst nicht aufgenommen worden.³⁷

4.12. Von grossem praktischem Nutzen kann die Bestimmung in Art. 370 Abs. 2 VE SZPO sein: Sofern ein Schiedsrichter die Teilnahme an einer Beratung oder an einer Abstimmung verweigert, sollen die übrigen Mitglieder *ohne den die Mitwirkung verweigernden Schiedsrichter* beraten und entscheiden können, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

4.13. Art. 374 VE SZPO bringt hinsichtlich *Hinterlegung und Zustellung* des Schiedsspruches gegenüber der Regelung von Art. 35 KSG erhebliche Vereinfachungen. Nicht mehr vorgesehen ist insbesondere die Zustellung durch die Hinterlegungsbehörde.³⁸

35 Vgl. Art. 30 KSG und Art. 368 VE SZPO.

36 Diese Regel, wonach die nicht bezahlende Partei an die Schiedsklausel gebunden bleibt, verlangt ggf. nach einer Ausnahme für den Fall, dass diese den verlangten Vorschuss nicht bezahlen kann. Art. 105 Abs. 2 lit. c VE SZPO hält ausdrücklich fest, dass in Verfahren vor Schiedsgerichten keine unentgeltliche Prozessführung gewährt wird. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat aber Verfassungsrang (Art. 29 Abs. 3 BV). Deshalb wird man in Ausnahmesituationen, insbesondere wenn der Kläger den Vorschuss wegen Prozessarmut nicht bezahlen kann, an der für die nicht bezahlende Partei in Art. 368 Abs. 2 VE SZPO getroffenen Lösung möglicherweise nicht festhalten können.

37 M. E. entspricht allerdings die Bemerkung im Bericht zum VE SZPO (S. 175), die Expertenkommission halte die Sicherstellung der Parteikosten im Schiedsverfahren für unzulässig, nicht dem Verlauf der Verhandlungen in diesem Gremium.

38 Siehe Bericht zum VE SZPO, S. 178.

32 Siehe dazu die Hinweise zu Rechtsprechung und Literatur im Bericht zum VE SZPO, S. 171.

33 Siehe dazu den Bericht zum VE SZPO, S. 172.

34 Die Rechtshängigkeit regelt Art. 206 VE SZPO.

5. Rechtsmittel

5.1. Keine direkte Beschwerde ans Bundesgericht

Nach dem heutigen, auf Binnenschiedsverfahren anwendbaren Recht, besteht grundsätzlich eine zweistufige Rechtsmittelkontrolle. Zunächst kann gegen den Schiedsspruch die Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 36 KSG ergriffen werden. Gegen den Nichtigkeitsbeschwerdeentscheid des «oberen ordentlichen Zivilgerichts» des Sitzkantons (Art. 3 KSG) steht alsdann die staatsrechtliche Beschwerde nach Art. 84 Abs. 1 lit. b OG (Konkordatsbeschwerde) offen.

Es liegt auf der Hand, dass dieses *Zweistufenmodell* einem der Hauptvorteile der Schiedsgerichtsbarkeit, der Raschheit des Verfahrens, abträglich ist. Die Expertenkommission diskutierte deshalb die Möglichkeit einer direkten Beschwerde an das Bundesgericht nach dem Vorbild von Art. 190 IPRG für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit.

Zwei Gründe bewogen jedoch die Experten, im Vorentwurf auf einen solchen Regelungsvorschlag zu verzichten. Einerseits würde eine Verkürzung des Instanzenzuges durch Schaffung einer direkten Beschwerdemöglichkeit ans Bundesgericht einem der Hauptanliegen der Justizreform, der Entlastung des Bundesgerichts, zuwiderlaufen und wäre daher politisch nur schwer durchsetzbar. Andererseits gebietet die Gesetzessystematik, dass sich die künftige SZPO zum Thema Beschwerde ans Bundesgericht zurückhält: Die Regelung der Beschwerde in Zivilsachen an unser höchstes Gericht ist dem bereits in Form eines bundesrätlichen Entwurfs vorliegenden Bundesgerichtsgesetz (BGG)³⁹ vorzubehalten.

39 Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; Entwurf vom 28. Februar 2001, BBl 2 001 4480). Vgl. zum Ganzen auch Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202.

5.2. Kein vollständiger Verzicht auf Rechtsmittel (Art. 384 VE SZPO)

Als «Ersatz» für den wohl beizubehaltenden doppelten Instanzenzug diskutierte die Expertenkommission unter anderem auch die Möglichkeit eines vollständigen Verzichts auf Rechtsmittel durch die Parteien (analog Art. 192 Abs. 1 IPRG). Im Bewusstsein, dass in Binnenverhältnissen nicht selten auch wenig erfahrene Parteien Schiedsvereinbarungen eingehen, entschied man sich im Sinne eines Kompromisses für die Möglichkeit, dass die Parteien «durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren schriftlichen Übereinkunft auf die Beschwerde an das Bundesgericht verzichten» können (Art. 384 VE SZPO); ein Verzicht auch auf die Beschwerde an die kantonale Rechtsmittelinstanz ist nicht zulässig.

6. Schlussbemerkungen

Die Regelung der Binnenschiedsgerichtsbarkeit im 3. Teil des VE SZPO baut auf Bewährtem auf. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass seit Inkrafttreten des Konkordats die internationale Schiedsgerichtsbarkeit im IPRG gesetzlich geregelt wurde und sich dazu eine reiche Rechtsprechung gebildet hat. Sie berücksichtigt ferner die berechtigte Kritik am Konkordat. Eine Überprüfung des VE im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens und der parlamentarischen Beratungen wird zweifellos zeigen, dass an einigen Bestimmungen Retouchen anzubringen sind. Der Vorschlag erweist sich indessen in seinen Grundzügen und in der Beantwortung der Kernfragen als in sich geschlossener Wurf, der die Unterstützung aller verdient, die im Alltag damit zu tun haben werden. ■

Entracte



Der Regen verdrießt ihn nicht. Auch nicht das Nieseln. Graue Tage sind ihm zuweilen lieber als Postkartentage mit summenden Bienen und spazierenden Paaren. Ein sonniger Tag in Indien zum Beispiel schafft keinen Anlaß, besonders unternehmungslustig zu sein. Nur hierzulande, denkt er, kann ein schöner Tag aufsässig werden. Und wenn man sich dem Tag dann nicht unterwirft, sich zum Beispiel in eine

Bibliothek verkriecht oder durchschläft, dann wird er erbarungslos. Die Aufsässigkeit eines blauen Tages offenbart sich etwa in überfüllten Bergrestaurants – Warteschlangen vor der

einigen Toilette, Gedränge um Plätze im Windschatten und so weiter. Die angezeigte Fröhlichkeit des Tages kippt dann gern ins Gegenteil. Der Abend wird zum Vorwurf. Alles in allem ein unehrlicher Tag.

An trüben Tagen ist man freier. Trübe Tage erteilen keine Aufträge.

Das Bergrestaurant ist auch bei Regen vorhanden. Gern spendiert dann der Wirt dem einsamen Gast das zweite Bier, während es draußen von der Dachrinne tropft. Wie es hinter der Nebelbank weitergeht, darf jetzt frei erfunden werden. Gurgeln im Untergrund, Rauschen von der Ferne. Es kommt vor, daß Gehrer auf dem Abstieg pfeift: Heiterkeit an trüben Tagen.

Der Regen verdrießt ihn also nicht. Auch wenn es jetzt unaufhörlich in den See tropft.

Fortsetzung Seite 400

Jacques Haldy*

Avant-projet de Code fédéral de procédure civile

L'exercice consistant à élaborer un Code de procédure pour un pays qui compte actuellement autant de codes que de cantons n'est pas aisé; il ne doit pas s'agir d'une compilation des codes cantonaux, ceux-ci demeurant cependant une source essentielle d'inspiration des nouvelles dispositions. En puisant également des solutions connues et expérimentées à l'extérieur de nos frontières, le législateur doit faire des choix pour consacrer des solutions éprouvées et cohérentes, trouvées dans l'important arsenal à disposition des codes existants, quitte parfois à innover pour tenir compte des contraintes actuelles, par exemple en matière de modes de transmissions et de communications.

Exercice ô combien délicat qu'il n'est de surcroît pas possible de présenter de façon complète dans un article. La présente contribution a donc pour objectif de présenter brièvement 12 points essentiels (soit par leur nature, soit par leur caractère innovant, le choix étant cependant subjectif) du projet de codification.

1. Plan du Code

L'avant-projet comprend trois parties: une partie générale, une partie spéciale et une partie consacrée à l'arbitrage. La partie générale comprend pour l'essentiel les dispositions sur la compétence, sur les principes de procédure, la recevabilité, la participation des tiers, les frais, les actes de procédure, les délais, le défaut et les preuves. La partie spéciale comprend les dispositions sur la procédure ordinaire, les procédures spéciales (simplifiée, divorce, enfants, procédure sommaire), les mesures provisionnelles, les recours et l'exécution.

2. Champ d'application

L'article 1 de l'avant-projet (AP) prévoit que la procédure civile fédérale régira toutes les affaires civiles de droit fédéral et de droit cantonal plus l'arbitrage interne. Sont en revanche exclues du champ d'application les procédures devant les instances fédérales (en particulier le Tribunal fédéral) et l'organisation judiciaire qui reste l'apanage des cantons.

L'une des questions délicates est de savoir où s'arrête la procédure et où commence l'organisation judiciaire. A cet égard, deux points doivent être relevés:

- l'AP règle la question de la double instance: la double instance est en principe obligatoire (art. 3), sous réserve d'exceptions (art. 4)¹ avec le cas particulier du Tribunal de commerce (art. 5) et la possibilité d'actions directes (art. 6); en ce qui concerne le Tribunal de commerce, il s'agit d'une faculté pour

les cantons d'instituer un tel tribunal ne statuant pas en instance cantonale unique, mais avec une possibilité de recours limitée au droit. Quant aux actions directes, il s'agit de la possibilité conférée aux parties de saisir directement la juridiction supérieure si la valeur litigieuse atteint 100 000.– francs au moins;

- la question des frais judiciaires et des avances: est-ce fédéral ou cantonal? A l'art. 86 al. 4 AP, la question est laissée ouverte avec deux variantes consistant soit dans une tarification cantonale des avances et des frais, soit dans un tarif édicté par le Conseil fédéral. Il appartiendra à l'autorité politique de trancher.

3. Les fors

Etant précisé au préalable que la détermination des compétences *ratione materiae* et *valoris*² relève des cantons (art. 2), la loi fédérale sur les fors est reprise dans l'AP avec la consécration du for contractuel (art. 27), soit le lieu où la prestation caractéristique du contrat doit être exécutée, for qui n'avait pas obtenu grâce lors de l'adoption de la législation sur les fors³.

4. Les maximes procédurales

a) Maxime des débats / Maxime inquisitoire

En vertu de l'art. 50 AP, la maxime des débats constitue le principe et la maxime inquisitoire l'exception⁴. S'il incombe ainsi aux parties d'alléguer et de prouver les faits sur lesquels va se fonder le Tribunal, il convient de déterminer jusqu'à quand les parties peuvent alléguer des faits et proposer des moyens de preuves. Dans la procédure ordinaire, l'on peut, en vertu de l'art. 215 AP, invoquer librement de nouveaux faits et moyens de preuves jusqu'en duplique. Après, en vertu de l'art. 215 al. 2, l'allégation de nouveaux faits et l'offre de nouveaux moyens de preuves ne sont admis qu'à des conditions restrictives⁵ qui s'appliquent jusqu'en

2 Le calcul de la valeur litigieuse s'effectue cependant le cas échéant selon les règles du Code fédéral (art. 82 à 85 AP).

3 Haldy Jacques, La nouvelle législation sur les fors en matière civile, in *Revue de l'avocat* 10/2000 page 4–8; Haldy Jacques, Présentation générale des nouveaux fors fédéraux, in «Les nouveaux fors fédéraux et les nouvelles organisations judiciaires», Cedidac, vol. n° 44, Lausanne 2001, p. 13–15; Haldy Jacques, Présentation de la loi sur les fors et ses dispositions générales, in «La nouvelle loi sur les fors en matière civile», Fondation pour la formation continue des juges suisses, Berne 2001, p. 29–30.

4 Cf. art. 240 AP (baux à loyer et contrats de travail jusqu'à 30 000.– francs), art. 252 al. 1 AP (enfants), art. 268 AP (juridiction gracieuse).

5 Ces conditions sont les suivantes: si les faits et moyens de preuves nouveaux sont invoqués immédiatement et ne pouvaient l'être antérieurement en dépit de la diligence requise; s'ils doivent être produits en vertu du droit d'interpeller du juge.

L'AP propose encore à titre de variante une hypothèse: s'il s'agit de faits nouveaux dont la preuve par titre peut être apportée immédiatement.

* Jacques Haldy est Docteur en droit et avocat, Professeur à l'Université de Lausanne.

1 L'instance cantonale unique en matière de propriété intellectuelle est en particulier maintenue.

procédure de recours (cf. art. 297 et 306) à l'exception du recours limité au droit (art. 317), où aucun fait ou moyen de preuve nouveau ne peut être invoqué. Par rapport aux cantons qui connaissent la possibilité de se réformer pour introduire après la fin de l'échange des écritures de nouveaux faits ou moyens de preuves, il s'agit donc d'une solution plus restrictive.

b) Maxime de disposition / Maxime d'office

En vertu de l'art. 53 AP, la maxime de disposition constitue le principe et la maxime d'office l'exception⁶. Si le Tribunal est ainsi lié par les conclusions des parties, il faut déterminer jusqu'à quand celles-ci peuvent être modifiées. En procédure ordinaire, l'art. 216 AP permet jusqu'aux débats principaux de modifier la demande «si la prétention nouvelle ou amplifiée présente un lien de connexité objectif avec elle et relève de la compétence du tribunal saisi et de la même procédure». Ensuite, en vertu de l'art. 221 AP, «les prétentions des parties ne peuvent être modifiées aux débats que si des faits nouveaux le justifient».

5. La participation des tiers

a) L'intervention

L'AP ne reprend que l'intervention conservatoire ou accessoire (Nebenintervention) et non l'intervention agressive (cf. art. 65 AP).

b) La dénonciation d'instance et l'appel en cause

A l'instar du Code valaisan, l'AP reprend les deux institutions (art. 69 à 72), ce qui peut ne pas être inutile: si les conditions de l'appel en cause (art. 71 AP) ne sont pas remplies, on peut dénoncer l'instance. Par exemple, l'appel en cause en chaîne est interdit (art. 71 al. 2 AP) alors que ce n'est pas le cas pour la dénonciation d'instance (art. 69 al. 2 AP).

6. Forme des actes

L'AP prévoit l'introduction du mode électronique de transmission des actes (cf. art. 120, 131 et 136 AP).

7. Les preuves

Quatre points peuvent être signalés:

- la déposition des parties (art. 159 litt. f et 186 AP) constitue un moyen de preuve qui devra cependant être apprécié avec circonspection pour ne pas en faire une prime au menteur le plus convaincant⁷;
- droit de refuser de collaborer à la preuve: une mention spéciale doit être apportée pour les avocats: non seulement ceux-ci n'ont naturellement pas à collaborer s'ils ne sont pas

déliés par leur mandant du secret professionnel, mais, même s'ils le sont, ils ne sont pas tenus de collaborer et restent maîtres du secret, comme les médecins et les ecclésiastiques (art. 157 litt. b AP);

- l'AP impose dorénavant la ténorisation des témoignages (art. 167 AP), sous la forme d'un enregistrement ou d'une consignation au procès-verbal;
- institution de l'expertise arbitrage (art. 183 et 184 AP): les parties peuvent convenir de confier l'établissement des faits contestés à un expert arbitre, le tribunal étant alors lié par les constatations de celui-ci.

8. La procédure de conciliation

Deux points doivent être signalés à propos de la procédure de conciliation dans le cadre de la procédure ordinaire:

- la procédure de conciliation est en principe obligatoire (art. 191 AP), sauf exceptions (art. 192 AP), en particulier les litiges patrimoniaux, ce qui limite d'une façon importante la portée de la règle;
- en matière de bail et de conflits de travail jusqu'à 30 000.– francs, l'autorité de conciliation formule une proposition de jugement qui, si elle n'est pas contestée devant le tribunal, devient jugement (art. 204).

9. La procédure ordinaire

Il convient de reprendre les trois phases de la procédure:

a) Echange des écritures

La forme de la demande (art. 210 AP) et de la réponse (art. 211 AP) est très proche des exigences prévues par la PCF et certains codes cantonaux, en particulier l'obligation d'indiquer pour chaque allégué les moyens de preuves proposés. En vertu de l'art. 214 AP, il y a un second échange d'écritures, mais le tribunal peut ordonner une réplique et une duplique orales aux débats principaux.

b) Phase préliminaire aux débats et preuves

D'une façon classique, le juge rend une ordonnance sur preuves, qui désigne non seulement les faits à prouver et les moyens de preuves, mais encore la partie chargée de la preuve (art. 218 AP). Pour les cas où l'état de fait est complexe, l'AP a repris une institution de la procédure civile zurichoise, soit l'ordonnance sur preuves qualifiée (art. 219 AP), qui est plus détaillée. Il s'agit cependant d'une faculté destinée au juge. En vertu de l'art. 222 AP, les preuves sont en principe administrées aux débats.

c) Le jugement

Le tribunal notifie d'abord le dispositif puis, si les parties ne renoncent pas à recourir, le jugement complet dans les trois mois (cf. art. 232 AP).

⁶ Cf. art. 252 al. 2 AP traitant les procédures concernant les enfants.

⁷ Raison pour laquelle tous les Codes cantonaux ne connaissent pas actuellement ce mode de preuve.

10. Les procédures spéciales

Il n'y a rien d'essentiel à signaler s'agissant de la procédure en divorce et des procédures concernant les enfants, régies déjà actuellement en grande partie par le droit fédéral. Il convient en revanche de brièvement exposer les caractéristiques des procédures simplifiées et sommaires.

a) Procédure simplifiée (art. 237 ss AP)

- Champ d'application pour l'essentiel: bail, travail, affaires pécuniaires jusqu'à 20 000.– francs.
- Caractéristiques: un échange d'écritures (art. 238 AP); un formulaire de demande et de réponse sera mis à disposition (art. 236 AP); des novae seront possibles jusqu'aux plaidoires (art. 241 AP).

b) Procédure sommaire (art. 258 ss AP)

- Champ d'application pour l'essentiel: mesures provisionnelles (art. 275 al. 2 AP), exécution forcée (art. 327 al. 2 AP), juridiction gracieuse (art. 258 AP), liste de procédures prévues par le CC et le CO contenue aux art. 259 et 260 AP, avec en particulier la déclaration d'absence, les mesures protectrices de l'union conjugale, la consignation, la convocation d'une assemblée générale de SA, etc. A tout cela s'ajoute une procédure de «protection rapide dans les cas clairs» (art. 266 AP) qui s'applique lorsque l'état de fait n'est pas litigieux ou qu'il est susceptible d'être immédiatement prouvé et lorsque la situation juridique est claire.
- Caractéristiques: une requête avec production de pièces, les autres moyens de preuves étant très limités (cf. art. 264 al. 2 AP).

11. Mémoire préventif

L'AP (art. 285) introduit la possibilité pour une partie qui se sent menacée d'une mesure prévisionnelle ou d'un séquestre de déposer un mémoire préventif.

12. Recours

En plus de la révision, il est prévu trois voies de recours: l'appel, l'appel simplifié, le recours limité au droit. Il n'est pas interdit d'espérer que l'on puisse simplifier ce chapitre en prévoyant seu-

lement deux voies de recours, l'appel simplifié ne paraissant pas indispensable.

a) L'appel

- Champ d'application: il s'agit du cas normal, soit en particulier dans les hypothèses de procédures ordinaire, simplifiée ou de divorce (art. 290 AP).
- Caractéristiques: en ce qui concerne les motifs, l'on peut invoquer la constatation inexacte des faits et la violation du droit (art. 291 AP); s'agissant du délai, deux variantes sont proposées, soit un appel motivé dans les 30 jours, soit une déclaration d'appel dans les 10 jours, puis une motivation dans un délai de 20 jours imparti par l'instance de recours (cf. art. 292 et 293 AP); l'appel joint est possible.

b) L'appel simplifié

- Le champ d'application est limité pour l'essentiel à la procédure sommaire (art. 299 AP).
- Quant aux caractéristiques, elles sont les mêmes que pour l'appel sauf le délai de recours qui est de 10 jours pour déposer un mémoire motivé (art. 301 AP); de plus, il n'y a pas d'appel joint possible (art. 305 AP).

c) Recours limité au droit

- Le champ d'application est défini à l'art. 310 AP: les décisions d'instruction qui peuvent provoquer un préjudice irréparable, les jugements de première instance lorsqu'il n'y a pas d'appel ni d'appel simplifié, par exemple lorsque la valeur litigieuse restant en cause est de moins de 10 000.– francs (cf. art. 290 al. 2 AP).
- Quant aux caractéristiques, les motifs pouvant être invoqués sont d'une part la violation du droit et d'autre part la constatation arbitraire des faits avec encore la possibilité d'invoquer un retard injustifié (art. 310 AP); quant au délai, il est de 20 jours pour le dépôt d'un mémoire motivé et il n'y a pas de recours joint possible.

En conclusion, le chemin n'est pas encore terminé jusqu'à l'entrée en vigueur du CPC fédéral; puisse ce temps être mis à profit pour mûrir le projet et en faire un code acceptable et praticable pour l'ensemble des cantons. ■

Entracte

Fortsetzung von Seite 397

Schon am Flughafen bei der Paßkontrolle hatten sie ihn länger als sonst gemustert – wahrscheinlich nur einen Augenblick länger. Damals kam er oft mehrmals in der Woche an diesen Schaltern vorbei:

ein nicht unfreundliches »Grüezi« des Beamten, Augenkontakt, Daumen rein in den Paß auf der zweiten Seite, das Paßfoto

zeigt Gehrer mit Anzug, Krawatte, korrekt gescheiteltem, dünnem Haar, leicht gebräunter Haut und Brille, also wie er heute und damals vor dem Beamten steht. Kurz darauf ein amtliches »Danke«, und Gehrer bewegt sich durch die Zollkontrolle hindurch den Zügen entgegen.

Fortsetzung Seite 405

Baptiste Rusconi*

L'assurance RC professionnelle de l'avocat: risque, sinistre et durée de la couverture

I.

1. Si la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) du 7 mai 2002, en vigueur dès le 1^{er} juin 2002 impose à l'avocat, comme règle professionnelle, d'être au bénéfice d'une assurance responsabilité professionnelle offrant une «couverture adaptée à la nature et à l'étendue des risques liés à son activité» (art. 12 let. f), il est bien évident que les avocats ont depuis longtemps considéré comme impérieux de se prémunir contre les conséquences financières d'un dommage causé à leurs clients dans la conduite de leurs mandats. Qui, mieux qu'un avocat, pourrait prendre en effet conscience et apprécier les conséquences d'une possible faute professionnelle lorsqu'il s'agit d'assumer la défense des intérêts économiques ou personnels d'un tiers? Qui n'a pas compris les conséquences dommageables que peuvent avoir des négligences commises, par exemple:

- oubli d'un délai de recours ou de prescription;
- rédaction défectueuse de clauses contractuelles;
- mauvais calcul du dommage dans un cas de responsabilité civile, oubliant de prendre en considération l'évolution de la jurisprudence?

C'est bien pourquoi les avocats suisses en sont venus, depuis de nombreuses années déjà, à conclure des contrats d'assurance RC professionnelle auprès des quelques compagnies suisses, voire étrangères, qui interviennent sur ce marché.

C'est dire que l'obligation d'assurance imposée maintenant par la loi fédérale ne devrait pas modifier beaucoup le comportement des avocats suisses à ce sujet.

2. L'avocat entend donc être couvert pour les conséquences financières d'une éventuelle faute professionnelle. En fait, les contrats d'assurances offerts aux avocats prévoient une double couverture:

- a) paiement des indemnités dues au client lésé en cas de prétentions justifiées, c'est-à-dire lorsque la faute de l'avocat qui a provoqué un préjudice patrimonial au client est établie;
- b) prise en charge des frais de défense de l'avocat (frais d'avocat, d'expertise, de justice) contre des prétentions injustifiées; il s'agit d'une assurance protection juridique qui s'ajoute à la protection de responsabilité civile proprement dite.

3. L'avocat doit donc mettre au centre de ses préoccupations les risques financiers liés à une faute commise par lui dans l'exercice d'un mandat. Mais toute faute professionnelle (toute violation des «règles de l'art» comme on dit dans le domaine médical) ne

provoque pas nécessairement un dommage chez le client ni, en outre, un dommage dans le patrimoine de l'avocat. Ainsi l'omission d'un recours reste sans conséquence si ce recours était voué à l'échec; le client peut renoncer à mettre en cause la responsabilité de l'avocat en considérant que les chances de succès sont maigres; ou parce que le dommage produit est de peu d'importance; le client peut n'être pas conscient de la faute commise par l'avocat (et l'avocat non plus), etc. C'est donc uniquement lorsque la faute professionnelle commise aboutit finalement à imposer à l'avocat l'obligation de verser des dommages-intérêts à son client que l'avocat doit pouvoir obtenir de son assureur RC qu'il soulage son patrimoine de cette dette de dommages-intérêts. Par l'assurance RC professionnelle conclue, l'avocat entend être garanti précisément contre la diminution de son patrimoine si celui-ci est grevé d'une dette de dommages-intérêts. L'avocat entend ainsi couvrir le risque de l'exercice de son activité professionnelle pouvant aboutir à un dommage dont le client demandera réparation.

4. Sans s'attarder à trop de considérations doctrinales, on doit constater néanmoins que cette situation de base, regardée selon les règles du droit des assurances, fait appel à plusieurs notions qui doivent être à la fois distinguées et combinées:

- a) quel est le «risque» que couvre l'assurance RC professionnelle de l'avocat? C'est celui de provoquer, par son activité professionnelle, l'apparition d'un dommage économique chez le client;
- b) quel est le «sinistre», soit la réalisation du risque, soit «l'événement dont on craint la survenance» pour parler comme le Tribunal fédéral (ATF 100 II 407 et ATF 11.2.2002 SJ 2002 p. 272)?
Les spécialistes de la branche en débattent. Pour certains, le sinistre survient lorsque le lésé fait valoir des prétentions en dommages-intérêts contre son avocat. Ce serait là l'opinion dominante et le Tribunal fédéral s'y est rallié dans des arrêts anciens. Pour d'autres il y a sinistre «dès que la responsabilité de l'avocat est engagée», c'est-à-dire dès que le dommage apparaît chez le client, que celui-ci fasse ou non valoir ensuite des prétentions contre son avocat.

Le Tribunal fédéral n'a finalement pas tranché cette controverse (ATF 100 II 403 et SJ 2002 p. 272). Il a en effet considéré que celle-ci revêtait un caractère «partiellement théorique» dès lors que dans le contrat d'assurance, plus précisément dans les conditions générales (CGA), les parties «sont libres non seulement de définir le risque mais aussi de fixer les conditions nécessaires à sa réalisation» (SJ 2002 p. 272).

* Baptiste Rusconi, avocat, professeur honoraire de l'Université de Lausanne, Rusconi & Associés, Lausanne.

5. S'agissant de déterminer ce qu'il faut entendre par «risque», ou par «sinistre», il est donc de toute importance de se référer aux CGA. On constate alors qu'apparaît un autre problème qui revêt une importance particulière. Il s'agit en effet de savoir comment traiter la faute professionnelle commise, à l'origine du dommage subi par le client, par rapport à la notion de sinistre et comment l'apprécier en relation avec la détermination de la couverture d'assurance dans le temps.

Pratiquement, les CGA prévoient de dissocier la date de survenance du dommage de sa cause. Elles exigent ainsi que, pour que la garantie d'assurance soit acquise, non seulement le dommage apparaisse chez le client pendant la durée du contrat, mais en plus qu'il ait été «causé» pendant cette durée. Toutefois, on peut poursuivre la dissociation et distinguer en plus de la cause du dommage et de sa survenance le moment de la réclamation élevée auprès de l'avocat par le client lésé. Dans ce mécanisme, ce qui est déterminant, c'est que la réclamation du client soit formulée pendant la durée du contrat.

Dans son arrêt ATF 100 II 403, le TF s'est rallié à la théorie dite de l'événement dommageable, qui amène à considérer que le contrat d'assurance ne peut couvrir que les situations où le dommage subi par le client est attribué à des fautes commises par l'avocat pendant la durée du contrat.

Mais encore faut-il, pour que la couverture soit acquise, que les prétentions en dommages et intérêts découlant de ces fautes soient formulées par le client pendant la durée du contrat, si les CGA prévoient cette condition complémentaire.

6. Le dernier arrêt du TF en matière d'assurance RC professionnelle est assez éloquent dans l'illustration du fonctionnement de ces mécanismes (SJ 2002 p. 272; texte complet: 5C. 237/2001).

- Il s'agissait de l'assurance RC couvrant l'activité d'une société de gérance immobilière;
- cette société commet des erreurs dans la gérance d'un immeuble, erreurs qui se sont produites au début de l'année 1993, à une époque où le contrat d'assurance était encore en vigueur;
- le contrat d'assurance vient à échéance le 7 juin 1993, alors que le client émet pour la première fois des prétentions contre la gérance en date du 11 septembre 1993;
- la clause contractuelle prévoyait que «sont assurées les prétentions en dommages-intérêts émises contre un assuré pendant la durée du contrat».

On voit immédiatement que, en l'espèce, les prétentions ont été émises après l'échéance du contrat. La couverture n'était donc pas acquise! Or indiscutablement, la faute professionnelle pour laquelle la gérance a conclu le contrat d'assurance RC a été commise à une époque (début 1993) où de toute évidence le contrat était encore en vigueur. Il n'a donc dépendu que de la volonté du client lésé de faire en sorte que la couverture soit acquise: si le client lésé s'était manifesté avant le 7 juin 1993 au lieu d'attendre le 11 septembre 1993, le Tribunal aurait dû constater sans doute possible que les prétentions avaient été «émises» pendant la durée du contrat!

Comment faire comprendre à la société de la gérance assurée qu'une faute professionnelle commise pendant la durée du contrat n'est finalement pas couverte tout simplement parce que son client a malencontreusement attendu 3 mois de trop (de juin à septembre) avant de venir se plaindre! En donnant plus de poids – du point de vue temporel – au critère de la manifestation par le lésé de sa volonté d'être indemnisé qu'à la faute professionnelle commise – pour laquelle on a manifestement voulu s'assurer –, la solution du Tribunal fédéral dénature quelque peu le but de l'assurance RC professionnelle. En tout cas cette solution peut difficilement être considérée comme étant celle que la société assurée pouvait avoir voulu faire consacrer par la conclusion du contrat d'assurance.

On peut sans autre transposer cet arrêt dans notre branche (la pratique du Barreau).

Par conséquent, il convient de veiller à ce que la solution contractuelle liant l'avocat à son assureur RC réponde bien à ce souci: l'avocat veut être garanti pour les fautes qu'il a commises pendant la durée du contrat d'assurance; et puisque les CGA peuvent aménager librement les relations contractuelles sur cette question, il faut trouver une solution pratique qui évite de devoir trancher les problèmes abordés ci-dessus.

II.

7. Qu'on se rassure! Les assureurs ont tout autant que leurs assurés (surtout s'ils sont avocats!) intérêt à créer par leurs CGA des situations claires, tout en tirant profit de l'apport de la doctrine et de la jurisprudence pour identifier les problèmes et construire des solutions contractuelles équilibrées.

8. L'examen des CGA des principales compagnies intervenant en Suisse sur ce marché permet de faire les constatations suivantes:

- a) pratiquement toutes les compagnies lient la couverture de l'assurance à l'exigence que les prétentions en dommages-intérêts du client soient «élevées» (*erhoben*) contre l'avocat pendant la durée du contrat («Anspruchserhebungsprinzip» ou principe «claims made»). Sur la base de cette seule clause, on se trouverait dans la même situation que celle jugée dans l'arrêt SJ 2002 p. 272.

Mais les CGA précisent et étendent la notion de prétentions «élevées».

On indique en effet qu'il faut entendre par là non seulement le moment où la prétention est formulée par le client lui-même, oralement et par écrit, mais déjà le moment (antérieur dans le temps) où «un assuré prend connaissance ou aurait dû prendre connaissance pour la première fois de circonstances selon lesquelles il fallait s'attendre à ce que des prétentions en dommages-intérêts soient élevées» (ou: lorsque l'assuré «est informé de circonstances dans lesquelles on doit compter qu'une telle prétention sera élevée») contre lui, mais «au plus tard» lors de l'intervention orale ou écrite du client. Autrement dit, avant même d'être l'objet d'une réclamation

de la part de son client, l'avocat pourra avoir eu lui-même conscience d'avoir commis une faute professionnelle source possible d'un dommage pour son client. Les CGA ne vont pas jusqu'à l'obliger d'en informer aussitôt son assureur, mais la prudence pourrait dicter à l'avocat de le faire, en tout cas dans une situation où l'échéance contractuelle est proche.

Quoi qu'il en soit, avec une telle clause, la solution de l'arrêt SJ 2002 p. 272 aurait été différente: manifestement la société de gérance a dû se rendre compte avant même l'échéance du contrat d'assurance qu'elle avait commis une faute professionnelle source de dommage pour son client;

b) une fois définie cette condition fondamentale de couverture, il est intéressant de voir les solutions données par les CGA à des situations particulières.

- Quid de prétentions élevées *pendant* la durée contractuelle, mais découlant de dommages provoqués par une faute professionnelle *antérieure* à la conclusion du contrat d'assurance? Certaines compagnies acceptent de couvrir cette situation, mais à la condition qu'au moment de la conclusion du contrat, l'avocat n'ait pas eu ou n'ait pas dû avoir connaissance de la faute professionnelle commise et susceptible d'engager sa responsabilité. La charge de la preuve incombe à l'avocat assuré.

Cette extension de couverture est parfois accordée uniquement moyennant une convention particulière.

- Quid des conséquences d'une faute commise *pendant la durée* du contrat, mais pour laquelle le client n'élève des prétentions que *postérieurement* à l'échéance du contrat (situation de l'arrêt SJ 2002 p. 272)? Apparemment aucune des CGA des compagnies pratiquant en Suisse ne prévoit expressément cette éventualité (à distinguer de celle du décès ou de la cessation d'activité). L'avocat pourrait ainsi courir le risque de ne pas être couvert, à moins qu'il soit en mesure d'établir qu'il était dans une situation où il a pris connaissance ou dû prendre connaissance de l'éventualité de la mise en cause de sa responsabilité encore durant la période de validité de la police d'assurance et qu'il devait ainsi, avant l'échéance de ce contrat, s'attendre à ce que son client élève des prétentions en dommages-intérêts contre lui, fût-ce après l'échéance du contrat (ou encore mieux: s'il en avait déjà informé son assureur comme envisagé ci-dessus).

A vrai dire, nous nous sentirions plus rassurés si les CGA préoyaient une clause stipulant expressément par exemple:

«Sont aussi couverts les dommages causés pendant la durée du contrat, mais pour lesquels des prétentions ne sont émises qu'après l'expiration de l'assurance et pendant le délai légal de prescription».

Il s'agit de la formule que l'on trouve dans les CGA d'une compagnie d'assurances mais uniquement pour le cas de cessation de l'exercice de la profession ou de décès du preneur d'assurance.

- Quid de la couverture d'assurance en cas de *décès* de l'avocat, de *cessation de son activité*, ou de *modification*

d'activité (avocat quittant l'association d'avocat dont il faisait partie et qui était assuré, pour aller rejoindre un autre cabinet)?

Les CGA, pour ces situations, ont prévu des règles particulières pouvant varier d'un assureur à l'autre. Certains mettent sur le même plan le décès et la cessation d'activité en accordant une couverture pour les réclamations qui seraient émises ultérieurement, c'est-à-dire après l'expiration du contrat, mais pour des dommages causés pendant la durée du contrat et pendant la durée d'activité de l'avocat, sous réserve du délai de prescription légal.

D'autres CGA ne connaissent ce système que pour le cas du décès de l'avocat ainsi que pour le cas où l'avocat quitte l'étude, mais toujours, naturellement, pour des situations consécutives à une faute professionnelle commise pendant la durée du contrat.

9. Sur ces problèmes de couverture d'assurance dans le temps, ces CGA peuvent dans l'ensemble être considérées comme satisfaisantes pour l'avocat soucieux d'être couvert non seulement pendant qu'il exerce son activité, pour les fautes professionnelles commises pendant la durée contractuelle, mais également pour la période ultérieure quelle que soit la raison du changement (échéance du contrat, cessation d'activité, modification de l'activité professionnelle).

Toutefois, et au-delà d'une simple préoccupation de rédaction claire et bien structurée des CGA et afin de mieux distinguer les différentes situations, il semble que celles-ci devraient poser plus clairement le principe fondamental qu'on vient d'évoquer: l'avocat doit être assuré pour les conséquences de toutes les fautes professionnelles qu'il peut avoir commises pendant la durée du contrat, et ce quel que soit le moment où les prétentions sont élevées contre lui ou ses successeurs, c'est-à-dire aussi bien pendant la durée contractuelle que postérieurement et quelle que soit la cause de la fin du contrat (échéance contractuelle ou décès de l'avocat ou cessation de l'activité ou modification de celle-ci). Le tout, naturellement, avec la limite posée par les règles légales sur la prescription des droits du client lésé.

Bibliographie sommaire

Jurisprudence

- ATF 100 II 403.
- Arrêt du TF 5C.237/2001 du 11.1.2002 (publication partielle dans Semaine judiciaire 2002 p. 272).

Doctrine

- ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3^e édition, 1995 p. 329 ss.
- ROLAND BREHM, Le contrat d'assurance RC, 1997, N. 23 ss et 321 à 333.
- JEAN-BENOÎT MEUWLY, La durée de la couverture d'assurance privée, thèse Fribourg 1994.

Publications dans la Revue de l'avocat – Anwaltsrevue

- Assurance RC professionnelle, n° 9/2002 p. 36 (texte allemand, p. 35).
- D. OBERHÄNSLI, Steigende Nachfrage nach Berufshaftpflicht-Versicherungsschutz für Rechtsanwälte, n° 11–12/2002 p. 12. ■

Hermann Bechtold* und Jörg R. Bühlmann**

Anwaltsgemeinschaften und Mehrwertsteuer

I. Ausgangslage

Die Eidgenössische Steuerrekurskommission (SRK) hat mit zwei Entscheiden vom 24. September 2003¹ zur Frage der Mehrwertsteuerpflicht von Anwaltsgemeinschaften beim gemeinsamen Bezug von Leistungen wie Personal, Miete, Elektrizität, Büromaterial, Fachliteratur etc. Stellung genommen. Den beiden Verfahren lagen Sachverhaltskonstellationen zugrunde, wie sie die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) in ihren Praxismitteilungen² festgehalten hat. Während nach der ersten Sachverhaltsvariante ein steuerpflichtiger Anwalt die Leistungen im eigenen Namen bezieht und hierfür anschliessend seinen Anwaltskollegen anteilmässig Rechnung stellt, erfolgt nach der zweiten Konstellation der Leistungsbezug durch die Anwaltsgemeinschaft selber, welche diese Leistungen alsdann jedem einzelnen ihrer Mitglieder weiterverrechnet. Sowohl der für seine Bürokollegen einkaufende Anwalt als auch die Bürogemeinschaft erbringen nach der Terminologie der ESTV bei Erfüllen der Voraussetzungen gemäss Art. 21 und 25 Abs. 1 lit. a MWSTG steuerpflichtige Leistungen mit der Folge, dass diese an die übrigen Anwaltskollegen erbrachten Leistungen durch den einkaufenden Anwalt bzw. durch die Bürogemeinschaft abzurechnen sind. Diese Praxis der Steuerverwaltung führt bei all jenen Anwälten zu steuerlichen Zusatzbelastungen, welche in einer Praxisgemeinschaft tätig sind und nach der Saldosteuersatzmethode abrechnen.

Diese zusätzliche Steuerpflicht lässt sich nur vermeiden, wenn der einkaufende Anwalt bzw. die Bürogemeinschaft als direkte Stellvertreter im Sinne von Art. 10 Abs. 1 MWSTG auftreten. Eine solche direkte Stellvertretung nimmt die ESTV aber immer nur dann an, wenn die sich zu einer Gemeinschaft zusammengeschlossenen Anwälte die von ihnen benötigten Leistungen in der Weise einkaufen, dass die Lieferanten hierfür zwar bloss eine Rechnung ausstellen, jedoch in dieser Rechnung sämtliche Anwälte der Unkostengemeinschaft einzeln und insgesamt als Lieferungsempfänger aufgeführt werden. Auf dem Original einer solchen Rechnung, die einer der Anwälte aufbewahren muss, ist sodann die Aufteilung des Rechnungsbetrages auf die Mitglieder der Unkostengemeinschaft vorzunehmen. Die anderen Mitglieder der Gemeinschaft haben dann je eine Kopie der Originalrechnung als Beleg für die Geltendmachung des Vorsteuerabzuges aufzubewahren.³

Keine gemeinsame Steuerpflicht nimmt die ESTV beim Zusammenschluss von mehreren Anwälten zu einer Bürogemeinschaft dann an, wenn ein Anwalt sein eigenes Briefpapier für seine Geschäftskorrespondenz benutzt, bzw. wenn er bei Benützung des Briefpapiers der Kanzleigemeinschaft mit seinem eigenen Namen unterschreibt. Im Weiteren muss die Vollmacht auf den Namen des betreffenden Anwalts ausgestellt sein, wobei jeglicher Hinweis auf die Kanzleigemeinschaft im Briefkopf oder in der Vollmacht zu unterlassen ist. Schliesslich muss der Anwalt die Rechnung ausschliesslich in seinem eigenen Namen ausstellen, er kann dabei aber Geschäftspapier gebrauchen, das ausser seinem Namen auch denjenigen der Kanzlei erwähnt. Auf diesen Rechnungen muss der Anwalt zudem ausdrücklich sein eigenes Bank- oder Postkonto und seine MWST-Nummer angeben. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.⁴

II. SRK 2003–042

Dieses Verfahren betraf die Frage, inwiefern der Einkauf von Leistungen durch einen Anwalt mit anschliessender Weiterverrechnung an seine Kollegen der Mehrwertsteuerpflicht unterliegt. Die SRK hat im Rahmen der Sachverhaltsermittlung festgestellt, dass aufgrund der jeweiligen Adressierung der Rechnungen, welche nicht an den betroffenen Anwalt, sondern unter verschiedenen Varianten an die Anwaltsgemeinschaft gerichtet waren, die Leistungen als von der Anwaltsgemeinschaft (Unkostengemeinschaft) bezogen zu gelten haben. Die Unkostengemeinschaft habe dann diese von ihr für die Ausübung der Anwaltstätigkeit bezogenen Vorleistungen im Rahmen eines weiteren Leistungsaustausches den beteiligten Anwälten anteilmässig weitergegeben. Als Leistungserbringerin ist somit die Bürogemeinschaft anzusprechen. Weil aber die betreffenden Leistungen aus mehrwertsteuerrechtlicher Sicht nicht zugleich durch die selbständig im Sinne des Mehrwertsteuerrechts handelnde Bürogemeinschaft einerseits sowie durch den ins Recht gefassten Anwalt andererseits bezogen bzw. erbracht worden sein können, wurde die Verwaltungsbeschwerde gutgeheissen.

Dieser Entscheid ist im Zeitpunkt der Niederschrift dieser Praxismitteilung noch nicht rechtskräftig. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die ESTV diesen Entscheid an das Bundesgericht weiterziehen wird.

III. SRK 2003–021

Diesem Verfahren lag die Konstellation des Leistungsbezuges durch eine Bürogemeinschaft mit anschliessender Weiterleitung

* Hermann Bechtold, Fürsprecher und dipl. Steuerexperte, ist Partner bei B&P lawyers.

** Jörg R. Bühlmann, Fürsprecher, ist Partner bei B&P lawyers.

1 SRK 2003-042 und SRK 2003-021.

2 Branchenbroschüre 610.507-25 Ziff. 10 lit. c und 610.540-17 Ziff. 3.2.

3 Zu diesen Voraussetzungen an die Anerkennung einer direkten Stellvertretung ist festzuhalten, dass sie bisher in keiner Praxismitteilung der Steuerverwaltung je publiziert worden ist.

4 Branchenbroschüre 610.507-25 Ziff. 10 lit. b und 610.540-17 Ziff. 3.1.1.

an die einzelnen Anwälte zugrunde. Für ihre Entscheidungsfindung hält die SRK einleitend fest, dass unter dem Recht der MWST für die Frage der Steuerpflicht nicht die zivilrechtliche Form, sondern die Art der Tätigkeit und die Fähigkeit, selbständig gewerbliche oder berufliche Tätigkeiten zu verrichten, massgebend ist. Im vorliegenden Fall hätten sich die einzelnen Anwälte zur Verfolgung des gemeinsamen Zwecks des möglichst günstigen Bezugs von Material und Dienstleistungen zusammengeschlossen. Dieser Zweck sollte mit gemeinsamen Mitteln erreicht werden, was ganz klar für das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft spreche. Zudem seien sämtliche Voraussetzungen für die Annahme eines Leistungsaustausches erfüllt und die Anwaltschaftsgemeinschaft sei überdies mit allen Eigenschaften eines Steuerpflichtigen in die Umsatzkette eingefügt worden. Die Anwaltschaftsgemeinschaft sei somit auch nicht als blosser Vermittler (direkte Stellvertreterin) aufgetreten. Letzteres wäre nur dann der Fall, wenn in den Rechnungen der Dritten einerseits die Bürogemeinschaft (als Vertreterin) und zusätzlich nochmals alle Beteiligten unter individueller Bezeichnung aufgeführt würden. Schliesslich hat die SRK auch die von der ESTV auf Nichtumsätzen (Abschreibungen), steuerausgenommenen Umsätzen (Miete, Weiterbildung, Mitgliederbeiträge) und auf zum reduzierten Steuersatz steuerbaren Umsätzen (Fachliteratur) erhobene Mehrwertsteuer zum jeweils ordentlichen Steuersatz geschützt mit der Begründung, es handle sich hier um das Zurverfügungstellen einer Gesamtinfrastruktur, eines Leistungsbündels und einer «Dienstleistung sui generis». Auch dieser Entscheid wird dem Bundesgericht zur abschliessenden Beurteilung unterbreitet.

IV. Empfehlung und weiteres Vorgehen

Auch wenn die beiden Entscheide SRK 2003-042 und 2003-021 noch nicht rechtskräftig sind, ergibt sich bereits heute für alle Kolleginnen und Kollegen, welche einer Anwaltschaftsgemeinschaft angehören und nach dem Saldosteuerersatz abrechnen, dringender Handlungsbedarf. Die Abrechnung nach der Saldosteuerersatzmethode sollte möglichst bald aufgegeben und zur Abrechnung

nach der ordentlichen Methode übergegangen werden. Die sich hieraus ergebenden Mehraufwendungen bei der Erfassung der Vorsteuern sind nicht derart, dass sie den Steuernachteil bei Beibehaltung der Saldosteuerersatzmethode aufwiegen würden. Es ist damit auch keine eigentliche Buchführungspflicht verbunden, vielmehr genügt auch weiterhin die Aufzeichnung der geldwerten Transaktionen der Unternehmung. Dieser Wechsel hat auch weder eine Steuerkorrektur auf den Betriebsmitteln und Anlagegütern noch auf den Debitoren und Kreditoren zur Folge. Erfolgt jedoch mit dem Wechsel der Abrechnungsmethode gleichzeitig eine Änderung der Abrechnungsart, ist hinsichtlich der Behandlung von Debitoren und Kreditoren die ESTV anzufragen.⁵

Gemäss Praxis der ESTV ist der Wechsel von der Abrechnung nach der Saldosteuerersatz- zur ordentlichen Abrechnungsmethode frühestens nach Ablauf von fünf ganzen Kalenderjahren und immer nur auf den 31. Dezember möglich. Dabei ist der Widerruf mittels eingeschriebener Postsendung an die Hauptabteilung Mehrwertsteuer bis spätestens Ende Februar des Jahres einzureichen, ab dessen Beginn eine Abrechnung nach der effektiven Methode beantragt wird. Dies bedeutet für alle betroffenen Anwälte, welche aufgrund der neuen Entwicklung zur ordentlichen Abrechnungsmethode wechseln wollen, dass dies bis spätestens zum 29. Februar 2004 der Hauptabteilung Mehrwertsteuer mitzuteilen ist. Im Übrigen dürfte im vorliegenden Fall ein Wechsel allenfalls auch vor Ablauf von 5 Jahren möglich sein. Dies deshalb, weil vorliegend ein Praxiswechsel, resp. für viele Betroffene eine erhebliche Änderung der Voraussetzungen erfolgt ist, welcher derart Rechnung getragen werden können muss, dass ein Wechsel vorzeitig erfolgen kann. Zudem ist auch kein Grund für eine Mindestverweilfrist in der Saldosteuerersatzmethode ersichtlich. Der SAV wird sich jedenfalls um die Frage bemühen und versuchen, mit der ESTV eine Lösung zu finden.

Der SAV wird sich dieser Frage auch weiterhin annehmen und an gleicher Stelle über die Ergebnisse informieren.

⁵ Spezialbroschüre 610.530-03 Ziff. 4.2, 8.2, 9.1 und 9.3.

Entracte

Fortsetzung von Seite 400

Jetzt sitzt Gehrer vom Regen durchnässt, Rucksack zwischen den Beinen, auf einer Parkbank am Ufer, macht die Augen klein und starrt auf den Zürichsee hinaus. Aus den Kastanienbäumen tropft es unablässig. Fernes Geläute. Die ersten Morgengänger unter schwarzen Schirmen. Himmel wie Schiefer.

Für heute nachmittag ist eine kleine Feier angesagt. Das machen sie immer so: Seine Sekretärin organisiert eine Kirschtorte mitsamt ölig-schimmernden Lachsbrötchen, hastig zirkuliert eine Glückwunschkarte. Alles Gute zum Geburtstag, viel Glück, viel Erfolg für die Zukunft, Congratulations, Happy Birthday, Prost, Gehrer, mach's weiter flott, nochmals alles Gute, noch-

mals viel Glück, nochmals für die Zukunft. Der übliche Maiefelder wird kalt gestellt, und um Punkt 17:00 Uhr trommelt die Sekretärin die Abteilung zum Umtrunk zusammen. Dann klirren die Gläser, ein paar Witze links, ein paar Witze rechts, dazwischen lärmt ein Handy, dann wieder lustige Sprüche. Es wird viel gelacht. Wenn sich nach einer Weile die Fröhlichkeit auflöst und sich alle davonmachen, ist Gehrer ein Jahr älter. So geht das alle Jahre.

Daran wird sich nichts ändern, auch wenn sie heute zusätzlich sein Harvard-Diplom zu feiern haben.

Fortsetzung Seite 407

Hermann Bechtold* et Jörg R. Bühlmann**

Etudes d'avocats et TVA

I. Point de départ

La Commission fédérale de recours en matière de contributions (CRC) a pris position dans deux décisions datées du 24 septembre 2003¹ sur le problème de la TVA en relation avec la communauté de répartition des frais et services tels que personnel, loyer, électricité, matériel de bureau, littérature spécialisée, etc. . . ., dans les études d'avocats. Ces deux procédures sont basées sur deux hypothèses identiques à celles que l'Administration fédérale des contributions (AFC) a évoquées dans ses communications concernant la pratique². Dans le premier cas de figure un avocat assujéti acquiert les prestations en son propre nom et procède par la suite à la refacturation aux autres associés de l'étude de leur part des frais. Dans la seconde hypothèse, c'est l'étude d'avocats elle-même qui acquiert les prestations en cause et qui refacture ensuite à chaque associé individuellement sa part de frais. Aussi bien l'avocat qui acquiert les prestations pour ses confrères que l'étude d'avocats qui le fait pour les associés fournit des prestations imposables selon la terminologie de l'AFC, dans la mesure où il – respectivement elle – remplit les conditions de l'art. 21 et de l'art. 25 al. 1 let. a LTVA. Il s'ensuit que les prestations refacturées aux autres avocats doivent être décomptées par l'avocat, respectivement par l'étude d'avocats. Cette pratique de l'administration fiscale entraîne une charge fiscale supplémentaire pour tous les avocats qui font partie d'une étude et qui décomptent au moyen du taux de la dette fiscale nette.

Cette charge fiscale additionnelle ne peut être évitée que dans la mesure où l'avocat, respectivement l'étude d'avocats, intervient comme représentant direct au sens de l'art. 11 al. 1 LTVA. L'AFC n'admet toutefois un tel rapport de représentation direct que dans la mesure où les avocats qui se sont associés acquièrent des prestations de la manière suivante: les fournisseurs émettent une facture, qui doit toutefois mentionner tous les avocats membres de la communauté de frais individuellement et ensemble (einzeln und insgesamt) comme destinataires de la prestation. Sur l'original de cette facture, que l'un des avocats doit conserver, doit ensuite être reportée la répartition du montant de la facture entre les membres de la communauté de frais. Les autres membres doivent conserver chacun une copie de la facture originale comme pièce justificative afin de faire valoir la déduction de l'impôt préalable³.

L'AFC ne retient pas qu'il y ait assujettissement collectif de plusieurs avocats dans le cadre d'une étude, si l'avocat utilise son propre papier à lettres pour sa correspondance commerciale, ou lorsqu'il utilise le papier à lettres de l'étude s'il signe en son propre nom. Au surplus, la procuration doit être libellée au nom de l'avocat concerné, toute indication concernant l'étude figurant dans l'entête ou dans le texte même de la procuration n'étant pas admise. Enfin, l'avocat doit établir ses factures exclusivement en son propre nom; il peut cependant utiliser pour ce faire un papier mentionnant, outre son nom, celui de l'étude. Il doit au surplus indiquer expressément sur ses factures ses coordonnées bancaires ou son numéro de compte de chèque postal personnels et son numéro TVA. Ces conditions doivent être cumulativement réunies⁴.

II. SRK 2003-042

Cet arrêt a trait à la question de savoir dans quelle mesure l'acquisition de prestations par un avocat avec refacturation consécutive à ses confrères tombe sous le coup de la taxe sur la valeur ajoutée. La CRC a constaté dans le cadre de l'état de faits qu'en fonction de l'adresse figurant sur les différentes factures, qui n'étaient pas adressées à l'avocat concerné mais selon diverses variantes à l'étude d'avocats, les prestations devaient être considérées comme acquises par l'étude d'avocats (communauté de frais). La communauté de frais aurait ensuite retransmis ces prestations, acquises pour permettre l'exercice de la profession d'avocat, aux avocats-membres en proportion de leurs parts respectives dans le cadre d'un nouveau rapport d'échange. C'est dès lors l'étude d'avocats qui est intervenue en qualité de prestataire de services. Toutefois, compte tenu du fait que les prestations en question ne peuvent pas au regard de la TVA avoir été acquises, respectivement fournies simultanément par l'étude d'avocats agissant de manière indépendante au sens de la TVA d'une part, et par l'avocat ayant donné lieu à cette affaire d'autre part, le recours de droit administratif a été admis.

Cette décision n'est pas encore entrée en force au moment de la rédaction du présent commentaire de jurisprudence. L'on peut toutefois présumer que l'AFC défèrera cette décision au Tribunal fédéral.

III. SRK 2003-021

Cette procédure est fondée sur le cas de figure dans lequel une étude d'avocats acquiert des prestations et les refacture ensuite aux avocats pris individuellement. La CRC considère préliminai-

1 Avocat et expert fiscal dipl., Associé B&P lawyers.

* Avocat, Associé B&P lawyers.

Traduit de l'allemand par M^e Olivier Weniger, Lausanne.

1 CRC 2003-042 et CRC 2003-021.

2 Brochures 610.507-25 ch. 10 lit. c et 610.540-17 ch. 3.2.

3 Au sujet de ces conditions qui permettent d'admettre un rapport de représentation direct, l'on relève que jusqu'à présent elles n'ont été publiées dans aucune brochure de l'administration fiscale.

4 Brochure 610.507-25 ch. 10 lit. b et 610.540-17 ch. 3.1.1.

rement que la question de l'assujettissement doit être résolue dans le cadre de la TVA non pas en fonction de la forme de droit civil, mais en fonction de la manière dont s'exerce l'activité et de la faculté d'exercer de manière indépendante une activité commerciale ou professionnelle. Dans le cas d'espèce, les avocats se seraient associés pour la poursuite d'un but commun, soit l'acquisition de matériel et de prestations de services au prix le plus avantageux. Ce but devrait être atteint par des moyens communs, ce qui plaiderait clairement en faveur d'un rapport de société simple. De surcroît toutes les conditions d'un échange de prestations seraient réunies et l'étude d'avocats serait au surplus intervenue dans l'enchaînement des opérations avec toutes les caractéristiques d'un assujetti. Enfin, l'étude d'avocats ne serait pas intervenue comme simple intermédiaire (représentante directe). Tel aurait uniquement été le cas si les factures des tiers avaient mentionné d'une part l'étude d'avocats (en tant que représentante) et de surcroît tous les associés pris individuellement. Finalement, la CRC a encore donné raison à l'AFC s'agissant de la TVA reprise au taux ordinaire sur des montants qui ne représentaient pas des contre-prestations (amortissements), sur des opérations exclues du champ de l'impôt (loyers, formation continue, cotisations de membres) et sur des montants imposables au taux réduit (littérature spécialisée), au motif qu'il s'agirait en l'espèce de mise à disposition d'une infrastructure globale, d'un ensemble de prestations, et d'une « prestation de services sui generis ». Cette décision sera également déférée au Tribunal fédéral pour jugement définitif.

IV. Recommandation et autres mesures

Même si ces deux décisions de la CRC 2003-042 et 2003-021 ne sont pas encore entrées en force, il convient d'ores et déjà que toutes les consoeurs et tous les confrères qui font partie d'une étude d'avocats et décomptent au moyen du taux de la dette fiscale nette adoptent des mesures urgentes. La méthode de décompte selon le taux de la dette fiscale nette devrait être abandonnée aussitôt que possible au profit du décompte selon la méthode effective. Les dépenses supplémentaires résultant de l'enregistrement et de la saisie de l'impôt préalable ne sont pas

si élevées qu'elles justifieraient de demeurer à la méthode de décompte selon le taux de la dette fiscale nette, compte tenu des désavantages que cela comporte. Il n'en résulte pas une obligation de tenir une comptabilité proprement dite; il suffit bien plutôt d'enregistrer les opérations commerciales de l'entreprise. Ce changement n'entraîne pas une correction fiscale sur les moyens d'exploitation et les biens d'investissement, pas plus que sur les débiteurs ou les créanciers. Si en revanche le changement de méthode de décompte intervient en même temps qu'un changement de mode de décompte, il convient de se renseigner auprès de l'AFC pour ce qui concerne le traitement des débiteurs et des créanciers⁵.

Selon la pratique de l'AFC, le changement de méthode de décompte du taux de la dette fiscale nette à la méthode effective ne peut intervenir qu'après une période de cinq années civiles complètes et uniquement à partir du 31 décembre. La demande de révocation doit être expédiée par lettre signature à l'AFC, Division principale de la Taxe sur la valeur ajoutée, au plus tard jusqu'à fin février de l'année à partir du début de laquelle l'assujetti veut décompter de manière effective. Cela signifie pour tous les avocats concernés, qui compte tenu de ces derniers développements désirent changer leur méthode de décompte et adopter la méthode de décompte effective, qu'ils doivent le communiquer à la Division principale de la Taxe sur la valeur ajoutée jusqu'au 29 février 2004 au plus tard. Au demeurant, en dernière extrémité, il devrait être possible en l'occurrence de changer de méthode de décompte avant l'expiration de ce délai de 5 ans. D'une part en effet, un changement doit pouvoir intervenir de manière anticipée lorsqu'une modification de pratique entraîne pour un grand nombre de personnes une modification notable des conditions relatives au mode de facturation. D'autre part, il n'existe aucune raison qui justifie qu'une durée minimale soit imposée à la méthode de décompte selon le taux de la dette fiscale nette. La FSA se chargera de traiter cette question et tentera de trouver une solution avec l'AFC.

La FSA continuera de suivre cette affaire et communiquera le résultat de ses recherches.

⁵ Brochure spéciale 610.530-03 ch. 4.2, 8.2, 9.1 et 9.3.

Entracte

Fortsetzung von Seite 405

Später, am Abend, dasselbe mit seiner Frau Jeannette. Ein Tisch steht im Restaurant Kronenhalle für sie bereit. Man wird sich zuprosten, zulachen und sich gegenseitig Glück zusprechen. Die Kellner werden sie umsorgen und Wein nachreichen, und er wird sich ausnahmsweise zu einer Panna cotta überreden lassen. Dann ist auch dieser Abend gefeiert, und morgen ist wieder ein Tag, wieder ein Jahr.

Endloses Gleiten über Landschaft in Zeitlupe. Kalkutta – Varanasi wie vor einer Kinoleinwand. Vielleicht liegt es an der

Weite des Landes, nicht an der Geschwindigkeit der Züge: das Zeitlupengefühl. Landschaft, die erst durch Menschen zu Landschaft wird, durch die Strohhütten, durch die winzigen Felder in Lehmbegrenzung, durch die Ochsespanne mit Holzpflügen, die, sobald sie endlich trotten, schon wieder gewendet werden müssen, durch die leuchtenden Tücher an Wasserpumpen, durch Kinder, Horden von Kindern, die lachen, winken und schreien, wenn der Zug vorbeirollt, oder mitrennen, so lange sie

Fortsetzung Seite 416

Max Roth*

Vom Umgang mit Prozessakten

Am Sonntag, dem 11. Mai 2003, waren im Elsass Diebe unterwegs. Ihr Opfer wurde ein mit in einer Erbteilungssache befasster Schweizer Anwalt, der das Wochenende offenbar nicht nur der Erholung, sondern auch den Abschlussarbeiten an einer Beschwerdeschrift gegen einen Entscheid des Zürcher Kassationsgerichts widmen wollte. Während er in der Umgebung eines stark frequentierten Ausflugsrestaurants einen Spaziergang machte, wurde sein Fahrzeug aufgebrochen und daraus der Computer mit den Daten der weitgehend fertig gestellten Beschwerdeschrift und *die gesamten Prozessakten im Original* gestohlen. Da der Anwalt weder die elektronischen Daten separat gesichert noch Kopien der Prozessakten erstellt und in seinem Büro zurückgelassen hatte, geriet er in zeitliche Bedrängnis. Er stellte deshalb am 13. Mai 2003 beim Bundesgericht ein Fristerstreckungsgesuch. Das Bundesgericht trat unter Hinweis auf Art. 33 Abs. 1 OG nicht darauf ein, nahm aber die Eingabe als Wiederherstellungsgesuch i. S. von Art. 35 Abs. 1 OG entgegen und wies dieses mit Entscheid vom 21. Mai 2003 ab (5P.162/2003, nicht zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

In der Ausgabe der NZZ vom 17. Juli 2003 (Nr. 163, S. 15) wurde kurz über diesen Entscheid informiert. Für alle, die während ihren Ferien auf eine vertiefte Zeitungslektüre verzichteten, und wegen der fatalen Folgen, die ein Aktenverlust haben kann, wird an dieser Stelle nochmals auf den bundesgerichtlichen Beschluss vom 21. Mai 2003 hingewiesen.

Das Bundesgericht rief zunächst in Erinnerung, «dass gemäss [seiner] ständigen Rechtsprechung [...] an den Nachweis der behauptetermassen unverschuldet versäumten Parteihandlung ein strenger Massstab anzusetzen ist, und dass der Partei (und gegebenenfalls ihrem Vertreter) kein Vorwurf darf gemacht werden können (BGE 112 V 255 E. 2a mit Hinweisen), denn die Wiederherstellung kann nur in Fällen klarer Schuldlosigkeit gewährt werden (nicht publizierte E. 2 von BGE 114 Ib 56, in: Pra 1988 Nr. 152) dass dies [lediglich] dann der Fall ist, wenn die säumige Person aus hinreichenden objektiven oder subjektiven Gründen davon abgehalten worden ist, fristgerecht zu handeln oder eine Vertretung zu bestellen (verneint in BGE 119 II 86 E. 2; bejaht im Urteil 6S. 282/1998, E. I.3 mit Hinweisen).»

Auf den konkreten Fall bezogen erwog es,

«dass der Gesuchsteller sich einerseits vorwerfen lassen muss, sein Fahrzeug, in welchem sich die vollständigen Akten und der Personal-Computer befanden, unbeaufsichtigt auf dem Parkplatz eines stark frequentierten Ausflugsrestaurants gelassen zu haben, was an sich bereits als mittelschwere Nachlässigkeit zu werten ist,

dass der Gesuchsteller sich andererseits als noch schwerere Nachlässigkeit vorwerfen lassen muss, die gesamten Prozessakten im Original mitgenommen zu haben, ohne im Büro Kopien davon und eine Sicherheitsdiskette mit der bereits «weitgehend fertig gestellten» Beschwerdebegründung aufbewahrt zu haben,

dass, sollten die Sachen gar auf dem Rücksitz deponiert worden sein, ein Grenzfall von grober Fahrlässigkeit vorläge, zumal nicht geltend gemacht wird, die Sachen im Kofferraum abgeschlossen gehabt zu haben.»

Laut Polizeilicher Kriminalstatistik 2002 wurden im Jahr 2002 in der Schweiz 65 571 Fahrzeugdiebstähle und Entwendungen zum Gebrauch zur Anzeige gebracht (vgl. <http://www.bap.admin.ch/d/aktuell/stat/kriminal/fahrzeug2002.htm>). Selbst wenn in erster Linie zweirädrige Fahrzeuge gestohlen bzw. entwendet worden sein dürften, so steht dennoch fest, dass ein Auto – auch in der Schweiz – ein ziemlich unsicherer Aufbewahrungsort für Gerichtsakten ist.

Wer nicht beabsichtigt, mit seinem Auto vom Gericht auf direktem Wege in seine Kanzlei zurückzukehren, wird sich demnach vorsichtigerweise nie anerbieten, den Transport von Gerichtsakten zu übernehmen, sondern sich die Akten bei Bedarf durch die Gerichtskanzlei auf dem Postweg zustellen lassen. Der Verlust eines Originaldossiers bringt nicht nur für den oder die «Schuldige(n)» viel Unbill mit sich, sondern wird auch grosse Verärgerung sowohl beim betroffenen Gericht als auch bei den weiteren Verfahrensbeteiligten schaffen. Diese sind verpflichtet, bei der Wiederherstellung mitzuwirken; selbstverständlich gegen Erstattung der entstehenden Kosten (vorliegend: vgl. § 171 Abs. 1 und 2 GVG/ZH). Dass die Wiederherstellung eines verlorenen Dossiers vollständig gelingt, ist zudem auch im Zeitalter der EDV noch lange nicht sicher. Die Daten der Protokolle laufender Prozesse werden zwar auf den Computern des Gerichts regelmässig vorhanden sein, von Einlegerakten, die für die Beweisführung unabdingbar sein können, bestehen jedoch nicht in jedem Fall Fotokopien. Unter Umständen unwiederbringlich verloren sind beigezogene Akten bereits rechtskräftig erledigter älterer Prozesse – etwa in einem Abänderungsverfahren diejenigen des weit zurückliegenden Scheidungsprozesses. Die Gerichte erstellen in aller Regel keine Fotokopien des gesamten Dossiers.

Das vom Bundesgericht geforderte Mass an Sorgfalt beim Umgang mit gerichtlichen Akten mag auf den ersten Blick als sehr hoch erscheinen. Wird jedoch bedacht, dass die Wahrheitsfindung verunmöglicht und die Geheimosphäre der Parteien sowie allenfalls Dritter in schwerwiegender Weise verletzt werden kann, wenn Akten abhanden kommen, so erscheint diese Rechtsprechung richtig. ■

Max Roth, lic. iur., Rechtsanwalt, Lektor/Redaktor.

Sarah Montani*

Juristische Wissensarchitektur

Die Wissensgesellschaft

Achtzig Prozent aller Wissenschaftler, die je gelebt haben, leben heute. Zukunfts- und Trendforscher behaupten, dass sich das «Weltwissen» alle fünf Jahre verdopple. Peter Drucker vertritt die These, dass wir in einer nachindustriellen (Wissens-)Gesellschaft leben.¹ Unsere Gesellschaft hat sich demnach von der Güter- zur Informations- und Wissensgesellschaft gewandelt. Als nächstes erwartet uns – wenn wir den Prognosen vertrauen – die Quantengesellschaft!² Aber vorerst zurück zur gegenwärtigen Wissensgesellschaft.

Die These der Wissensgesellschaft stützt sich u. a. auf Veränderungen in Wirtschaft und Gesellschaft, die insbesondere im Zusammenhang mit den verbesserten Kommunikations- und Informationstechnologien gesehen werden. In alltäglichen Standardprodukten steckt mehr Wissen den je (Computer, Pharmazeutika usw.). Der Mikrochip ist möglicherweise *das* Produkt unserer Zeit. Auf einem halben Quadratcentimeter ist das gesamte technologische und prozessuale Wissen einer Branche konzentriert.³ Das Wissenszeitalter spielt sich laut Willke⁴ vor allem auf drei Ebenen ab:

- in der Wissensgesellschaft im Allgemeinen,
- in intelligenten Organisationen und ihren Dienstleistungen und
- in der beruflichen Tätigkeit dieser Gesellschaft.

Die These stützt sich ferner auf den Bedeutungsverlust der historisch älteren Produktionsfaktoren Boden, Arbeit und Kapital. Bis ins 19. Jahrhundert waren über 50 % der arbeitenden Bevölkerung in der Landwirtschaft beschäftigt. Heute arbeiten in diesem Sektor noch ein paar Prozent der Beschäftigten.⁵ Folgende Aussagen unterstreichen weiter die These der Wissensgesellschaft:

- 80 % aller bisherigen wissenschaftlichen Erkenntnisse und 90 % der gesamten wissenschaftlichen Informationen dieser Welt wurden im 20. Jahrhundert produziert, davon zwei Drittel nach dem Zweiten Weltkrieg.
- In den ersten 500 Jahren nach Gutenberg – von 1450 bis 1950 – wurden weltweit etwa 30 Millionen Bücher veröffentlicht, in den 20 Jahren danach erschien die gleiche Anzahl.⁶

1 lic. iur. Sarah Montani ist Gründerin und Mitinhaberin der Weblaw GmbH, Bern, und Mitherausgeberin der juristischen online Fachzeitschrift Jusletter.

1 P. Drucker, Die postkapitalistische Gesellschaft, Düsseldorf 1993, S. 1 ff.
 2 R. Tissen, D. Andriessen, F. L. Deprez, Die Wissensdividende, München 2000, S. 71 ff.
 3 D. von der Oelsnitz, Wissensmanagement, Strategie und Lernen in wissensbasierten Unternehmen, Stuttgart 2003, S. 1 ff.
 4 H. Willke, Systemisches Wissensmanagement, 2. Auflage, Stuttgart 2001 S. 1 ff.
 5 T. Stewart, Der vierte Produktionsfaktor. Wachstum und Wettbewerbsvorteile durch Wissensmanagement, München 1998, S. 26.
 6 D. von der Oelsnitz, Wissensmanagement, Strategie und Lernen in wissensbasierten Unternehmen, Stuttgart 2003, S. 17.

- Im juristischen Bereich haben wir zur Zeit in der Schweiz 117 juristische Fachpublikationen! Der wöchentliche Datenzuwachs in der Datenbank «Urteile ab 2000» vom Schweizerischen Bundesgericht ist enorm: Die Leitentscheide seit 1954 umfassen zum jetzigen Zeitpunkt rund 15 000 Entscheide, die Datenbank Urteile ab 2000 ebenfalls. Die Rechnung ist eine einfache: Die Datenmenge, zu deren Äufnung rund 49 Jahre benötigt wurde, hat man in knapp 4 Jahre egalisiert. Pro Woche werden ca. 80 Entscheiden neu eingelesen.
- Juristen müssten täglich ca. 100 Seiten zur Kenntnis nehmen, um einen (wichtigen) Teil⁷ der aktuellen juristischen Informationen in den Bereichen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur der Schweiz zu sichten.⁸

Die Wissensgesellschaft scheint somit die natürliche Weiterentwicklung der Informationsgesellschaft zu sein.

Einzigartigkeit der Ressource Wissen

Viele betrachten Wissen als ein greifbares Gut, das erworben, veräussert und gemessen werden kann. Aus dieser Überlegung ergeben sich mehrere Probleme. Die Definition von Wissen als etwas Konkretes führt zu einer problematischen Unterscheidung zwischen Wissen als materielle Ware und der praktischen Nutzung dieser Ware. Die Entwicklung von geistigem Eigentum und die Bildung von Wissenskapital rücken in den Vordergrund, in der Annahme, dass angeeignetes Wissen auch sinnvoll und effektiv genutzt wird. Diese Annahme trifft oft nicht zu.⁹

Wissen unterscheidet sich in mehrerer Hinsicht von den Produktionsfaktoren Boden, Kapital, Arbeit.

- Wissen ist unsichtbar. Einer CD-Rom ist auf dem ersten Blick nicht anzusehen, ob auf ihr eine hochkarätige Expertise oder digitaler Ramsch gespeichert ist.
- Wissen ist der einzige Produktionsfaktor, der sich durch Teilung vermehrt. Zwei Personen, die Informationen austauschen, verfügen anschliessend nicht über die Hälfte, sondern im Idealfall über die doppelte Menge an Informationen.
- Wissen erodiert durch Zeitablauf, es Bedarf einer steten Aktualisierung, um seinen Wert zu erhalten.

7 Berücksichtigt wurden AS, Entscheide des Bundesgerichts sowie die erwähnten 117 juristischen Periodika (ohne Bundesblatt, amtliches Bulletin, Curia Vista VPB, kantonale Gesetzes- und Rechtsprechungsdatenbanken, Literatur ohne Bücher).

8 F. Kummer, Referat «Suchtechnologien», Schweizerischer Anwaltskongress 2003, Luzern sowie Referat «Präsentation und kritische Würdigung des bestehenden elektronischen Angebotes an Rechtsdaten von Bund und Kantonen», Tagung für Informatik und Recht 2003. Eine detaillierte Aufschlüsselung der Zahlen wird im Tagungsband Informatik und Recht in Kürze publiziert.

9 J. Pfeffer, R. I. Sutton, The Knowing-Doing Gap. How Smart Companies Turn Knowledge into Action, Harvard Business Scholl Press, 2000, S. 1 ff.

- Wissen ist ein unendlicher Rohstoff (auch wenn Curt Goetz einmal behauptete, die einzige Ressource, die auf dieser Welt in unbegrenzter Menge zur Verfügung stehe, sei die menschliche Dummheit).¹⁰

Die Anwaltskanzlei im Wissenszeitalter

Anwältinnen und Anwälte sind Wissensarbeiter. Informationen, Erfahrungen und Wissen bestimmen seit eh und je den Erfolg oder Misserfolg einer Anwaltskanzlei. Entscheidend ist dabei, ob es gelingt, die wirklich wichtigen Informationen zu erkennen und für die juristische Wissensarbeit und die Anwaltskanzlei nutzbar zu machen. Die Aufgabe von juristischen Wissensarbeitern ist es, Daten und Informationen zu wertschöpfendem Wissen zu veredeln. Informationen sind damit Rohstoff, Werkzeug und Ergebnis zugleich. Strategisches Informations- und Wissensmanagement ist jedoch keine (oder nicht nur eine) Frage aufwendiger Technologien.

Der Technologiemythos

Anwaltskanzleien investieren in Wissensmanagement. Das ist unbestritten. Nach ihren Wissensmanagementprojekten befragt werden jedoch vorwiegend technische Massnahmen genannt:

Erstellung von Intranet und Datenbanken, VPN und vieles mehr. In den letzten Jahren begannen Anwaltskanzleien, ihre schwach strukturierten Informationen (Textdokumente, Präsentationen usw.) mit Hilfe von Dokumentenmanagementsystemen zu verwalten. Diese speichern (heterogene) Dateitypen i. d. R. auf einem zentralen Server. Davon getrennt werden über Datenbanken Metainformationen, Zugriffsrechte und weitere Informationen zu den einzelnen Objekten organisiert.

Wissensmanagement ist kein reines IT-Thema¹¹, auch wenn technische Diskussionen dominieren. Informationstechnologien und technische Infrastrukturen sind immer nur ein Hilfsmittel zur Unterstützung von Lern- und Wissensentwicklungsprozessen in Anwaltskanzleien und dürfen nie zum Selbstzweck werden. Leider bilden allzu selten Themen wie Personal- oder Organisationsentwicklungsmassnahmen den Schwerpunkt der Wissensmanagementüberlegungen.¹² Ansätze rund um wissensorientiertes Personalmanagement, wissensorientierte Unternehmensstruktur und -kultur sind demnach in IT- und Wissensmanagementprojekte zu integrieren.

Die Anwaltskanzlei als Wissensgemeinschaft

Im Mittelpunkt von Wissensmanagementstrategien ist der Anwalt und die Anwaltskanzlei.

«Wissen bezeichnet die Gesamtheit der Kenntnisse und Fähigkeiten, die Individuen zur Lösung von Problemen einsetzen. Dies umfasst sowohl theoretische Erkenntnisse als auch praktische Alltagsregeln und Handlungsanweisungen. Wissen stützt sich auf Daten und Informationen, ist im Gegensatz zu diesen jedoch immer an Personen gebunden. Es wird von Individuen konstruiert und repräsentiert deren Erwartungen über Ursache-Wirkungszusammenhänge in einem bestimmten Kontext.»¹³

Transparenz und ein gemeinsames Verständnis von Zielen und Werten in einer Anwaltskanzlei sind dabei erste Voraussetzungen. Wichtig ist auch ein Arbeitsumfeld, das zu Leistung, Innovation und Kreativität animiert. Kontexte sind komplex. Ein idealer Wissenskontext bestünde aus positiv gestimmten juristischen Wissensarbeitern, die unter allen Umständen arbeitsbezogen, effizient, an Gruppenprozessen orientiert, weitblickend, mitdenkend und vernünftig agieren. Die Realität zeigt ein Bild von Wissensneid, Machtspielen, Feindschaften und Freundschaften, Konkurrenzen, Angst vor Inkompetenz und anderen Ängsten, die den Umgang mit Wissen beeinflussen. Die Rahmenbedingungen, unter denen eine Anwaltskanzlei arbeitet, sind für die Qualität der Arbeitsergebnisse entscheidend. Das Umfeld beeinflusst die Wissenskultur, d. h. die Art und Weise, wie die Anwaltskanzlei kollektiv mit ihrem Wissen umgeht. Wissensmanagement ist deshalb auch Change-Management. Auch dies ist in Wissensmanagement-Projekten zu berücksichtigen.¹⁴

Wertschöpfung durch Wissensmanagement?

Jedes neue Wissen muss in einer Anwaltskanzlei eine sehr einfache Bedingung erfüllen: Zur Wertschöpfung beitragen. Nur dann werden strategische Vorteile freigesetzt. Neben sinnvollen IT-Strukturen sollte die Etablierung neuer Wissensfunktionen (Juristische/r Wissensarchitekt/in, Chief Knowledge Officer usw.) in den Vordergrund treten, falls dies noch nicht geschehen ist. Ein Change-Management und ein bewusster Umgang mit der Ressource Wissen kann zusätzlich durch Weiterbildung erreicht werden.¹⁵ Die Etablierung neuer Wissensfunktionen und die Weiterbildung sind jedoch für sich genommen auch keine absoluten Lösungen bestehender Wissensmanagementprobleme. Sie können jedoch ganz entscheidend dazu beitragen, wahrhaftiger über die persönliche und organisationale Wissensbasis nachzudenken, und helfen, die kontinuierliche Umsetzung von akquiriertem Wissen zu erreichen.

10 D. von der Oelsnitz, Wissensmanagement, Strategie und Lernen in wissensbasierten Unternehmen, Stuttgart 2003, S. 46.

11 IT = Informationstechnologie.

12 K. Romhardt, Wissensgemeinschaften, Orte lebendiges Wissensmanagements, Dynamik, Entwicklung, Gestaltungsmöglichkeiten, Zürich 2003, S. 29.

13 S. Romhardt, s. Fn 12, S. 26.

14 S. Romhardt, s. Fn 12, S. 27.

15 Z. B. Nachdiplomkurs «Juristische Wissensarchitektur», Kooperation Institute of Sustainable Management, Fachhochschule Aargau Nordwestschweiz und Weblaw GmbH, Bern, www.weblaw.ch/schulung/wissensarchitektur.asp.

■ Verfassungsrecht / Droit constitutionnel (I)

Art. 8, 9, 27 und 29 BV, §§ 17 und 18 Anwaltsprüfungsverordnung des Kantons Zürich; Erteilung des Fähigkeitsausweises für den Rechtsanwaltsberuf

Bezüglich des Handelns von Verwaltungsbehörden leitet die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus dem Gebot der gleichen und gerechten Behandlung nach Art. 29 Abs. 1 BV einen Anspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit ab, der inhaltlich weitgehend mit demjenigen nach Art. 30 Abs. 1 BV übereinstimmt (BGE 127 I 196 E. 2b S. 198; vgl. auch Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, S. 582). Der Grundsatz von Treu und Glauben verlangt jedoch, dass das Ausstands- bzw. Ablehnungsbegehren unverzüglich zu erheben ist, nachdem vom Fehler in der Besetzung Kenntnis erlangt wurde; unterbleibt eine rechtzeitige Rüge, obwohl sie möglich und zumutbar gewesen wäre, wird gemäss konstanter Praxis stillschweigende Einlassung und damit Verwirkung einer allfälligen Rügemöglichkeit angenommen (vgl. statt vieler BGE 117 Ia 322 E. 1c; S. 323; Jörg Paul Müller, a. a. O., S. 588 f.). [. . .]

Dass der Schwierigkeitsgrad der in einer mündlichen Prüfung gestellten Fragen – auch innerhalb des gleichen Faches – variieren kann, liegt in der Natur der Sache. Ein objektiver Massstab bezüglich der Schwierigkeit von Prüfungsfragen existiert ohnehin nicht. Sogar die gleiche Aufgabe kann von verschiedenen Kandidaten als unterschiedlich schwierig empfunden werden, je nach persönlicher Vertrautheit mit dem geprüften Teilgebiet. Vergleiche zwischen einzelnen Prüfungsfragen sind somit schon von vornherein heikel und beruhen zu einem grossen Teil auf subjektivem Empfinden.

Überdies ist die Beschränkung auf das vom Beschwerdeführer genannte Lehrbuch nirgends festgehalten oder gar empfohlen; jedenfalls macht der Beschwerdeführer dies nicht geltend. Die Anwaltsprüfungsverordnung bestimmt lediglich die geprüften Rechtsgebiete (§ 11); anhand welcher Mittel der Prüfungsstoff zu erarbeiten ist, liegt im Gutdünken jedes einzelnen Kandidaten. Auch wenn sich diese, wie der Beschwerdeführer geltend macht, für die Prüfungsvorbereitung im Fach Strafprozessrecht üblicherweise auf das von ihm genannte allgemeine Standardwerk konzentrieren, bindet dies die Examinatoren bei der Wahl der von ihnen gestellten Aufgaben nicht. Wie die Vorinstanz in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise festhält, soll an der Anwaltsprüfung nicht primär das theoretische Wissen eines Kandidaten nochmals getestet, sondern – gerade in den prozessualen Fächern – geprüft werden, ob die Kandidaten auch den praktischen Anforderungen des Anwaltsberufs, die das reine Lehrbuchwissen übersteigen, gewachsen sind. Daher können ohne weiteres auch Teilgebiete geprüft werden, die von einem allgemeinen Lehrwerk nicht vertieft behandelt werden. [. . .]

Die Bewilligungspflicht für die Ausübung des Anwaltsberufs stellt einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar. Die gesetzliche Grundlage dafür findet sich in den Art. 1 und 2 des zürcherischen Anwaltsgesetzes. Bei der Festlegung der Anforderungen für das Bestehen einer Prüfung kommt den kantonalen Behörden ein weiter Gestaltungsspielraum zu, soweit diese den zu schützenden polizeilichen Rechtsgütern dienen. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit müssen sie geeignet sein, den mit der Prüfung verfolgten Zweck zu erreichen. Die Prüfungsordnung darf nicht unnötige oder übertriebene Erfordernisse aufstellen, muss andererseits aber den Schutzbedürfnissen des Publikums ausreichend Rechnung tragen (vgl. BGE 113 Ia 286 E. 4 S. 289; 112 Ia 322 E. 4 S. 325).

(II. Öff. rechtl. Abt., 2P.55/2003, 3. 7. 2003, X c. Obergericht des Kantons Zürich, Anwaltsprüfungskommission; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 8, 9, und 29 BV; Fähigkeitsausweis für den Rechtsanwaltsberuf

Bei der Beurteilung von Prüfungsergebnissen übt das Bundesgericht grosse Zurückhaltung. Hat es auf staatsrechtliche Beschwerde hin die Bewertung von Examensleistungen zu beurteilen, so prüft es die Handhabung der einschlägigen kantonalen Verfahrensvorschriften – auf entsprechende, ordnungsgemäss begründete Rügen hin – nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür. In erster Linie prüft es, ob das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Minimalgarantien durchgeführt worden ist, und es auferlegt sich auch bei der materiellen Beurteilung eine besondere Zurückhaltung, indem es erst einschreitet, wenn sich die Behörde von sachfremden oder sonstwie ganz offensichtlich unhaltbaren Erwägungen hat leiten lassen, so dass ihr Entscheid unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten als nicht mehr vertretbar und damit als willkürlich erscheint (BGE 121 I 225 E. 4b S. 230; 118 Ia 488 E. 4c S. 495; 106 Ia 1 E. 3c S. 4, bestätigt im Urteil 2P.223/2001 vom 7. Februar 2002, E. 2 [betreffend Anwaltsprüfung im Kanton Zürich]).

(II. Öff. rechtl. Abt., 2P.19/2003, 29. 7. 2003, Y c. Obergericht des Kantons Zürich, Anwaltsprüfungskommission; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 29 Abs. 3 BV; unentgeltlicher Rechtsbeistand im Vaterschafts- und Unterhaltsprozess

Dass das Kind einen von der Vormundschaftsbehörde bestellten Beistand hat, ist für sich allein kein Grund, ihm einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu verweigern (ständige Rechtsprechung seit BGE 99 Ia 430 E. 2b S. 432 ff. mit Hinweis auf frühere, teilweise abweichende Entscheide). Ob die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für die unter vormundschaftlicher

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

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

Beistandschaft stehende Prozesspartei «zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist» (Art. 29 Abs. 3 BV), beurteilt sich nach den allgemeinen Kriterien. Ist der Beistand selber Anwalt und in der Lage, den fraglichen Prozess zu führen, besteht keine Notwendigkeit, zusätzlich einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen (z. B. BGE 100 Ia 109 E. 8 S. 119; 110 Ia 87 Nr. 18 mit einer Zusammenfassung der Rechtsprechung). Massgebend sind alle Umstände des konkreten Einzelfalls. Es kann deshalb nur darauf ankommen, ob die unstreitig mittellose Beschwerdeführerin in dem von ihr angehobenen Vaterschafts- und Unterhaltsprozess, der gewiss nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden kann, sich gehörig zur Wehr zu setzen vermag. Ungeachtet der Ausbildung und beruflichen Qualifikation des vormundschaftlichen Beistands fällt entscheidend ins Gewicht, wie leicht die sich stellenden prozess- und materiellrechtlichen Fragen zu beantworten sind. Der Umstand, dass im Vaterschafts- und Unterhaltsprozess von Gesetzes wegen die *Offizialmaxime* gilt (vgl. Art. 254 Ziffer 1 und Art. 280 Abs. 2 ZGB), darf dabei nicht überbewertet werden. Vielmehr muss sichergestellt sein, dass die Beschwerdeführerin rechtskundig vertreten ist, das heisst, dass ihr Vertreter im Vaterschafts- und Unterhaltsprozess über die hierfür – und nicht bezüglich anderer Rechtsprobleme – erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten in der Weise verfügt, dass die von einem Rechtsanwalt vertretene Gegenpartei sich nicht vorweg in einer günstigeren Lage befindet (BGE 112 Ia 7 E. 2 c S. 11, betreffend unentgeltliche Verbeiständung eines Mündels in einem Scheidungsverfahren, dessen Vormund Jurist mit Hochschulabschluss ist).

In rechtlicher Hinsicht trifft es nach dem Dargelegten zu, dass die Geltung der *Offizialmaxime* die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands nicht von vornherein ausschliesst (BGE 104 Ia 72 E. 3 b S. 77; 112 Ia 14 E. 3 b S. 16; zuletzt: Urteil 5P.468/2000 vom 1. Februar 2001, E. 2 c, in: Praxis 90/2001 Nr. 75 S. 442 f.), namentlich wegen der akzentuierten Mitwirkungspflicht der Parteien in den von der Untersuchungsmaxime beherrschten Prozessen (BGE 128 III 411 E. 3.2.1 S. 413 f.). Diese Besonderheit des konkreten Verfahrens darf aber in die Gesamtbeurteilung einbezogen werden und kann es – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – rechtfertigen, die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands zu verweigern (z. B. BGE 119 Ia 264 E. 4 c S. 268, betreffend Schlichtungsverfahren im Mietrecht; BGE 122 I 8 E. 2 c S. 10, betreffend SchKG-Beschwerdeverfahren). In rechtlicher Hinsicht beruft sich die Beschwerdeführerin ferner auf den Grundsatz der Waffengleichheit. Es trifft zu, dass das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor allem als Ausfluss des Prinzips der Waffengleichheit versteht, während es früher die soziale, gleichsam der Armenunterstützung vergleichbare Funktion als massgebend angesehen hat (BGE 120 Ia 217 E. 1 S. 218 f.). Unter diesem Gesichtspunkt wird es sich in der Regel aufdrängen, der mittellosen Partei – ungeachtet der Tragweite des Entscheids und der Schwierigkeiten im Verfahren – einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen, wenn die Gegenpartei einen Anwalt beizieht. Ein Automatismus

besteht diesbezüglich aber – entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin – nicht. Es muss vielmehr auf Grund der gesamten Umstände entschieden werden, ob eine unentgeltliche Rechtsverbeiständung zur Herstellung der Waffengleichheit notwendig ist (ausführlich: Urteil des Bundesgerichts 4P.316/1994 vom 19. Mai 1995, E. 5 a, in: AJP 1995 S. 1207; gl. M. Corboz, *Le droit constitutionnel à l'assistance judiciaire*, SJ 2003 II 67, S. 80).

(II. Zivilabteilung, 5P.207/2003, 7.8.2003, A c. Appellationshof des Kantons Bern; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 9 et 29 Cst.; marchés publics, adjudication de travaux d'électricité

Le Consortium X. s'est plaint du fait que le capital-actions de l'entreprise adjudicataire était pour une large part en mains de la société I. SA (239 sur 500, soit 47,8%), elle-même en partie détenue par le pouvoir adjudicateur, soit l'Etat de Z. (26,52%) et la Ville de Y. Il a également critiqué le fait que K., conseiller communal à Y et vice-président du conseil d'administration d'I. SA, avait présidé la commission de construction qui avait adjugé le marché. Ce faisant, le Consortium a donc contesté un point essentiel concernant le déroulement de la procédure, soit l'indépendance et l'impartialité du pouvoir adjudicateur (sur le problème de la récusation en matière de marchés publics, cf. Galli/Moser/Lang, op. cit., p. 251 ss; Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., p. 262/263; Christian Bovet in: DC 4/2000, p. 133). Or, c'est là un grief qui, mettant en cause la composition et la compétence de l'autorité administrative ainsi que les droits de partie de l'administré (cf. art. 29 al. 1 Cst.), est par essence de nature formelle (cf. ATF 127 I 128 consid. 4 p. 130 ss; Moor, op. cit., p. 236 ss) et doit en principe conduire le juge à admettre la qualité pour recourir du soumissionnaire évincé sans égard à sa compétitivité, comme le préconise la doctrine citée dans l'arrêt. C'est par conséquent de manière arbitraire que le Tribunal administratif a refusé d'entrer en matière sur le recours. Sa décision est d'autant moins soutenable en l'occurrence que le recourant s'est classé en troisième position dans l'adjudication, soit à un rang qui, sauf à vider de sa substance la protection juridictionnelle en matière de marchés publics, n'autorise normalement pas à conclure à l'absence de chances d'emporter le marché.

(II^e Cour de droit public, 2P.261/2002, 8.8.2003, Consortium X. c/ E. SA, Commission de construction SIS-PCN, juges d'instruction, Ville de Y, Tribunal administratif du canton de Z; non publié dans le RO. – Condensé BÜ)

Art. 85 OG; Beschwerdefrist

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt eine behördliche Sendung nicht erst dann als zugestellt, wenn der Adressat sie tatsächlich in Empfang genommen hat, sondern genügt es, dass sie in seinen Machtbereich gelangt ist und er sie demzufolge zur Kenntnis nehmen kann. Wird der Empfänger einer eingeschriebenen Briefpostsendung oder Gerichtsurkunde nicht angetroffen und wird daher eine Abholungseinladung in seinen Briefkasten oder in sein Postfach gelegt, so wird die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt betrachtet, in welchem

sie auf der Poststelle abgeholt wird. Geschieht dies nicht innert der Abholfrist von sieben Tagen, so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt. Die siebentägige Frist war früher in Art. 169 Abs. 1 lit. d und e der Verordnung 1 vom 1. September 1967 zum Postverkehrsgesetz (AS 1967 S. 1462) vorgesehen. Diese Verordnung ist mit Art. 13 lit. a der Postverordnung vom 29. Oktober 1997 (VPG; SR 783.01) aufgehoben worden. Die siebentägige Frist ist jetzt als Grundsatz, von dem abweichende Abmachungen zulässig sind, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post vorgesehen und damit allgemein bekannt. Sie bleibt nach der Rechtsprechung auf die Frage, wann eine Sendung als zugestellt gilt, anwendbar (BGE 127 I 31 E. 2a/aa S. 34). Die von der Praxis festgelegte Zustellfiktion betrifft Fälle, in denen eine Sendung innerhalb der siebentägigen Abholfrist nicht abgeholt wurde. Die Zustellfiktion betrifft nicht die von der Post eigentlich durch die genannte Frist geregelte Frage, wie lange eine Sendung abgeholt werden kann, sondern orientiert sich an dieser Regel, um eine andere Frage zu beantworten. Die Frist bis zum Eintreten der Zustellfiktion wird nicht verlängert, wenn ein Abholen nach den anwendbaren Bestimmungen der Post auch noch länger möglich ist, etwa in Folge eines Zurückbehaltungsauftrags, worauf sich der Beschwerdeführer im vorliegenden Fall beruft (BGE 127 I 31 E. 2b S. 34; 123 III 492 E. 1 S. 493 mit Hinweis). Auch andere Abmachungen mit der Post können den Eintritt der Zustellfiktion nicht hinausschieben. Für die Festlegung des Zeitpunkts der Zustellfiktion ist eine klare, einfache und vor allem einheitliche Regelung notwendig (BGE 123 III 492 E. 1 S. 493 f. mit Hinweis). Dies ist auch für die verfügenden Behörden, allfällige Gegenparteien und die Rechtsmittelbehörden wichtig. Gerade weil die Post heute unternehmerische Freiheit genießt und ihre Mitarbeiter nicht mehr wie Beamte direkt an die Grundsätze staatlichen Handelns gebunden sind, darf sich der Eintritt der Zustellfiktion nicht an kundenfreundlichen oder irrtümlichen Anpassungen der Abholfrist im Einzelfall orientieren. In diesem Umfeld ist es nicht überspitzt formalistisch, die Zustellfiktion – unabhängig von der konkreten durch die Post gewährten Abholfrist – immer sieben Tage nach dem Zustellversuch eintreten zu lassen (BGE 127 I 31 E. 2b S. 34). Ein allfälliger zweiter Versand und die spätere Entgegennahme der Sendung vermögen an diesem Ergebnis – unter Vorbehalt des verfassungsmässigen Rechts auf Vertrauensschutz – nichts zu ändern und sind rechtlich unbeachtlich (BGE 119 V 89 E. 4b/aa S. 94 mit Hinweisen; s. a. BGE 123 III 492). Die Zustellungsfiktion rechtfertigt sich, weil die an einem Verfahren Beteiligten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben dafür zu sorgen haben, dass behördliche Akte sie erreichen können. Diese Pflicht entsteht mithin als prozessuale Pflicht mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (BGE 120 III 3 E. 1d S. 4; 119 V E. 4b/aa S. 94, mit Hinweisen).

(I. Öff. rechtl. Abt., 1P.358/2003, 12.8.2003, X c. Verwaltungsgericht des Kantons Bern; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 27, 10 Abs. 2 und 5 Abs. 1 BV; Entzug der Berufsausübungsbewilligung als Notar

Wie der Beschwerdeführer selber einräumt, kann er sich für seine Tätigkeit als freiberuflicher Notar nicht auf die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV berufen (vgl. BGE 128 I 280 E. 3 S. 281 f., mit Hinweisen). Er macht demgegenüber ein «Grundrecht auf individuelle Selbstbestimmung» geltend, ohne ausdrücklich eine bestimmte Norm der Bundesverfassung oder der Verfassung des Kantons Solothurn vom 8. Juni 1986 (KV) anzurufen.

Weder in der Bundesverfassung noch in der Verfassung des Kantons Solothurn findet sich denn auch ein als «Grundrecht auf individuelle Selbstbestimmung» bezeichnetes verfassungsmässiges Recht. Mit dem Verwaltungsgericht ist daher davon auszugehen, dass sich der Beschwerdeführer auf das Grundrecht der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV bzw. Art. 8 Abs. 1 KV, eventuell auf das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre nach Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 Abs. 2 KV beruft. Diese Grundrechte können ihm aber nicht einen Schutz auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit vermitteln, wo der Schutz der Wirtschaftsfreiheit versagt. Die persönliche Freiheit garantiert zwar elementare Persönlichkeitsentfaltungen, namentlich wo der Schutz anderer Grundrechte nicht greift, sie ersetzt aber nicht die Wirtschaftsfreiheit, wo diese gerade nicht gilt, weil es sich wie vorliegend bei der fraglichen Berufsausübung um eine hoheitliche Tätigkeit handelt. Analoges gilt für den Schutz der Privatsphäre: Die Zulassung zur fraglichen Erwerbstätigkeit fällt nicht unter den entsprechenden Schutzbereich.

Steht der Beschwerdeführer nicht unter dem Schutz eines Grundrechts, gelten auch nicht die strengen Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe gemäss Art. 36 BV. Insbesondere kommt es nicht darauf an, ob allenfalls ein schwerer Eingriff vorliegt, der in einem (formellen) Gesetz vorgesehen sein müsste.

Das ändert freilich nichts daran, dass der verfügte Bewilligungsentzug nach der allgemeinen Vorschrift von Art. 5 Abs. 1 BV auf einer genügenden rechtlichen Grundlage beruhen muss. Dafür kann aber eine solche im Verordnungsrecht genügen, deren Auslegung und Anwendung das Bundesgericht im vorliegenden Zusammenhang lediglich auf Willkür überprüft. Der angefochtene Entscheid beruht auf der solothurnischen Notariatsverordnung vom 21. August 1959, insbesondere auf deren Art. 4 Abs. 2 Bst. b, wonach die vom Regierungsrat zu erteilende Bewilligung zur Ausübung des Berufs als Notar unter anderem voraussetzt, dass der Bewerber nicht zahlungsunfähig ist. Ist dies Bedingung zur Erteilung der Bewilligung, erscheint es vertretbar, darin auch eine Grundlage für den Entzug der Bewilligung zu sehen, wenn die Zahlungsunfähigkeit nachträglich eintritt. Die Notariatsverordnung beruht im Übrigen auf einer entsprechenden Delegation in § 11 des solothurnischen Gesetzes vom 4. April 1954 über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Dabei handelt es sich zwar um eine eher weit gefasste Delegationsnorm; der Beschwerdeführer macht aber nicht geltend, die Verordnung sei gemessen an der kantonalen Zuständigkeitsordnung kompetenzwidrig ergangen bzw. verstosse gegen den

Grundsatz der Gewaltenteilung, weshalb dies vom Bundesgericht nicht zu prüfen ist.

(II. Öff. rechtl. Abt., 2P.169/2003, 14.8.2003, X c. Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 9 und 32 Abs. 1 BV, Art 6 Ziff. 2 EMRK; Kostenaufgabe nach Einstellung der Strafuntersuchung

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es mit dem Willkürverbot und mit dem Grundsatz der Unschuldsvermutung vereinbar, einem Angeschuldigten bei Freispruch oder Einstellung des Strafverfahrens Kosten zu überbinden, wenn er in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise, d. h. im Sinne einer analogen Anwendung der sich aus Art. 41 OR ergebenden Grundsätze, gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm klar verstossen und dadurch das Strafverfahren veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat. Dagegen verstösst eine Kostenaufgabe gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung, wenn dem Angeschuldigten in der Begründung des Entscheids direkt oder indirekt vorgeworfen wird, er habe sich strafbar gemacht bzw. es treffe ihn ein strafrechtliches Verschulden (BGE 120 Ia 147 E. 3b S. 155; 119 Ia 332 E. 1b S. 334; 116 Ia 162 E. 2e S. 175). Bei der Prüfung der Gründe für eine Kostenaufgabe ist – wie das Bundesgericht betonte – stets auch darauf zu achten, dass durch die Überbindung von Kosten an einen nicht strafrechtlich verurteilten Angeschuldigten nicht etwa Freiheitsrechte beeinträchtigt werden. Wo Freiheitsspielräume des Einzelnen in rechtlicher Hinsicht allein durch das Strafgesetz beschränkt werden, kann nicht von einem zivilrechtlich schuldhaften Verhalten gesprochen werden und ist somit eine Kostenaufgabe unzulässig (BGE 116 Ia 162 E. 2d/bb S. 174 mit Hinweisen auf die Literatur). [...]

Gegen den Beschwerdeführer war eine Strafuntersuchung wegen Verdachts des Sich-bestecken-lassens und der Annahme von Geschenken geführt worden. Bei den Bestechungstatbeständen von Art. 315 und Art. 316 aStGB geht es um die Wahrung der Sachlichkeit und Objektivität des amtlichen Handelns, die in Frage gestellt sind, wenn sich ein Amtsträger als käuflich erweist. Der strafrechtliche Schutz wird dabei insofern relativ weit vorverlegt, als schon die Annahme von Geschenken durch den Amtsträger als solche unter Strafe steht, selbst wenn sie nicht zu sachwidrigen Entscheidungen führt oder führen soll (Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 4. Auflage, Bern 1995, § 57, Rz. 1, S. 340). Dass die Vorschriften von Art. 315 und 316 aStGB mit Bundesgesetz vom 22. Dezember 1999 über die Revision des Korruptionsstrafrechts aufgehoben und durch die Art. 322quater (Sich-bestecken-lassen) und Art. 322sexies (Vorteilsannahme) StGB, in Kraft seit 1. Mai 2000, ersetzt wurden, ist hier ohne Belang, da im vorliegenden Fall im kantonalen Verfahren altes Recht angewendet wurde. Geschütztes Rechtsgut der Art. 315 und 316 aStGB ist das Vertrauen von Staat und Bürgern in die Pflichttreue der Beamten. Schon der «Anschein der Korruption» soll vermieden werden (Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich 1997, N. 1 zu Art. 316 StGB; Stra-

tenwerth, a. a. O., § 57, Rz. 1, S. 340; Rolf Kaiser, Die Bestechung von Beamten, Diss. Zürich 1999, S. 40, 48 und 51; Rudolf Gerber, Zur Annahme von Geschenken durch Beamte des Bundes, in: ZStrR 96/1979, S. 244; Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1990, Nr. 52, S. 83). Ist aber bereits ein Verhalten unter Strafe gestellt, mit dem der Anschein der Korruption erweckt wird, so bleibt entgegen der Ansicht des Kantonsgerichts kein Raum mehr für eine ungeschriebene allgemeine Norm, die ein den Anschein der Bestechlichkeit erzeugendes Verhalten als rechtswidrig erklären würde. Das Strafgesetz bestimmt den Umfang des rechtlichen Schutzes gegen Bestechlichkeit abschliessend; einen staatlichen Immoralitätsvorwurf ausserhalb der die Bestechung betreffenden Straftatbestände darf es nicht geben (Urteil des Bundesgerichts 1P.176/1988 vom 10. Mai 1988, erwähnt in BGE 116 Ia 116 E. 2b S. 167 f.). Da der Freiheitsspielraum des Beamten und Behördemitglieds in diesem Bereich somit allein durch das Strafgesetz beschränkt ist, kann dem Beschwerdeführer kein im Sinne des Zivilrechts schuldhaftes Verhalten zur Last gelegt werden. Die Auffassung des Kantonsgerichts, der Beschwerdeführer habe dadurch, dass er von B. Y. die erwähnten Leistungen entgegennahm, zivilrechtlich schuldhaft und daher leichtfertig im Sinne von Art. 156 Abs. 1 StPO gehandelt, ist sachlich nicht vertretbar und verletzt Art. 9 BV. Ausserdem wird in der Begründung des angefochtenen Entscheids zum Ausdruck gebracht, der Beschwerdeführer habe mit der Entgegennahme der Geschenke gegen die Verhaltensnorm verstossen, wonach ein Behördemitglied «jeglichen Anschein von Bestechlichkeit» zu vermeiden habe. Damit wird zumindest indirekt der Eindruck erweckt, der Beschwerdeführer könnte allenfalls doch im Sinne des Strafrechts schuldig sein. Dies ist mit dem Grundsatz der Unschuldsvermutung unvereinbar. Ob dem Beschwerdeführer unter rein moralischen Gesichtspunkten ein Vorwurf zu machen wäre, dass er die Geschenke entgegennahm, kann offen bleiben, denn es ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts unzulässig, einem nicht verurteilten Angeschuldigten wegen eines allein unter ethischen und moralischen Gesichtspunkten vorwerfbareren Verhaltens Kosten aufzuerlegen (BGE 116 Ia 162 E. 2b S. 167 f.).

(I. Öff. rechtl. Abt., 1P.59/2003, 14.8.2003, X c. Kantonsgericht von Graubünden; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 30 Abs. 1 BV (Art. 58 Abs. 1 aBV), Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Ausstandsbegehren

Eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit und damit Misstrauen in das Gericht kann bei den Parteien immer dann entstehen, wenn einzelne Gerichtspersonen in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst waren. In einem solchen Fall so genannter Vorbefassung stellt sich die Frage, ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren als nicht mehr offen erscheinen lassen. Ob dies der Fall ist, kann nicht generell gesagt werden; es ist nach der Rechtsprechung vielmehr in jedem Ein-

zelfall zu untersuchen, ob die konkret zu entscheidende Rechtsfrage trotz Vorbefassung als offen erscheint (BGE 126 I 68 E. 3 c mit Hinweisen). [. . .]

Die entscheidende, vom Bundesgericht in konstanter Praxis positiv beantwortete Frage ist die, ob ein Richter unbefangen an die Revision eines Urteils, an welchem er beteiligt war, herangehen kann oder nicht. Die Beschwerdeführerin begründet nicht näher, weshalb deren Beantwortung entscheidend davon abhängen könnte, ob ein Zivil- oder Strafrichter oder ein erstinstanzlicher oder ein Rechtsmittelrichter zur Diskussion steht. Es trifft zwar durchaus zu, dass Zivil- und Strafverfahren unterschiedlichen Verfahrensgrundsätzen folgen und Rechtsmittel- und erstinstanzliche Verfahren ihre Eigenheiten aufweisen. Weshalb es einem Zivil- und einem Rechtsmittelrichter aber möglich sein soll, in einem Revisionsverfahren unvoreingenommen zu prüfen, ob Revisionsgründe vorliegen oder nicht, während dies einem Straf- oder erstinstanzlichen Richter nicht gelingen soll, ist schlechterdings nicht nachvollziehbar. Es besteht daher kein Anlass, von der konstanten Praxis abzuweichen, welcher das Bundesgericht im Übrigen auch selber nachlebt, indem Revisionsgesuche gegen seine eigenen Urteile auch von Richtern beurteilt werden, die am Gegenstand des Revisionsverfahrens bildenden Urteil beteiligt waren.

(I. Öff. rechtl. Abt., 1P.335/2003, 21.8.2003, X c. Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

■ Strafrecht und Strafvollzug / Droit pénal et exécution des peines (IV)

Art. 100 al. 3 PPF; Ordonnance de refus de donner suite à une dénonciation; art. 2 LAVI

A réception d'une dénonciation, le Ministère public de la Confédération doit soit ordonner par écrit l'ouverture d'une enquête en raison de soupçons suffisants (art. 101 al. 1 PPF), soit décider de ne pas donner suite à la dénonciation s'il n'existe pas de motif d'ouvrir une enquête (art. 100 al. 3 PPF); En application de l'art. 100 al. 5 PPF, seule la victime au sens de l'art. 2 de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI; RS 312.5) peut recourir contre une décision prise selon l'art. 100 al. 3 PPF de ne pas donner suite à la dénonciation. Le dénonciateur qui n'est pas une victime LAVI ne peut pas recourir contre une telle décision, et cela pas non plus sur la base de l'art. 105bis al. 2 PPF, quand bien même il serait lésé par l'infraction en cause (ATF 129 IV 197 consid. 1).

Est une victime au sens de l'art. 2 al. 1 LAVI toute personne qui a subi, du fait d'une infraction, une atteinte directe à son intégrité corporelle, sexuelle ou psychique. L'atteinte, qui doit résulter directement de l'infraction, doit être réalisée; un simple risque de dommage ne suffit pas (ATF 129 IV 95 consid. 3.1; 122 IV 71 consid. 3 a). Il faut en outre que l'atteinte ait une certaine gravité (ATF 129 IV 95 consid. 3.1; 128 I 218 consid. 1.2; 127 IV 236 consid. 2b/bb; 125 II 265 consid. 2a/aa; 122 IV 71 consid. 3 a; 120 Ia 157 consid. 2d/aa). Les infractions de mise en

danger sont en principe exclues du champ d'application de la loi puisque, par définition, elles ne comportent pas une atteinte à un bien juridique (FF 1990 II 909 ss, 925; ATF 122 IV 71 consid. 3 a). Toutefois, une personne dont la vie a été mise en danger, au sens de l'art. 129 CP, peut souffrir de troubles psychologiques en relation directe avec l'acte de l'auteur de l'infraction (arrêt non publié 6S. 729/2001 du 25 février 2002, reproduit in SJ 2002 I 397, consid. 1 a).

X. a allégué, à l'appui de son affirmation selon laquelle il serait une victime au sens de l'art. 2 LAVI, que la décision de publier son adresse en Z. sur le site Internet du Tribunal fédéral a porté une atteinte grave à son intégrité tant psychique que physique et à sa liberté ainsi qu'à celle de ses proches en Z.; il expose qu'après que l'«odyssée judiciaire» en Suisse s'était terminée avec les arrêts du Tribunal fédéral, il aurait pu rentrer en Z. Or, le Tribunal fédéral aurait été au courant de ce qu'il était victime de persécutions de la part de puissantes organisations criminelles pour avoir été entendu comme témoin de l'accusation contre le régime Y., et que ce nonobstant, elle avait publié son nom et son adresse complète en Z., donnant ainsi à ceux qui étaient intéressés à l'éliminer ou à lui nuire la possibilité de le faire. Pour cette raison, il a dénoncé un juge fédéral pour notamment violation du secret de fonction (320 CP) et violation de l'obligation de discrétion (35 LPD).

Selon le Tribunal fédéral, aucune atteinte à l'intégrité physique du recourant aurait été réalisée, étant rappelé qu'un simple risque de dommage ne suffit pas. Le fait d'avoir été privé de la possibilité de retourner «éventuellement» en Z. ne constitue à l'évidence pas une atteinte directe à l'intégrité corporelle, sexuelle ou psychique au sens de l'art. 2 LAVI.

Dès lors, le recourant n'avait pas qualité pour agir contre le refus de donner suite à sa dénonciation du fait que son adresse avait été publiée.

(Chambre d'accusation, 8G.75/2003, 5.9.2003, X. c/ Ministère public de la Confédération; non publié dans le RO. – Condensé Bû)

■ Sozialversicherungsrecht / Droit des assurances sociales (V)

Art. 30 al. 3 Cst; Refus d'audience publique

L'art. 6 § 1 CEDH garantit à chacun le droit à un examen équitable et public de sa cause, englobant en principe le droit pour une partie de pouvoir être entendue oralement devant un tribunal lors d'une séance publique (ATF 121 I 35 consid. 5 d et les références), pour autant qu'elle n'y ait pas explicitement ou implicitement renoncé (ATF 125 II 426 consid. 4 f). A cet égard, l'obligation d'organiser des débats publics suppose une demande, formulée de manière claire et indiscutable, de l'une des parties au procès; de simples requêtes de preuve, comme des demandes tendant à une comparution ou à une interrogation personnelle, à un interrogatoire des parties, à une audition de témoins ou à une inspection locale, ne suffisent pas pour fonder une semblable obligation (ATF 125 V 38 consid. 2, 122 V 55 consid. 3 a). Les

parties doivent, par ailleurs, faire valoir leur droit à des débats publics en temps utile; une demande faite en dehors du cadre de l'échange d'écritures doit être considérée comme tardive (ATF 122 V 56 consid. 3b/bb et les arrêts cités). Saisi d'une demande tendant à l'organisation de débats, le juge cantonal doit en principe y donner suite (ATF 122 V 55 consid. 3b). A titre exceptionnel, il peut y renoncer dans les cas énumérés par l'art. 6 § 1 deuxième phrase CEDH.

En outre, en matière d'assurances sociales, il est admissible de refuser la tenue d'une audience publique malgré une requête expresse du justiciable quand il s'agit de questions hautement techniques ou pour tenir compte de l'exigence de la célérité du procès, de même lorsqu'un recours est manifestement irrecevable ou mal fondé (ATF 122 V 55 ss consid. 3b, 121 I 37 consid. 5e; Michel Hottelier, La portée du principe de la publicité des débats dans le contentieux des assurances sociales, SJ 1996, p. 650 ch. 10; Auer/Malinverni/Hottelier, op. cit., n° 1263 p. 602).

En l'espèce, le recourant a, dans ses observations finales en procédure cantonale demandé que les premiers juges statuent «en audience publique». Faite au cours de l'échange d'écritures dans le délai imparti par la commission de recours pour se prononcer avant la clôture de l'instruction, la requête visait ex-

pressément la tenue d'une audience publique. Dans ses déterminations, la commission de recours explique toutefois qu'elle a considéré que le litige portait sur une question technique.

Le Tribunal fédéral a estimé qu'il ne s'agissait pas en l'espèce de questions à caractère purement technique – tels le calcul d'un délai de recours (ATF 125 V 38 consid. 2) ou de purs problèmes de calculs, de mathématiques actuarielles ou de comptabilité (ATF 122 V 57 consid. 3b/ee) –, si bien que le motif invoqué par la commission à l'appui de son refus n'est pas justifié. Le grief tiré d'une violation de l'art. 30 al. 3 Cst. interprété au regard de l'art. 6 § 1 CEDH, est dès lors bien fondé.

Rappelant que le droit découlant de la publicité des débats est de nature formelle, le Tribunal fédéral annule le jugement attaqué et renvoie la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle donne suite à la demande du recourant d'organiser des débats publics, sans que l'on doive se demander si cette mesure aurait modifié l'issue du litige et sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres griefs du recourant (ATF 121 I 40 consid. 5j, 121 V 156 consid. 6 et les arrêts cités).

(IV^e Chambre, H.79/2003, 26.8.2003; N. c/ Caisse de compensation X., Commission cantonale de recours en matière d'AVS/AI GE, non publié dans le RO. – Condensé BÜ)

Entracte

Fortsetzung von Seite 407

können, und winken und schreien, dann stehenbleiben und keuchen, während das Zugende immer kleiner wird, zurückzockeln und suchen, ob da vielleicht ein Kugelschreiber auf der Trasse liegt oder ein Kaugummi, den einer für sie aus dem Zug geworfen hat. Kein Kontinent für Landschaften, aber ein Land für Gesichter. Einem Piloten, in zehn Kilometer Höhe, muß Indien vorkommen wie der Mars. Rötliche Ofenplatte – endlos leuchtend.

Die Flüge von Boston und New Delhi kommen fast zeitgleich in Zürich an. Das ist Zufall.

Rundheraus: 35, ein seltsames Jahr, denkt Gehrler. Keine einschneidende Zahl wie 40 oder 50, also kein Anlaß zur Beunruhigung, immerhin ein Alter, von dem man sagt, es gehöre zu den besten Jahren.

Die Rückkehr aus Harvard war auf den 35. Geburtstag angesetzt. Jeannette bestand darauf. Auch das Geschäft. Daran ließ sich nicht rütteln. Heute ist sein 35. Geburtstag. Heute ist er zurück – aber nicht von Harvard.

Es fällt ihm auf, mit 35 Er ißt jetzt langsamer und denkt, was er ißt. Er erfreut sich an den Farben der Speise, dem Muster der Teller, am Schliff der Gläser, an der Präsentation überhaupt. Er kostet Gewürze und versucht zu erraten: Basilikum, Koriander? Ein ausgereiftes Vokabular an Geschmäckern. Keine Freßlust, sondern Genuß, Feinschmeckerei. Wenn er dann erkennt, daß er nicht wirklich langsamer ißt, auch nicht weniger, sondern nur komplizierter, aufgeteilt auf verschiedene Gänge, so daß die

Kellner ununterbrochen etwas zu liefern oder abzuräumen haben, er sie den ganzen Abend voll beschäftigen kann, dann kann es vorkommen, daß er sich am nächsten Tag zwingt, den Business Lunch mit der Geschäftsleitung in Zeitlupe einzunehmen, ihn schon im Mund verdauen zu lassen.

Was im Weinkeller lagert, übertrifft erstmals den Bestand an Büchern.

Auch der Körper wird anders, weicher, wärmer, unkantig, gerät aus der Form. Nicht dick oder schwer, keine Fettleibigkeit, aber behäbiger. Weniger definiert. Die Umrisse lösen sich auf. Auf Fotos hebt er sich kaum vom Hintergrund ab. Er sieht sich mit der Umgebung, wo auch immer, verwachsen. Kein Abziehbild. Musiker in diesem Alter spielen nicht mehr auf ihrem Instrument, sie verschwimmen mit ihm. Er wird unauffälliger. Auch auf der Straße. Als sei etwas passiert mit dem Körper. Kein fester Ort, sondern ein unscharfer Fleck, nicht ganz geheuer. Wie ein Korb oder eine Tasche, die sich durch das viele Tragen verbiegt, ausweitet, dehnt. Kein Sich-Abreiben, Abschleifen, keine Erosion, aber ein Ausuferen, Verbeulen, Verformen, Erschlaffen, Runden. Ein Aufdunsen überall, außer an den Händen, die werden bloß gabeliger.

Kein Ergrausen, aber ein Gefühl der Fremdheit im eigenen Leder. Der Körperbau verkommt zur Körperhülle.

Aus: Rolf Dobelli, Fünfunddreißig
© Diogenes Verlag AG, Zürich, 2003
ISBN 3-257-06352-0

Rechtsetzung des Bundes (8. September–8. Oktober 2003)* Législation fédérale (8 septembre–8 octobre 2003)*

I. In-Kraft-Treten

Bundesgesetze/Bundesbeschlüsse/Verordnungen

1. Staat – Volk – Behörden

Änderung vom 4. Oktober 2002 des Bundesgesetzes vom 26. Juni 1998 über die Archivierung (AS 2003 2133, SR 152.1); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 4. Oktober 2002 des Bundesgesetzes vom 26. März 1934 über die politischen und polizeilichen Garantien zugunsten der Eidgenossenschaft (AS 2003 2133, SR 170.21); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 4. Oktober 2002 des Bundesgesetzes vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (AS 2003 2133, SR 170.32); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 13. Dezember 2002 des Bundesgesetzes vom 23. März 1962 über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse (AS 2003 2119, SR 171.11); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 13. Dezember 2002 des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (AS 2003 2119, SR 171.11); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 4. Oktober 2002 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (AS 2003 2133, SR 172.220.1); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 4. Oktober 2002 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2000 über die Pensionskasse des Bundes (AS 2003 2133, SR 172.222.0); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 4. Oktober 2002 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (AS 2003 2133, SR 173.110); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 25. Juni 2003 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 2002 über das Bundesstrafgericht (AS 2003 2131, SR 173.71); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Bundesgesetz vom 21. Juni 2002 über den Sitz des Bundesstrafgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts (AS 2003 2163, SR 173.72); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Verordnung der Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 über das Arbeitsverhältnis und die Besoldung der Richter und Richterinnen des Bundesstrafgerichts (AS 2003 2159, SR 173.711.2); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 10. Juli 2003 der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (AS 2003 2373, SR 172.056.5); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 5. August 2003.

I. Entrée en vigueur

Lois fédérales/Arrêtés fédéraux/Ordonnances

1. Etat – Peuple – Autorités

Modification du 4 octobre 2002 de la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'archivage (RO 2003 2133, RS 152.1); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 4 octobre 2002 de la loi fédérale du 26 mars 1934 sur les garanties politiques et de police en faveur de la Confédération (RO 2003 2133, RS 170.21); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 4 octobre 2002 de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (RO 2003 2133, RS 170.32); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 13 décembre 2002 de la loi fédérale du 23 mars 1962 sur la procédure de l'Assemblée fédérale, ainsi que sur la forme, la publication et l'entrée en vigueur des actes législatifs (RO 2003 2119, RS 171.11); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 13 décembre 2002 de la loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (RO 2003 2119, RS 171.11); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 4 octobre 2002 de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (RO 2003 2133, RS 172.220.1); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 4 octobre 2002 de la loi fédérale du 23 juin 2000 régissant la Caisse fédérale de pensions (RO 2003 2133, RS 172.222.0); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 4 octobre 2002 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RO 2003 2133, RS 173.110); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 25 juin 2003 de la loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral (RO 2003 2131, RS 173.71); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Loi fédérale du 21 juin 2002 sur le siège du Tribunal pénal fédéral et celui du Tribunal administratif fédéral (RO 2003 2163, RS 173.72); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Ordonnance de l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 concernant les rapports de travail et le traitement des juges du Tribunal pénal fédéral (RO 2003 2159, RS 173.711.2); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 10 juillet 2003 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics (RO 2003 2373, RS 172.056.5); entrée en vigueur: 5 août 2003.

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

3. Strafrecht – Strafrechtspflege – Strafvollzug

Änderung vom 4. Oktober 2002 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (AS 2003 2133, SR 311.0); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 4. Oktober 2002 des Bundesgesetzes vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (AS 2003 2133, SR 312.0); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 4. Oktober 2002 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (AS 2003 2133, SR 313.0); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 4. Oktober 2002 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (AS 2003 2133, SR 321.0); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 4. Oktober 2002 des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 (AS 2003 2133, SR 322.1); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 4. Oktober 2002 des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (AS 2003 2133, SR 351.1); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 4. Oktober 2002 des Bundesbeschlusses vom 21. Dezember 1995 über die Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten zur Verfolgung von schwerwiegenden Verletzungen des humanitären Völkerrechts (AS 2003 2133, SR 351.20); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 4. Oktober 2002 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2001 über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (AS 2003 2133, SR 351.6); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 4. Oktober 2002 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1994 über kriminalpolizeiliche Zentralstellen des Bundes (AS 2003 2133, SR 360); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 21. März 2003 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (AS 2003 3043, SR 311.0); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Oktober 2003.

7. Öffentliche Werke – Energie – Verkehr

Änderung vom 21. März 2003 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (AS 2003 3043, SR 780.1); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Oktober 2003.

8. Gesundheit – Arbeit – Soziale Sicherheit

Änderung vom 2. Juli 2003 der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (AS 2003 2181, SR 831.201); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

Änderung vom 25. Juni 2003 der Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (AS 2003 2184, SR 832.202); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. August 2003.

II. Referendumsvorlagen

Kultur: Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über den internationalen Kulturgütertransfer (Kulturgütertransfergesetz, KGTG). Botschaft des Bundesrats: BBl 2002 535, Beschluss des Parlaments: BBl 2003 4475.

Kartellgesetz: Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG). Botschaft des Bundesrats: BBl 2002 2022, Beschluss des Parlaments: BBl 2003 4517.

3. Droit pénal – Procédure pénale – Exécution

Modification du 4 octobre 2002 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RO 2003 2133, RS 311.0); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 4 octobre 2002 de la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (RO 2003 2133, RS 312.0); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 4 octobre 2002 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RO 2003 2133, RS 313.0); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 4 octobre 2002 du code pénal militaire du 13 juin 1927 (RO 2003 2133, RS 321.0); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 4 octobre 2002 de la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (RO 2003 2133, RS 322.1); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 4 octobre 2002 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (RO 2003 2133, RS 351.1); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 4 octobre 2002 de l'arrêté fédéral du 21 décembre 1995 relatif à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire (RO 2003 2133, RS 351.20); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 4 octobre 2002 de la loi fédérale du 22 juin 2001 sur la coopération avec la Cour pénale internationale (RO 2003 2133, RS 351.6); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 4 octobre 2002 de la loi fédérale du 7 octobre 1994 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération (RO 2003 2133, RS 360); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 21 mars 2003 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RO 2003 3043, RS 311.0); entrée en vigueur: 1^{er} octobre 2003.

7. Travaux publics – Energie – Transports et communications

Modification du 21 mars 2003 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (RO 2003 3043, RS 780.1); entrée en vigueur: 1^{er} octobre 2003.

8. Santé – Travail – Sécurité sociale

Modification du 2 juillet 2003 du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RO 2003 2181, RS 831.201); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

Modification du 25 juin 2003 de l'ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (RO 2003 2184, RS 832.202); entrée en vigueur: 1^{er} août 2003.

II. Objets soumis au référendum

Culture: Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels (Loi sur le transfert des biens culturels, LTBC). Message du Conseil fédéral: FF 2002 505, Arrêté du Parlement: FF 2003 4019.

Loi sur les cartels: Modification de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart). Message du Conseil fédéral: FF 2002 1911, Arrêté du Parlement: FF 2003 4061.

Steuern: Bundesgesetz über die Änderung von Erlassen im Bereich der Ehe- und Familienbesteuerung, der Wohneigentumsbesteuerung und der Stempelabgaben. Botschaft des Bundesrats: BBl 2001 2983, Beschluss des Parlaments: BBl 2003 4498.

Umweltschutz: Änderung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG). Botschaft des Bundesrats: BBl 2002 6464, Beschluss des Parlaments: BBl 2003 4562.

Zivilgesetzbuch: Änderung des Zivilgesetzbuches. Botschaft des Bundesrats: BBl 2002 4938, Beschluss des Parlaments: BBl 2003 4530.

Tierschutz: Änderung des Tierschutzgesetzes (TSchG). Botschaft des Bundesrats: BBl 2002 4979, Beschluss des Parlaments: BBl 2003 4532.

Bund: Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die Entlohnung und weitere Vertragsbedingungen des obersten Kaderns und der Mitglieder leitender Organe von Unternehmen und Anstalten des Bundes. Botschaft des Bundesrats: BBl 2002 7496, Beschluss des Parlaments: BBl 2003 4566.

Steuern: Änderung des Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG). Botschaft des Bundesrats: BBl 2002 7312, Beschluss des Parlaments: BBl 2003 4574.

Strafurteile: Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die Aufhebung von Strafurteilen gegen Flüchtlingshelfer zur Zeit des Nationalsozialismus. Botschaft des Bundesrats: BBl 2002 7781, Beschluss des Parlaments: BBl 2003 4570.

Jugendstrafgesetz: Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über das Jugendstrafrecht (Jugendstrafgesetz, JStG). Botschaft des Bundesrats: BBl 1999 1979, Beschluss des Parlaments: BBl 2003 4445.

Verdeckte Ermittlung: Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die verdeckte Ermittlung (BVE). Botschaft des Bundesrats: BBl 1998 4241, Beschluss des Parlaments: BBl 2003 4465.

DNA: Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekannt oder vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz). Botschaft des Bundesrats: BBl 2001 29, Beschluss des Parlaments: BBl 2003 4436.

III. Vernehmlassungen

Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts (Schaffung einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung)

Das Zivilprozessrecht ist heute in 26 Gesetzen geregelt. Nun soll es vereinheitlicht werden: Die Reform bringt mehr Anwenderfreundlichkeit, ist einem modernen Service verpflichtet und hebt die Rechtszersplitterung in der Schweiz auf. Der Bundesrat hat das EJPD ermächtigt, den von einer Expertenkommission erarbeiteten Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung in die Vernehmlassung zu schicken. Frist: 31. 12. 2003.

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

Vorentwurf für eine Revision des ZGB (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht); Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

Das geltende Vormundschaftsrecht ist seit seinem In-Kraft-Treten im Jahr 1912 nahezu unverändert geblieben. Der von einer interdisziplinären

Impôts: Loi fédérale sur la modification d'actes concernant l'imposition du couple et de la famille, l'imposition du logement et les droits de timbre. Message du Conseil fédéral: FF 2001 2837, Arrêté du Parlement: FF 2003 4042.

Protection de l'environnement: Modification de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (Loi sur la protection de l'environnement, LPE). Message du Conseil fédéral: FF 2002 6004, Arrêté du Parlement: FF 2003 4106.

Code civil: Modification du code civil. Message du Conseil fédéral: FF 2002 4611, Arrêté du Parlement: FF 2003 4074.

Protection des animaux: Modification de la loi fédérale sur la protection des animaux (LPA). Message du Conseil fédéral: FF 2002 4651, Arrêté du Parlement: FF 2003 4076.

Confédération: Loi fédérale du 20 juin 2003 sur la rémunération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération. Message du Conseil fédéral: FF 2002 6972, Arrêté du Parlement: FF 2003 4110.

Taxe: Modification de la loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée (Loi sur la TVA, LTVA). Message du Conseil fédéral: FF 2002 6807, Arrêté du Parlement: FF 2003 4118.

Jugements pénaux: Loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'annulation des jugements pénaux prononcés contre des personnes qui, à l'époque du nazisme, ont aidé des victimes des persécutions à fuir. Message du Conseil fédéral: FF 2002 7226, Arrêté du Parlement: FF 2003 4114.

Droit pénal des mineurs: Loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs (Droit pénal des mineurs, DPMIn). Message du Conseil fédéral: FF 1999 1787, Arrêté du Parlement: FF 2003 3990.

Investigation secrète: Loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'investigation secrète (LFIS). Message du Conseil fédéral: FF 1998 3689, Arrêté du Parlement: FF 2003 4009.

ADN: Loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues (Loi sur les profils d'ADN). Message du Conseil fédéral: FF 2001 19, Arrêté du Parlement: FF 2003 3981.

III. Procédures de consultation en cours

Unification de la procédure civile (Loi fédérale de procédure civile)

La procédure civile, réglée aujourd'hui dans 26 lois cantonales de procédure civile, doit être unifiée. La réforme proposée, qui vise à faciliter l'accès à la procédure civile et à en simplifier l'application, répond aux exigences modernes et supprime le morcellement du droit en Suisse. Le Conseil fédéral a habilité le DFJP à envoyer en consultation l'avant-projet de procédure civile suisse élaboré par une commission d'experts. Date limite: 31. 12. 2003.

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

Avant-projet de révision du Code civil (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation); Avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte

Le droit actuel de la tutelle n'a pas subi de modifications importantes depuis son entrée en vigueur en 1912. Elaboré par une commission in-

när zusammengesetzten Expertenkommission ausgearbeitete Vorentwurf für eine Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) will unter anderem das Selbstbestimmungsrecht schwacher und hilfsbedürftiger Personen fördern. Mit der Vorlage zur Revision des ZGB schickt das EJPD gleichzeitig einen Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden in die Vernehmlassung. Diese separate Vorlage verbessert den Rechtsschutz und entlastet das ZGB von Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit und das Verfahren. Frist: 15.01.2004.

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

Beitritt der Schweiz zum Strafrechts-Übereinkommen und zum Zusatzprotokoll des Europarates gegen die Korruption sowie Änderungen des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

Das Übereinkommen will die Strafbestimmungen in den Mitgliedstaaten harmonisieren und die internationale Zusammenarbeit verstärken. Kernstück bilden die Tatbestände, welche die Mitgliedstaaten unter Strafe stellen müssen. Dazu gehören insbesondere die aktive und passive Bestechung von in- und ausländischen Amtsträgern sowie von Amtsträgern internationaler Organisationen und internationaler Gerichtshöfe. Zu bestrafen sind zudem die aktive und passive Bestechung von Privatpersonen sowie weitere mit Bestechung verbundene Taten, insbesondere das Waschen von Korruptionsgeldern. Die Mitgliedstaaten sind ferner verpflichtet, für Korruptionsstraftaten die Verantwortlichkeit juristischer Personen vorzusehen und effiziente Rechtshilfe zu leisten. Das Zusatzprotokoll dehnt die Anwendbarkeit des Übereinkommens auf die Bestechung von Geschworenen und von Schiedsrichtern, die Rechtsstreitigkeiten entscheiden, aus. Frist: 30.11.2003.

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

Eidgenössische Ombudsstelle (Vernehmlassungsverfahren im Auftrag der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates)

Die Staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK-N) verabschiedete am 4. Juli 2003 den Gesetzesentwurf zur Schaffung einer eidgenössischen Ombudsstelle und beauftragte den Bundesrat, die Vernehmlassung durchzuführen. Damit soll in erster Linie das Vertrauen der Bevölkerung in die Bundesbehörden gestärkt werden. Die optimale Wahrung der Interessen und Rechte Privater setzt vielfach Kenntnis über Rechtsmittel und Verfahrensabläufe voraus. Hier kann sie durch eine erste Information klärend wirken, wobei sie eine eigentliche Rechtsberatung nicht ersetzen kann. Die Ombudsperson kann beratende Gespräche führen, Empfehlungen und Vorschläge zu einer gütlichen Einigung abgeben, verfügt jedoch über keine Entscheidungsbefugnis. Frist: 30.11.2003.

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

IV. Aus den Räten

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

terdisciplinaire d'experts, l'avant-projet de révision du code civil (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) vise, notamment, à favoriser l'autodétermination des personnes affectées d'un état de faiblesse et tributaires d'une assistance. Le DFJP met simultanément en consultation l'avant-projet de révision du CC et un avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte. Ce dernier améliorera la protection juridique. Au surplus, il permettra d'éliminer du code civil les dispositions sur le for et la procédure. Date limite: 15.01.2004.

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

Adhésion de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption ainsi qu'au protocole additionnel y relatif et modification du Code pénal et de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale

La convention vise à harmoniser les dispositions pénales pertinentes en vigueur dans les Etats membres du Conseil de l'Europe et à renforcer la coopération internationale en matière de lutte contre la corruption. Le «noyau dur» de la convention est constitué par les dispositions qui énumèrent les comportements que les législateurs nationaux doivent ériger en infractions. Parmi ceux-ci figurent, en particulier, la corruption active et passive d'agents publics nationaux et étrangers, de même que celle de fonctionnaires internationaux ainsi que de membres de cours internationales de justice. Cet instrument oblige, en outre, les Etats parties à réprimer la corruption active et passive dans le secteur privé ainsi que les infractions qui y sont liées, en particulier le blanchiment du produit des délits de corruption. De surcroît, les Etats parties ont l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues pour responsables en cas de corruption. Enfin, la convention exige d'eux qu'ils se prêtent l'entraide judiciaire la plus large possible. Quant au protocole additionnel, il étend le champ d'application de la convention à la corruption de jurés et d'arbitres appelés à trancher des litiges. Date limite: 30.11.2003.

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

Bureau fédéral de médiation (Procédure de consultation sur mandat de la Commission des institutions politiques du Conseil national)

La Commission des institutions politiques du Conseil national a, le 4 juillet 2003, adopté un avant-projet de loi fédérale sur le Bureau fédéral de médiation et chargé le Conseil fédéral d'ouvrir une procédure de consultation. Le projet vise principalement à renforcer la confiance du public à l'égard des institutions de la Confédération. Le particulier qui entend sauvegarder ses intérêts et défendre ses droits a, bien souvent, besoin de savoir quels moyens de recours s'offrent à lui et quelles procédures sont appliquées par les autorités fédérales. Sur ce plan, le Bureau fédéral de médiation pourra lui être utile en lui fournissant une première information. Toutefois, il ne saurait remplacer le conseil juridique proprement dit. Le médiateur offrira des entretiens consultatifs, des recommandations et des propositions d'arrangements à l'amiable, mais n'aura pas de pouvoirs de décision. Date limite: 30.11.2003.

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

IV. Activités des Conseils et des commissions parlementaires

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

■ Neue Zürcher Zeitung, 25. September 2003

Aus dem Bundesgericht

Notwendiger Armenanwalt Rekursverfahren ohne grosse Chancen

fel. Lausanne, 24. September. Im Bereich der sogenannten notwendigen Verteidigung besteht laut einem neuen Urteil des Bundesgerichts grundsätzlich ein unbedingter verfassungsrechtlicher Anspruch auf einen Armenanwalt. Von notwendiger Verteidigung ist die Rede, wenn in einem Strafverfahren «eine schwerwiegende freiheitsentziehende Massnahme oder eine Freiheitsstrafe droht, deren Dauer den bedingten Vollzug ausschliesst» (vgl. BGE 128 I 225 E. 2.5.2).

In solchen Fällen hat ein Angeklagter nicht nur für das erstinstanzliche Verfahren, sondern auch für ein allfälliges Beschwerdeverfahren unbedingten Anspruch auf einen unentgeltlichen Verteidiger. Dieser Anspruch darf im Bereich der notwendigen Verteidigung auch nicht davon abhängig gemacht werden, dass ein allfälliger Rekurs eine gewisse Aussicht auf Erfolg hat. Gemäss dem einstimmig gefällten Urteil der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts setzt nur das allgemeine Verbot des Rechtsmissbrauchs diesem Anspruch auf einen Armenanwalt eine Schranke: «Für mutwillige und trölerische Prozessführung kann er ohne Verfassungsverletzung eingeschränkt bzw. verweigert werden.»

Urteil 1P.326/2003 vom 9.9.03 – BGE-Publikation.

■ Basler Zeitung, 14. Oktober 2003

Unzulässige Besteuerung

Lausanne. tzi./SDA. Besitzt ein Erblasser Liegenschaften in verschiedenen Kantonen, müssen sich die Kantone bei der Besteuerung des Nachlasses über die einzelnen Quoten einigen. Gemäss einem neuen Urteil des Bundesgerichts ist es mit dem Verbot der Doppelbesteuerung nicht vereinbar, dass der Nachlass höher als zu 100 Prozent besteuert wird.

Im Jahre 1994 verstarb ein vermöglicher Mann an seinem Wohnsitz in Zürich. Er hinterliess seinen Erben Vermögenswerte in der Höhe von über 23 Millionen Franken, darunter Liegenschaften in den Kantonen Zürich, Zug, St. Gallen, Luzern und Tessin. Weil die Erbschaftssteuern für Liegenschaften im jeweiligen Kanton zu bezahlen sind, wurden die Erben vom Fiskus der «Liegenschaftskantone» zur Kasse gebeten.

Gierige Kantone zurückgepiffen

Der Kanton Zürich befand, vom Millionerbe müsse 42,85 Prozent im Kanton Zürich versteuert werden. Der Kanton St. Gallen stellte den Erben eine Rechnung für 47,47 Prozent des Nachlasses. Demgegenüber wiesen sich die Rechnungen aus Luzern für fünf Prozent und dem Kanton Tessin für zehn Prozent des Nachlasses eher bescheiden aus. Nur: Damit hatten die Kantone die Erben bereits für mehr als 100 Prozent des Nachlasses zur Kasse gebeten. Und das, obschon der Kanton Zug noch keine Erbschaftsteuerverfügung erlassen hatte.

Das Bundesgericht hat nun die allzu gierigen Kantone zurückgepiffen und deren Verfügungen wegen Verletzung des Doppelbesteuerungsverbot aufgehoben.

Da die Erbschaftsteuer – abhängig von der Höhe des Vermögens und des Verwandtschaftsgrades – in einzelnen Kantonen im Extremfall bis zu 50 Prozent ausmachen kann, verlangen die Lausanner Richter, dass die Steuerbelastung der Erben anhand von einheitlich bewerteten Nachlassaktiven erhoben wird. Es ist mit andern Worten nicht zulässig, dass die Summe der für die einzelnen Kantone massgeblichen Quoten über 100 Prozent liegt, wobei das Bundesgericht durchschimmern

lässt, dass es wohl eine geringe Abweichung noch tolerieren würde. Die fünf Kantone müssen nun die Erbschaftsteuer neu veranlagern und bereits zu viel bezahlte Beträge zurückerstatten.

Als Grundlage für eine einheitliche Bewertung der Immobilien ist dabei gemäss Bundesgericht auf die so genannten «Repartitionswerte» abzustellen. Für die Steuerauscheidung beim beweglichen Vermögen ist die verkehrswertorientierte Bewertung des Wohnsitzkantons des Erblassers heranzuziehen.

Urteil 2P.314/2001 vom 3. Oktober 2003; keine BGE-Publikation.

■ Neue Zürcher Zeitung, 15. Oktober 2003

Die Qual der Abwahl Juristische Einwände gegenüber einer «Lex Schubarth»

Die Geschäftsprüfungskommissionen beider Räte möchten Martin Schubarth per Bundesbeschluss seines Amtes entheben. Ob ein solches, gegen einen missliebigen Bundesrichter gerichtetes Einzelfallgesetz zulässig wäre, ist allerdings fraglich.

fon. Bern, 14. Oktober. Es ist eine schweizerische Besonderheit, dass die obersten Richterinnen und Richter des Landes im Vergleich zu ihren Kollegen im Ausland bloss für eine kurze Amtsdauer gewählt werden. Alle sechs Jahre müssen sie vor der Bundesversammlung antreten und sich der Wiederwahl stellen. Dafür können sie während dieser Zeit, anders als im Ausland, ihres Amtes prinzipiell nicht enthoben werden. Dieses System hat sich seit 1874 bewährt. Zwar wurde bei der Wiederwahl vereinzelt dem einen oder andern Bundesrichter ein Denkartel verpasst, einige wurden aus Altersgründen nicht mehr wiedergewählt, doch zu grösseren Reibungen ist es bis anhin nie gekommen. Seit dem «Spuckvorfall» am Bundesgericht scheint nun vieles anders beurteilt zu werden.

Amtsenthörung wegen Strafurteils

Scharfe Kritik am geltenden System kommt von Bundesrichter Martin Schubarth selber. Er, der als Konsequenz seiner «Spuckattacke» auf einen Journalisten seit Februar von der Rechtsprechung ausgeschlossen ist, will sein Amt erst Mitte 2004 niederlegen. Dies möchte er als Zeichen gegen die Einflussnahme der Politik auf die Justiz verstanden wissen. Die Geschäftsprüfungskommissionen beider Räte (GPK), die den «Spuckvorfall» untersucht haben, sind offenkundig irritiert ob des unnachgiebigen Verhaltens von Schubarth. Sie wollen sich dies nicht gefallen lassen und machen sich für die Abberufung des ungeliebten Juristen stark: Mit einem referendumpflichtigen Bundesbeschluss soll Schubarth aus dem Amt gehievt werden – ein erstmaliger Akt in der Geschichte des Bundesgerichtes.

Es stellt sich die Frage, ob ein solches Vorgehen rechtlich zulässig ist. Denn nach geltendem Recht darf ein Bundesrichter während seiner Amtszeit – deren Dauer nicht mehr nur im Gesetz, sondern neu in der Verfassung garantiert ist – nicht abberufen werden. Die einzige Ausnahme findet sich im Strafgesetzbuch, wo die Amtsenthebung aufgrund eines Strafurteils wegen Vergehens oder Verbrechens vorgesehen ist. Weitere Gründe, wie etwa eine Verletzung der Amtspflichten oder unwürdiges Verhalten, existieren nicht. Darf der Gesetzgeber also Schubarth wegen seines ausfälligen Verhaltens mit einem Spezialgesetz nun nachträglich disziplinieren?

Gewichtige Vorbehalte

Unbestritten ist, dass das Parlament Einzelfallgesetze erlassen und damit konkrete Sachverhalte abschliessend regeln kann. Die entsprechende Praxis ist im neuen Parlamentsgesetz, das demnächst in Kraft tritt, festgeschrieben. So werden «Einzelakte der Bundesversammlung,

für welche die notwendige gesetzliche Grundlage weder in der Bundesverfassung noch in einem Bundesgesetz besteht (. . .) in der Form des Bundesbeschlusses dem Referendum unterstellt.»

Dennoch stehen einer «Lex Schubarth» gewichtige Einwände entgegen. Das Bundesamt für Justiz, das zuhauenden der GPK ein Gutachten in dieser Sache erstellt hat, weist auf die rechtsstaatliche Bedeutung hin, welcher der Amtsenthebung eines Bundesrichters per Dekret zukommt. Das Vorgehen tangiere nicht nur die richterliche Unabhängigkeit, sie wäre auch ein Präjudiz für weitere Fälle mit anders gelagerter, sprich politischer Motivation. Auch mit Blick auf die mangelnden Mitwirkungsrechte des Betroffenen und den fehlenden Rechtsschutz wird das von den GPK anvisierte Vorgehen als problematisch beurteilt.

Darüber, ob das Abberufungsverfahren für Martin Schubarth vorangetrieben wird, entscheidet im November die Gerichtskommission beider Räte. Für Präsident Rolf Schweizer (Zug, fdp.) dürften andere Wege wohl eher aus der verfahrenen Situation führen als eine «Lex Schubarth». Statt für die benötigte Ruhe würde diese Massnahme bloss wieder für neue Aufregung sorgen. Primär gelte es nun zu prüfen, ob bereits ab Januar 2004 ein 31. Bundesrichter eingesetzt werden kann, wie dies die GPK empfehlen. Allenfalls erfordere dies eine dringlich erklärte, zeitlich befristete Gesetzesänderung.

■ Neue Zürcher Zeitung, 17. Oktober 2003

Medien und Informatik

Mässig kontrollierte Justiz

Eine Tagung zu Transparenz und Demokratie

Von den drei Mächten im Staat wird die Justiz durch die Medien am wenigsten kontrolliert – auf jeden Fall mit deutlich weniger Aufmerksamkeit und Kontinuität, als dies gegenüber der Exekutive und der Legislative gehandhabt wird. Über die Rolle der Medien als Wachhunde der Demokratie wurde an der Medialex-Tagung referiert.

brh. Könnte man sich eine seriöse Zeitung vorstellen, die beschliesst, über das Wirken der Regierenden und deren Verwaltung sowie über die Beschlüsse der Parlamente nicht mehr oder nur sporadisch zu berichten, vielleicht dann, wenn es saftige Storys zu schreiben gibt? Wohl kaum. Die Arbeit von Exekutive und Legislative gehört zum Pflichtstoff einer jeden ernsthaften Zeitung und Zeitschrift, ebenso der ernsthaften Radio- und Fernsehstationen, und macht einen guten Teil der Berichterstattung aus. Was hingegen die dritte Macht im Staat, die Judikative, betrifft – ob die Medien tatsächlich die vierte darstellen, sei dahin gestellt –, so erlauben es sich die meisten Redaktionen tatsächlich, nur äusserst unregelmässig hinzuschauen. Mit einiger Kontinuität schaffen es die Journalisten, kurz auf Entscheide des Bundesgerichtes hinzuweisen, doch was die unteren Instanzen auf kantonaler Ebene tun, gehört offenbar zum vernachlässigbaren Stoff. Während auch die kleinste Redaktion auf politische Kommentatoren im Journalistenteam nicht verzichten mag, sind auf Gerichtsangelegenheiten spezialisierte Kolleginnen und Kollegen selten zu finden.

Dabei ist die Öffentlichkeit richterlichen Handelns eine grosse Erregungenschaft der Aufklärung, und weil es dem Einzelnen in aller Regel nicht möglich ist, die Arbeit am Gericht mitzuverfolgen, spielen die Medien eine wichtige Vermittlerrolle. Durch die Gerichtsberichterstattung zeigen sie auf, wie dem Recht Nachdruck verliehen wird – machen allenfalls auf Ungereimtheiten, auf schwer verständliche Entscheide aufmerksam. Auch Richterinnen und Richter sind gegen Fehler nicht gefeit, ebenso wenig wie die Regierenden oder die Parlamentarier; sie alle wurden in einem demokratischen Verfahren auf ihre Posten gewählt und haben sich dem Volk gegenüber zu verantworten. Die Medien nehmen hier eine wichtige Aufsichts- und Kontrollfunktion ein, sie spielen den «public watch dog» – oder sollten dies tun.

Medien nicht als Gegner sehen

Allzu schlecht stehe es nun aber doch nicht mit der Kontrolle der Justiz durch die Medien, wiegelte Bundesrichter Hans Wiprächtiger an der diesjährigen Medialex-Tagung in Freiburg ab; zumindest was die Arbeit am Bundesgericht betreffe. Die Gerichte sollten allerdings die Journalisten nicht als Gegner sehen, sondern die Kontrolle von aussen – wenn sie denn stattfindet – als Chance wahrnehmen und auch vermehrt mit Journalisten zusammenarbeiten.

Die Veranstaltung von Dienstag drehte sich um «Transparenz und Demokratie», und Wiprächtiger wies in seinem Eingangsreferat auf die staatstragenden Funktionen der Gerichtsöffentlichkeit hin. Wenn Medien über die Gerichte berichten, so fördert dies das Vertrauen und das Interesse der Bevölkerung gegenüber der Justiz, was allenfalls einen präventiven Charakter hat und durchaus der Qualität der Rechtsprechung dient. Jede Richterin und jeder Richter wird die Verfahrensregeln noch sorgfältiger anwenden, den Entscheid noch differenzierter begründen, wenn die Öffentlichkeit anwesend ist – erst recht, wenn es sich um geschulte Augen und Ohren handelt.

Kabinettsjustiz gibt es heute in der Schweiz nicht mehr. Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung und der Urteilsverkündung wird – unter anderem – durch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die Bundesverfassung garantiert. Schon wesentlich unklarer ist jedoch, wie dieses Öffentlichkeitsgebot in der Praxis gehandhabt werden sollte. Am Bundesgericht kann neuerdings jedes Urteil eingesehen werden, direkt vor Ort oder im Internet, was eine Variante von Öffentlichkeit darstellt.

Noch befriedigender ist das Mittel der direkten, öffentlichen Urteilsverkündung, was in einigen kantonalen Gesetzen zwar vorgesehen ist, von dem aber immer häufiger abgewichen wird. So hat Bundesrichter Wiprächtiger bei einer kleinen Umfrage an Luzerner Gerichten festgestellt, dass kaum je ein Urteil direkt und öffentlich verkündet wird; nicht aus bösem Willen, sondern wegen fehlenden Problembewusstseins der Richter und weil dies von den Beteiligten selten verlangt wird. Und vermutlich auch deshalb, weil kaum je ein Medienvertreter auf der Zuschauerbank sitzt.

Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung

Auch wenn Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündungen öffentlich sind und so den Medien eigentlich zugänglich wären, falls auf den Redaktionen die Ressourcen und das Interesse vorhanden sind, so ist nicht zu vergessen, dass gerade in Strafsachen nur noch ein kleiner Teil der Fälle überhaupt mit einer Hauptverhandlung und einem Urteil beendet wird. Es gibt eine Vielzahl anderer Erledigungsvarianten, etwa die Einstellung der Untersuchung oder das Ausstellen eines Strafbefehls, mit dem in einigen Kantonen immerhin Gefängnisstrafen von bis zu einem halben Jahr ausgesprochen werden können.

Die Vorverfahren rücken immer mehr ins Zentrum und damit die Macht und Verantwortung immer mehr auf die Ebene von Polizei und Untersuchungsbehörden, was von namhaften Strafrechtsprofessoren wie Franz Riklin in Freiburg oder Peter Albrecht in Basel seit längerem kritisiert wird. Im Vorverfahren gilt kein Öffentlichkeitsprinzip – ebenso wenig wie in der Verwaltung allgemein. Letzteres soll sich zwar künftig ändern, und zwar mit dem neuen, in Bearbeitung stehenden Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung. Durch dieses Gesetz wird der Grundsatz der öffentlichen Verwaltung statuiert, was bedeutet, dass jedermann Zugang zu amtlichen Dokumenten erhalten soll. Eingeschränkt wird dieses Öffentlichkeitsprinzip – gemäss Gesetzesentwurf – allerdings durch einen umfangreichen Ausnahmekatalog, die Erhebung von Gebühren und durch ein recht umständliches, zeitraubendes Gesuchsverfahren. Medienvertretern bietet die Gesetzesvorlage deshalb wenig Grund zur Begeisterung.

Joseph Küng*

Zur steuerlichen Behandlung von fiktiven Erträgen

Einleitung

Die Geschichte wiederholt sich bekannterweise regelmässig: Da verstehen es gewiefte Anlagefirmen mit überdurchschnittlichen Renditeversprechungen, Überzeugungskraft und Glanzpapier immer wieder zu erreichen, dass ihnen Geld anvertraut wird, welches angeblich in lukrative Anlagen investiert wird. Die Anleger werden dann durch Gewinngutschriften und auch teilweise Rückzahlungen von Kapitalbeträgen in ihrem Glauben bestärkt, dass alles mit rechten Dingen zugehe und dass sie nun wirklich eine überdurchschnittlich rentierende Anlage gefunden hätten. Entsprechend sehen sie keine Veranlassung, die ihnen gutgeschriebenen Beträge abzurufen. Vielmehr machen sie von der regelmässig gebotenen Möglichkeit Gebrauch, die ihnen gutgeschriebenen Beträge ganz oder teilweise wieder zu reinvestieren. Dies geht so lange, bis bekannt wird, dass ihr Anbieter die angeblichen so lukrativen Investitionen nicht oder nur teilweise getätigt hat. Er hat vielmehr nach dem sog. Schneeballsystem neue Geldzuflüsse vorwiegend dazu verwendet, diese den alten Anlegern als «Gewinnanteile» oder Teilrückzahlungen zukommen zu lassen. Letztlich wird in der Regel solchen betrügerischen Anlagefirmen behördlich die Tätigkeit untersagt, worauf diese infolge des Ausbleibens von weiteren Geldzuflüssen regelmässig zahlungsunfähig werden.

Nicht genug damit, dass die so geprellten Anleger oft empfindliche Einbussen erleiden, weil sie meist einen grossen Teil des investierten Kapitals verlieren. Die ganze Geschichte hat vielfach auch noch ein steuerliches Nachspiel. Hat der Anleger nebst der Angabe des investierten Kapitals die erhaltenen Gutschriften seines gewiefen Vermögensverwalters in einer massgeblichen Steuerperiode nämlich nicht in seiner Steuererklärung angeführt und werden die Steuerbehörden auf diesen Tatbestand aufmerksam, ist er mit einem Nach- und Strafsteuerverfahren konfrontiert. Dies gilt sogar dann, wenn seine Anlagefirma, was des öftern passiert, in der Folge in Konkurs geht und er nicht nur die «Erträge», sondern oft sein gesamtes investiertes Kapital verliert. Wenn der Investor seine Anlagen auf dem Privatvermögen getätigt hat, was der Regelfall ist, kann er diesen Verlust steuerlich auch nicht geltend machen. Hat er andererseits seine Kapitalgewinne auf Grund der Bestätigung seiner Anlagefirma nicht als Vermögensertrag versteuert (weil ja eben die Gutschrift auf Kapitalgewinn gelautet hat und er die Form der Anlage seiner Anlagefirma nicht überprüfen konnte), hat er selbst bei ordnungsgemässer Deklaration nachträglich auch noch ein Revisionsverfahren am Hals.

Diese Besteuerung von Erträgen, die ja im Regelfall echt fiktiv sind, stösst bei den Betroffenen meist auf Unverständnis und harsche Kritik. Es ist daher interessant, dieser Frage steuerdog-

matisch etwas nachzugehen, da bei einem solchen Sachverhalt Grundfragen des Steuerrechts berührt werden, wie etwa die Frage, wann ein Einkommen steuerlich als realisiert betrachtet werden muss. Des Weiteren wird argumentiert, dass mit einer solchen Besteuerungspraxis der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verletzt werde, da bei einem (effektiven) Kapitalverlust ja nicht von einem (steuerlichen) Vermögensertrag ausgegangen werden könne.

Durch ein noch nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts, welches als Folge einer staatsrechtlichen Beschwerde einen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kt. Luzern aufgehoben hat, hat diese Frage eine neue Aktualität und wenigstens eine teilweise Präzisierung erhalten.¹

Die bisherige Praxis der Steuerbehörden und Gerichte

Wie erwähnt ist die Praxis der Steuerbehörden zu diesem Fragenkreis in der Literatur bereits wiederholt und ausgiebig kommentiert und kritisiert worden.²

So findet man es stossend,

- dass als Folge dieser Praxis eine Besteuerung eines Vermögensertrages erfolgt, wenn immer der Anleger die Möglichkeit gehabt hat, im Sinne der Gutschrift über die ihm gutgeschriebenen Erträge zu verfügen. Reinvestiert er die Erträge, hat er insbesondere bei einem späteren Zusammenbruch seiner Anlagefirma spezielles Pech. Dies gilt jedenfalls dann, wenn nicht zuverlässig ausgeschlossen werden kann, dass die Anlagefirma in der Lage gewesen wäre, den Auszahlungsauftrag auch zu respektieren. Diese Praxis der Steuerbehörden ist jedoch höchstrichterlich bestätigt worden.³
- dass die Steuerbehörden die teilweise als steuerfreie Kapitalgewinne betrachteten Erträge nachträglich im Sinne eines Revisionsverfahrens als Vermögensertrag umqualifizie-

1 Bundesgerichtsurteil vom 6. Februar 2003, II. öffentlich-rechtliche Abteilung (2P.208/2002/sch).

2 Vgl. nebst anderen KURT OEHLER, Einkommenssteuerliche Behandlung der Opfer von Anlagebetrügnern, StR Nr. 12/2002, Seite 842 ff. und Nr. 1/2003, Seite 70 ff. DERSELBE: Besteuerung des Vermögenszuwachses aus betrügerischen «Schneeballsystemen», StR Nr. 4/2003, S. 315 ff. und die in den obigen Artikeln angeführte umfangreiche Literatur und Rechtsprechung zu dieser Frage. DERSELBE: Praxisänderung zur Einkommensrealisation bei Anlagen in ein «Schneeballsystem»? , StR Nr. 7/8, S. 565 ff. Einer von KURT OEHLER verfassten Medienmitteilung (www.steuerombudsmann.ch) kann ferner entnommen werden, dass in der Zwischenzeit ein Steuerpflichtiger gegen die vom schweizerischen Bundesgericht bestätigte Praxis der Zürcher Steuer- und Gerichtsbehörden betr. steuerliche Behandlung der Opfer von Anlagebetrügnern beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg Beschwerde erhoben hat.

3 So beispielsweise Urteil des Bundesgerichts vom 27. Januar 2003, StE 2003 B.21.1 Nr. 11.

* Dr. Joseph Küng, Rechtsanwalt und Notar, Steuerexperte, Luzern.

ren, wenn sich herausstellt, dass die investierten Beträge gar nicht oder nur unbedeutend in Wertschriften oder dgl. investiert worden sind, sondern dass Auszahlungen bzw. Gutschriften aus Neueinzahlungen späterer Investoren finanziert worden sind (sog. Schneeballsystem).

Die Präzisierung durch den neuesten Entscheid des Bundesgerichts

Auf Grund der bereits oben erwähnten staatsrechtlichen Beschwerde gegen ein Urteil des Luzerner Verwaltungsgerichts hatte sich das Bundesgericht erneut mit diesem Fragenkomplex zu befassen. Es ging wieder um die Frage, ob ein Einkommen als realisiert und zugeflossen zu betrachten ist, wenn eine entsprechende Gutschrift durch eine Anlagefirma erfolgt und demnach der Anleger die Möglichkeit gehabt hat, seinen Gewinn zu realisieren.

An der grundlegenden Marschrichtung hat sich beim Bundesgericht nichts geändert. Als Fazit muss davon ausgegangen werden, dass die Steuerbehörden wie bis anhin das Einkommen als realisiert betrachten, wenn der Anleger im Zeitpunkt der Gutschrift die Auszahlung hätte vornehmen lassen können.

Im konkreten Fall kam jedoch dem betroffenen Anleger die Tatsache zu Hilfe, dass dem EKC (European Kings Club) in der massgeblichen Zeitperiode durch die Bankenkommision untersagt worden war, Auszahlungen an Anleger vorzunehmen. Das Bundesgericht schliesst daraus, dass der Anleger somit sein Gewinnbetroffnis auch dann nicht erhalten hätte, selbst wenn er die Anlage ganz oder teilweise zur Rückzahlung gekündigt hätte. Unter diesen (aber auch nur unter diesen) speziellen Umständen sei es nicht sachgerecht gewesen, dem Anleger in der betreffenden Zeitperiode eine Gutschrift effektiv zum steuerbaren Einkommen zuzurechnen.

Schlussfolgerungen

Ich muss zugestehen, dass mir eine Würdigung der ganzen Rechtsprechung zu dieser Frage, wie auch der nun erfolgten richterlichen Einschränkung, nicht leicht fällt.

Natürlich ist einerseits nachvollziehbar, dass es steuerlich irgendwie Sinn macht, eine «abrufbare» Gutschrift einem effektiven Bezug (der theoretisch unverzüglich oder auch später wieder einbezahlt wird) gleichzustellen, um so eine steuergerechte Praxis zu wahren. Verliert jedoch der einzelne Anleger, weil er von der Rückzugsmöglichkeit nicht Gebrauch macht, sowohl Ertrag wie möglicherweise sogar das Kapital, so hinterlässt diese Besteuerungspraxis schon einen schalen Geschmack. Die Frage der Realisierung des Einkommens wie auch des Vermögenszuwachses, aber auch das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, werden damit schon arg strapaziert.

Das Bundesgericht sucht im vorliegenden Fall den Ausweg bei der objektiven Unmöglichkeit der Auszahlung.⁴ War es der Anlagefirma durch behördlichen Befehl untersagt, trotz der erteilten Gutschrift Auszahlungen vorzunehmen, lässt sich eine Zurechnung des Ertrages beim einzelnen Anleger nicht rechtfertigen.

Ich bin nicht sicher, ob diese systematische Abgrenzung das «Ei des Kolumbus» ist. Organisationen, wie beispielsweise der EKC, haben wohl wiederholt gegen behördliche Anweisungen verstossen. Ich kann mir deshalb vorstellen, dass bei einem genügend insistierenden Anleger auch Auszahlungen unter Missachtung von behördlichen Weisungen getätigt worden sind. Die Auszahlung war demnach nicht «objektiv unmöglich». Auf der anderen Seite hat es wohl auch Fälle gegeben, wo auch ohne behördliches Verbot keine Auszahlung mehr möglich war oder möglich gewesen wäre. Bei einem Rückzug von Geldern von mehreren Anlegern wäre die Anlagefirma (speziell in der kritischen Schlussphase) nämlich gar nicht mehr in der Lage gewesen, die notwendige Liquidität für mehrere gleichzeitige Rückzahlungen vorzunehmen.

Wenn man schon den objektiven Weg sucht, meine ich, so sollten beide Fälle gleich behandelt werden. Stellt sich nämlich nachträglich (meist im Konkursverfahren) heraus, dass auch bei einem Rückzug der Anlage die Anlagefirma gar nicht in der Lage gewesen wäre, die Gutschrift zu honorieren, so sollte beim betreffenden Anleger in einem Revisionsverfahren die Zurechnung der Gutschrift aufgehoben werden. Die Steuerbehörden nehmen für sich das Revisionsverfahren in Anspruch, um nachträglich einen zugelassenen Kapitalgewinn in einen Vermögensertrag abzuändern. Auch dem Anleger sollte entsprechend im Revisionsverfahren mindestens die Möglichkeit gegeben werden, darzulegen, dass auch sein Begehren auf Rückzug seiner Anlage nicht honoriert worden wäre bzw. mangels genügender Liquidität der Anlegerfirma gar nicht hätte honoriert werden können. Damit würde die Erfassung der Gutschrift als steuerbarer Vermögensertrag hinfällig.

Ich realisiere allerdings, dass sich hier ein hypothetisches Element einschleicht, weil man im Nachhinein wohl schwerlich feststellen kann, ob und wie viele Rückzüge die Anlagefirma auf Grund der Liquiditätslage in einem gegebenen Zeitpunkt hätte bewältigen können. Auch wenn man demzufolge zu einer Art Wahrscheinlichkeitsrechnung Zuflucht nehmen muss, wäre dies trotz einer möglichen Fehlerquote in Einzelfällen immerhin eine Möglichkeit, das in gewissen Fällen wirklich stossende Ergebnis, nämlich die Besteuerung eines effektiv fiktiven Gewinns, etwas abzufedern.

⁴ Ansatzweise auch schon im Urteil des Bundesgerichts vom 24. Juli 2001, StE 2001 B 21.1 Nr. 10 («Anders verhält es sich nur dann, wenn die Auszahlung der gutgeschriebenen Erträge bereits zu Beginn unmöglich oder höchst unwahrscheinlich war»).

Anwaltskongress

Fakten

Datum: Findet alle 2 Jahre statt, der Nächste vom 9.–11. 6. 2005 im Kultur- und Kongresszentrum, Luzern

Ziel: Praxisbezogene Weiterbildung

Mittel: Über 40 Kurse bzw. Workshops, aus welchen sich die Besucherin resp. der Besucher ein «Weiterbildungsmenu à la carte» zusammenstellen kann. Hervorragende Referentinnen und Referenten präsentieren die neuste Rechtsprechung sowie Literatur und behandeln Spezialfragen in den betreffenden Fachgebieten.

Messebetrieb: Zahlreiche Aussteller informieren über neue Produkte im Büroalltag.

Extras: Der ausführliche Tagungsband «Aktuelle Anwaltspraxis» (Ladenpreis CHF 128.–) ist in der attraktiven Teilnahmegebühr inbegriffen.

Rahmenprogramm: Vielseitig, stimmungsvoll und ungezwungen.

Aktuelle Anwaltspraxis 2003

Der Anwaltskongress des Schweizerischen Anwaltsverbandes, der im Jahr 2001 ins Leben gerufen wurde und im Juni 2003 das zweite Mal stattfand, soll Anwältinnen und Anwälten eine berufsspezifische und praxisbezogene Weiterbildung ermöglichen. Er schafft für sie in Luzern einen attraktiven Treffpunkt für die kontinuierliche Fortbildung in den Rechtsgebieten ihrer Wahl. Die Referate zu den einzelnen Rechtsgebieten, etwa zum Familienrecht, Handels- oder Bankenrecht, arbeiten die Rechtsentwicklung der vergangenen zwei Jahre auf und geben Hinweise auf aktuelle Literatur und Neuerungen in der Gesetzgebung.

Der Tagungsband «Aktuelle Anwaltspraxis/La pratique de l'avocat 2003» ist Teil des Konzeptes. Er sammelt die schriftliche

Fassung der Vorträge, die die Referentinnen und Referenten in den einzelnen Workshops sowie im Eintretens- und Schlussreferat gehalten haben. Mit dem Griff in die Tagungsbände soll sich der Leser in Zukunft schnell über die wichtigsten Entwicklungen in einem bestimmten Rechtsgebiet orientieren können. Hier findet er Hinweise auf die jeweilige Literatur, Judikatur und Gesetzgebung sowie auf internationale Entwicklungen.

Wichtig: Die Kongressteilnehmerinnen und -teilnehmer erhalten den Tagungsband automatisch und kostenlos zugestellt.

«Aktuelle Anwaltspraxis 2003»

Prof. Walter Fellmann/Prof. Tomas Poledna (Herausgeber)

ca. 742 Seiten, gebunden

Erscheinungstermin: Dezember 2003

CHF 128.–, EUR 86.20

ISBN 3-7272-9195-8

FAX-Bestellschein

Ja, ich bestelle das Buch «Aktuelle Anwaltspraxis 2003», ISBN 3-7272-9195-8, zum Preis von CHF 128.–

Name _____

Adresse _____

Vorname _____

PLZ/Ort _____

Firma _____

E-Mail _____

Bitte einsenden oder faxen an: Buchstämpfli, Wöflistrasse 1, Postfach 5662, 3001 Bern

Fax. 031 300 66 88, E-Mail: order@buchstaempfli.com

Congrès des avocats

Faits

Date: A lieu tous les deux ans, le prochain se tiendra du 9.–11.6.2005 au Centre des congrès et de la culture, Lucerne.

But: Formation continue pratique.

Moyens: Plus de 40 cours, ou ateliers proposés. Le visiteur a la possibilité de se faire un programme personnel «menu à la carte». Des conférenciers de premier ordre présentent, dans leur domaine respectif la dernière jurisprudence, les questions juridiques les plus importantes ainsi que la doctrine la plus récente.

Animation: De nombreux exposants informent sur les nouveaux produits de la bureautique quotidienne.

Divers: Le volume complet «La pratique de l'avocat» (prix de vente CHF 128.–) est compris dans le prix attrayant des frais de participation.

Programme social: Varié, expressif et aisé.

La pratique de l'avocat 2003

Le Congrès des avocats de la Fédération suisse des avocats, qui a pris naissance en 2001 et qui s'est tenu pour la seconde fois en juin 2003, a pour but de donner aux avocates et aux avocats une formation continue, spécifique à la profession d'avocat et orientée sur la pratique. En se tenant à Lucerne, il est pour vous un lieu de rencontres attractif, permettant une formation continue dans les domaines juridiques que vous avez choisis. Les exposés relatifs aux différents domaines juridiques, par exemple le droit de la famille, le droit commercial ou le droit bancaire, traitent de l'évolution du droit des deux dernières années et donnent des informations sur la doctrine actuelle et les nouveautés dans la législation.

Le volume du congrès «Aktuelle Anwaltspraxis/La pratique de l'avocat 2003» fait partie du concept. Il rassemble, sous une for-

me écrite, les exposés que les conférenciers ont tenus dans les ateliers, ainsi que dans la conférence initiale et finale. Par l'intermédiaire des volumes du congrès, le lecteur pourra, à l'avenir, s'orienter rapidement sur les derniers développements dans un domaine particulier du droit. Il y trouvera toutes les informations relatives à la doctrine, à la jurisprudence et à la législation, mais aussi à des développements sur le plan international.

Important: Les participants et les participantes du Congrès recevront automatiquement et gratuitement le volume du congrès.

«La pratique de l'avocat 2003»

Prof. Walter Fellmann/Prof. Tomas Poledna (éditeurs)

env. 742 pages, relié

Date de parution: décembre 2003

CHF 128.–, EUR 86.20

ISBN 3-7272-9195-8

FAX-bon de commande

Oui, je commande le livre «La pratique de l'avocat 2003», ISBN 3-7272-9195-8 au prix de CHF 128.–

Nom _____

Adresse _____

Prénom _____

NPA/lieu _____

Etude _____

E-mail _____

Les intéressés et les intéressées peuvent commander ce volume du Congrès auprès des Editions Stämpfli, Wölfistrasse 1, case postale 8326, 3001 Berne, Tél. 031 300 66 66, e-mail: order@buchstaempfli.com

Unsere Kongresspartner stellen sich vor . . .

AXA Art Versicherung AG – Die Kunst, Kunst zu versichern

Umgeben Sie sich zu Hause oder in Ihrer Kanzlei gerne mit schönen Dingen? Oder sind Sie gar ein passionierter Kunstsammler? – Wir schützen Ihre Schätze!

Die AXA Art Versicherung AG gilt weltweit als der führende Kunstversicherer und ist eingebettet in die AXA Gruppe, die zu den grössten Versicherungskonzernen der Welt zählt. In der Schweiz sind wir seit bald 20 Jahren in der Schweiz vertreten. Insgesamt 15 Mitarbeiter sind in der Deutschschweiz (Zürich) und in der Romandie (Genf und Lausanne) tätig, davon 5 eigene Kunsthistoriker/innen von weltweit insgesamt über 50.

Unsere Vorzüge als Spezialversicherer für Kunstgegenstände liegen vor allem in der Service- und Beratungsqualität unserer Kunstsachverständigen. Eine universitäre Ausbildung sowie langjährige Erfahrungen im Kunsthandel und Museumswesen befähigen diese dazu, Ihre Kunstwerke kompetent einzuschätzen und Sie umfassend zu beraten.

Weshalb empfiehlt es sich, für Kunst und Antiquitäten bei AXA Art Versicherung AG eine spezielle Kunstversicherung abzuschliessen?

Kunstwerke oder Antiquitäten besitzen neben ihrem materiellen vor allem auch einen ideellen Wert. Bereits ein Kratzer auf der Oberfläche kann wertmindernd wirken, ganz abgesehen von einem Totalverlust, etwa durch eine Feuersbrunst. Unser Ziel ist es, wenigstens den materiellen Schaden für den Kunden zu beheben. Es ist uns ein Anliegen, ein massgeschneidertes Versicherungskonzept für Ihre Sammlung zu finden. Im Gegensatz zu einer Hausratversicherung bietet die spezialisierte Kunstversicherung die umfassende «Allgefahrendeckung», durch welche Beschädigungen jeglicher Art gedeckt sind. Ihre Kunstwerke werden ausserdem zu vereinbarten marktgerechten Einzelwerten versichert, wodurch im Schadensfall für den Kunden die schwierige Nachweispflicht des Wertes entfällt. Daneben bieten die AXA Art Kunst-Spezialisten eine umfassende und kostenlose Beratung auf höchstem Niveau: kunsthistorische Analyse und Dokumentation der einzelnen Werke Ihrer Sammlung, konservatorische Beratung, regelmässige marktgerechte Bewertung, Kontakte zu Restauratoren, Museumsfachleuten, Transporteuren und anderen Spezialisten im Umgang mit Kunstgegenständen.

Näheres erfahren Sie telefonisch von unseren Kunstsachverständigen.

Wir freuen uns auf Ihren Anruf: AXA Art Versicherung AG, Talackerstrasse 5, 8065 Zürich Glattbrugg, Tel: 01 874 84 84, Fax: 01 874 84 00, www.axa-art.ch.

Nos partenaires du congrès se présentent . . .

AXA Art Assurance SA – L'art d'assurer l'Art

Aimez-vous vous entourer de belles choses à votre domicile ou dans votre cabinet? Ou peut-être êtes-vous un collectionneur passionné d'objets d'art? – Notre vocation est de protéger vos valeurs!

AXA Art Assurance SA est le leader international des compagnies d'assurance d'Art et est rattaché au groupe AXA qui compte parmi les groupes d'assureurs les plus importants au monde. Nous sommes représentés en Suisse depuis bientôt 20 ans. En Suisse alémanique (Zurich) et en Suisse romande (Genève et Lausanne), nous employons 15 collaborateurs dont 5 historien(ne)s de l'art sur plus de 50 au total, répartis dans le monde entier.

Nos avantages en tant qu'assureur spécialiste pour objets d'art résident avant tout dans la qualité de notre service et du conseil offerts par nos experts en matière d'art. Grâce à une formation universitaire, de même qu'à de longues expériences dans le marché de l'art et en muséologie, nos experts possèdent les qualifications nécessaires pour évaluer vos œuvres avec compétence et pour vous conseiller de manière globale.

Pourquoi est-il recommandé de conclure une assurance d'art spéciale auprès d'AXA Art Assurance SA pour les objets d'art et les antiquités?

Les œuvres d'art ou les antiquités possèdent avant tout, en plus de leur valeur financière, une valeur immatérielle. La moindre rayure sur leur surface peut venir diminuer leur valeur, sans parler d'une perte totale, causée par exemple par un grand incendie. Notre objectif est de réparer, pour le moins, le dommage matériel subi par notre client. Il nous tient à cœur de trouver un concept d'assurance qui soit taillé sur mesure pour votre collection. Contrairement à une assurance ménage, l'assurance d'art spécialisée propose l'option «Tous risques» couvrant tous les types de dommages. De plus, vos œuvres d'art sont assurées à la valeur convenue et conforme au marché. Ainsi, en cas de sinistre, le client n'a pas besoin de fournir la preuve difficile de la valeur du dommage. En outre, les professionnels de l'art d'AXA Art proposent un conseil global et gratuit du plus haut niveau: analyse d'histoire de l'art et documentation pour chaque pièce de votre collection, conseil en matière de conservation, évaluation régulière appropriée au marché, relations avec les restaurateurs, les muséologues, les transporteurs et autres spécialistes en contact avec les objets d'art.

Vous pouvez appeler nos experts pour de plus amples informations: AXA Art Assurance SA, Talackerstrasse 5, 8065 Zurich Glattbrugg, Tél: 01 874 84 84, Fax: 01 874 84 00, www.axa-art.ch.

René Rall

Der Generalsekretär teilt mit . . .

1. Bezeichnet der Anwalt bei Eröffnung ein bei einer Geschäftsstelle der Bank in der Schweiz geführtes Konto oder Depot als «Anwaltskundenkonto» bzw. «Anwaltsklientendepot» oder ergibt sich aufgrund anderer Umstände in eindeutiger Art und Weise, dass diese Vermögenswerte dem Kontoinhaber in seiner Funktion als Anwalt anvertraut wurden, so verzichtet die Bank in Bezug auf diese Vermögenswerte auf Verrechnungs-, Pfand- und Retentionsrechte, soweit solche Rechte zur Sicherung von Ansprüchen der Bank dienen, die nicht unmittelbar mit dem betreffenden Konto bzw. Depot zusammenhängen.
2. Weicht die obige Absprache von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder anderen gedruckten Formularverträgen der Bank ab, so geht sie diesen vor.
3. Diese Regelung findet auch Anwendung auf bestehende Konti und Depots, die binnen sechs Monaten nach Inkrafttreten der vorliegenden Vereinbarung als Anwaltskundenkonto (Anwaltsklientendepot) bezeichnet werden, es sei denn, die Bank erkläre binnen zwei Monaten seit Erhalt der Mitteilung des Anwalts, dass sie wegen besonderer, im Detail zu begründenden Umständen auf ihrem Verrechnungs-, Pfand- und/oder Retentionsrecht bestehen müsse.
4. Die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) wird durch die vorliegende Vereinbarung nicht berührt.

Es bleibt zu hoffen, dass andere Banken entsprechende Verhandlungsbereitschaft zeigen.

Konten mit Klientenvermögen

Der SAV erhielt Kenntnis davon, dass Banken gestützt auf Ihre AGB's in Einzelfällen von der Möglichkeit Gebrauch machen, Treuhand-(Klientengelder-)Konti mit anderen Konti des betreffenden Anwalts zu verrechnen. Besorgt über diese Entwicklung hat nun der SAV am 20. 10. 2003 mit der UBS AG folgende Vereinbarung getroffen:

Mitgliedschaft beim Verband Europäischer Rechtsanwaltskammern

Anlässlich der Delegiertenversammlung des SAV vom 13. Juni 2003 wurde dem Vorstand die Vollmacht erteilt, beim Verband Europäischer Rechtsanwaltskammern ein formelles Beitrittsge-such einzureichen. Der Verband Europäischer Rechtsanwaltskam-mern hat das Aufnahmegesuch am 8. September 2003 einstimmig gutgeheissen. Präsident dieser europäischen Vereinigung ist Kollege Jean-Pierre Gross, Lausanne, ehemals Vorstandsmitglied und Präsident des SAV (1999–2001). Zweck und Aufgabe dieses Verbands können auf dessen Website www.fbe.org eingesehen werden. Die Statuten werden mit der nächsten Aktualisierung des SAV-Handbuchs im Frühling 2004 verschickt.

René Rall

Le secrétaire général vous informe . . .

1. Lorsque l'Avocat, en ouvrant un compte ou un dépôt géré par une succursale suisse de la Banque, désigne ce compte ou ce dépôt comme étant un «compte client de l'avocat», respectivement comme étant un «dépôt client de l'avocat», mais aussi lorsqu'il s'avère, d'une manière certaine et évidente, sur la base d'autres circonstances, que ces avoirs ont été confiés au titulaire du compte dans l'exercice de sa fonction d'avocat, la Banque renonce à exercer ses droits de compensation, de gage et de rétention sur ces valeurs patrimoniales, pour autant que ces droits concernent la garantie de prétentions de la Banque qui ne peuvent être rattachées directement au compte, respectivement au dépôt concerné.
2. Si la disposition qui précède déroge aux Conditions générales commerciales ou à d'autres formulaires contractuels imprimés par la Banque, cette disposition prime sur ces derniers.
3. Cette réglementation sera également appliquée à des comptes ou à des dépôts préexistants, et qui seront désignés, dans un délai de six mois après l'entrée en vigueur de la présente convention, comme étant des comptes client de l'avocat (dépôts client de l'avocat), le tout à moins que la banque ne notifie, dans un délai de deux mois après réception de la communication de l'avocat, qu'elle devra maintenir, sur la base de circonstances particulières qui devront être motivées en détail, son droit de compensation, de gage et/ou de droit de rétention.
4. La Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB) n'est pas touchée par la présente convention. Il reste à espérer que d'autres banques se montrent prêtes à négocier.

Comptes portant sur des avoirs de clients

Il a été porté à la connaissance de la FSA que les banques, sur la base de leurs conditions générales, avaient fait usage d'un droit de compensation entre des comptes fiduciaires (avoirs de clients) et les propres comptes de l'avocat. Dans le but de mettre fin à ce développement, la FSA, en date du 20 octobre 2003, a passé la convention suivante avec l'UBS SA:

Affiliation à la Fédération des Barreaux d'Europe

Lors de l'Assemblée des délégués de la FSA du 13 juin 2003, le Conseil a reçu le mandat de déposer une demande formelle d'affiliation à la Fédération des Barreaux d'Europe. En date du 8 septembre 2003, la Fédération des Barreaux d'Europe a unanimement approuvé cette demande d'affiliation. Le président de cette alliance européenne est notre confrère Me Jean-Pierre Gross, à Lausanne, ancien membre du Conseil et Président de la FSA (1999–2001). Les buts et les tâches accomplies par cette fédération sont décrits sur le site www.fbe.org. Les statuts seront envoyés lors de la prochaine actualisation du manuel FSA au printemps 2004.

Spezialreise zum Juristenball in Wien

20.–22. Februar 2004



Reiseprogramm

1. Tag: Flug ab Zürich: 11.05h mit Austrian Airlines, Landung in Wien um 12.30h / **Flug ab Bern:** 12.50h mit InterSky, Landung in Wien um 14.40h. Individueller Transfer zum Hotel. Rest des Tages zur freien Verfügung.

Hotel Bristol*****

www.westin.com/bristol

Eines der elegantesten 5-Stern-Häuser in Wien. Direkt im Herzen der Stadt gegenüber der Staatsoper gelegen. Das Hotel verfügt über ein Gourmetrestaurant, Café, Bar. 140 klassisch-elegante, neu renovierte Zimmer. Alle mit Bad/WC, Fön, Klimaanlage, TV, Minibar und Safe.

Hotel Hilton Vienna Plaza****(*)

www.vienna-plaza.hilton.com

Modernes Designerhotel direkt an der Ringstrasse gelegen. In unmittelbarer Nähe befinden sich die Hauptattraktionen Wiens, wie die Börse, Universität, Stephansdom und die Kärntnerstrasse. Die Hofburg ist rund 1 km vom Hotel entfernt. Das Hotel verfügt über 2 Restaurants, eine Bar sowie ein Kaffeehaus. Alle 219 Zimmer haben eine Mindestgrösse von 36 m² und die Ausstattung eines 5-Sterne-Hotels.

2. Tag: Ganzer Tag zur freien Verfügung. Am Abend Limousinentransfer zur Hofburg, wo der Juristenball stattfindet. Damen: Langes Ballkleid / Herren: Frack oder Smoking. Individueller Rücktransfer zum Hotel.

3. Tag: Der Vormittag steht zur freien Verfügung. Individueller Transfer zum Flughafen. **Nach Zürich:** Abflug 13.45h, Landung 15.05h. **Nach Bern:** 15.10h, Landung 17.00h.

Pauschalpreise und Leistungen pro Person

Hotel Bristol

Im Doppelzimmer	CHF	1260.00
Zuschlag Einzelzimmer	CHF	340.00

Hotel Hilton Plaza

Im Doppelzimmer	CHF	1100.00
Zuschlag Einzelzimmer	CHF	230.00
Sicherheits- und Flughafentaxen Zürich	CHF	87.00
Sicherheits- und Flughafentaxen Bern	CHF	107.50
Annullierungskostenversicherung	CHF	auf Anfrage

Eingeschlossene Leistungen

- Linienflug mit Austrian Airlines oder mit InterSky
- Unterkunft im Hotel Hilton Vienna Plaza oder Hotel Bristol
- Täglich Frühstücksbuffet
- Limousinentransfer zur Hofburg für 2 Personen
- Eintritt für Juristenball inkl. Tischreservation im Rittersaal
- Reisedokumentation

Information und Anmeldung

Kuoni Reisen AG, Neuengasse 30, Postfach 474, 3000 Bern 7

Telefon: 031 329 43 43, Fax: 031 329 44 74, E-Mail: paola.corti@kuoni.ch

Wir sind für Sie da von Montag bis Freitag von 08.30–12.00 Uhr und 13.00–18.00 Uhr.



ANMELDEALON

Spezialreise zum Juristenball in Wien (20.–22. Februar 2004)

Ich/wir nehme(n) definitiv teil (zutreffendes bitte ankreuzen)

- | | | | |
|---------------------------------------|---|---|--|
| <input type="checkbox"/> Doppelzimmer | <input type="checkbox"/> Hotel Bristol | <input type="checkbox"/> Flug ab/bis Bern | <input type="checkbox"/> ohne Annullationskostenversicherung |
| <input type="checkbox"/> Einzelzimmer | <input type="checkbox"/> Hotel Hilton Plaza | <input type="checkbox"/> Flug ab/bis Zürich | <input type="checkbox"/> mit Annullationskostenversicherung |

Anmeldeschluss: 18. Dezember 2003. Minimum Teilnehmerzahl: 15 Personen. Preis- und Programmänderungen bleiben vorbehalten. Es gelten die allgemeinen Reise- und Vertragsbedingungen der Kuoni Reisen AG.

Name/Vorname:	Name/Vorname:
Name/Vorname:	Telefon:
Adresse:	PLZ/Ort:
Datum:	Unterschrift:

Voyage spécial au bal des juristes à Vienne

20–22 février 2004



Programme de voyage

1^{er} jour: Vol de Zurich: départ 11h05 avec Austrian Airlines, atterrissage à Vienne à 12h30 / **Vol de Berne: départ** 12h50 avec InterSky, atterrissage à Vienne à 14h40. Transfert individuel à l'hôtel. Reste du jour est à votre disposition.

Hôtel Bristol*****

www.westin.com/bristol

Cet hôtel fin de siècle reflète avec éclat toute la somptuosité de son époque. Situation idéale, en plein centre de Vienne, à coté de l'opéra National. 140 belles chambres récemment rénovées avec bain/WC, sèche-cheveux, TV, climatisation, minibar et coffre-fort. Restaurant «Korso», l'une des meilleures tables d'Autriche, restaurant/café «Sirk» et bar.

Hôtel Hilton Vienna Plaza****(*)

www.vienna-plaza.hilton.com

Cet hôtel design de première classe est situé sur le célèbre Ring. Les principales curiosités, telles la Bourse, l'Université, la Cathédrale et la Kärntnerstrasse, sont aisément accessibles de l'hôtel. La Hofburg se trouve à 1 km. Les 219 chambres ont une grandeur de 35 m² et sont équipées de bain/WC, sèche-cheveux, TV, climatisation, minibar et coffre-fort. Deux Restaurants et Plaza Café.

2^e jour: Toute la journée est à votre disposition. Transfert en limousine à la Hofburg, où le bal aura lieu. Tenue pour les dames: robe de soirée longue / pour les messieurs: frac ou smoking. Retour individuel à l'hôtel.

3^e jour: La matinée est à votre disposition. Transfert individuel à l'aéroport. Départ pour **Zurich** à 13h45, atterrissage à 15h05. Départ pour **Berne** à 15h10, atterrissage à 17h00.

Prix forfaitaire et prestations par personne

Hôtel Bristol

Arrangement en chambre double	CHF	1260.00
Supplément chambre individuelle	CHF	340.00

Hôtel Hilton Plaza

Arrangement en chambre double	CHF	1100.00
Supplément chambre individuelle	CHF	230.00
Taxes d'aéroport Zurich	CHF	87.00
Taxes d'aéroport Berne	CHF	107.50
Assurance d'annulation	CHF	sur demande

Nos prestations

- Vol de ligne avec Austrian Airlines ou InterSky en classe économique
- Logement à l'hôtel Hilton Vienna Plaza ou à l'hôtel Bristol
- Petit-déjeuner
- Transfert en limousine à la Hofburg
- Carte d'entrée au bal avec réservation de table (Rittersaal)
- Documentation de voyage

Information et inscription

Kuoni Voyages SA, Neuengasse 30, case postale 474, 3000 Berne 7

Téléphone: 031 329 43 43, Fax: 031 329 44 74, E-mail: paola.corti@kuoni.ch

Nous sommes à votre disposition du lundi au vendredi de 08h30 à 12h00 et de 13h00 à 18h00.



BULLETIN D'INSCRIPTION

Voyage spécial au bal des juristes à Vienne (20–22 février 2004)

Je/nous prends/prenons définitivement part (prière de cocher la/les case(s) correspondante(s))

- | | | | |
|---|---|--|--|
| <input type="checkbox"/> chambre double | <input type="checkbox"/> Hôtel Bristol | <input type="checkbox"/> Vol de/jusqu'à Berne | <input type="checkbox"/> sans assurance d'annulation |
| <input type="checkbox"/> chambre simple | <input type="checkbox"/> Hôtel Hilton Plaza | <input type="checkbox"/> Vol de/jusqu'à Zurich | <input type="checkbox"/> avec une assurance d'annulation |

Délai d'inscription: 18 décembre 2003. Nombre de participants minimal: 15 personnes. Le programme et les prix publiés peuvent faire l'objet de modifications. Les conditions générales de Kuoni SA sont applicables.

Nom/prénom:	Nom/prénom:
Nom/prénom:	Téléphone:
Adresse:	NPA/localité:
Date:	Signature:

Fachtagungen und Seminare / Conférences et séminaires

Zivilrecht / Droit civil

22.02.2004	Vortrag: Zur (teilweise fehlenden) Rechtsgrundlage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft	Bern	Bernischer Juristenverein, Postfach 2485, 3600 Thun, Tel: 033 223 27 29, Fax: 033 223 44 77, E-Mail: mueller@roost-thun.ch
------------	--	------	--

Handelsrecht / Droit commercial

11.–13.12.2003	Zertifizierter Lehrgang für den Verwaltungsrat	Thalwil	Zentrum für Unternehmensführung AG, Im Park 4, 8800 Thalwil, Tel: 01 722 85 85, Fax: 01 722 85 86, E-Mail: info@zfu.ch
----------------	--	---------	--

01.–08.2004	Certificat de formation continue en Compliance Management en 6 modules	Genève	Université de Genève, Leonardo Castellana, Tél: 022 705 86 51, Fax: 022 705 86 62, E-Mail: leonardo.castellana@droit.unige.ch. Haute école de gestion de Genève, Pierre-André Bertholet, Tél: 022 705 99 65, Fax: 022 705 99 98, E-Mail: pierre-andre.bertholet@heg.ge.ch. Adresse postale: Compliance Management, CEJE–Uni-Mail, Université de Genève, 1211 Genève 4, Website: www.compliance-management.ch
-------------	--	--------	--

Vertragsrecht / Droit des contrats

15.01.2004	Wettbewerb im Gesundheitsrecht	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodenstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel: 071 224 24 24, Fax: 071 224 28 83, E-Mail: irp-ch@unisg.ch, Website: www.irp.unisg.ch
------------	--------------------------------	--------	---

11.05.2004	Aktuelle Rechtsfragen zu IT-Verträgen	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodenstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel: 071 224 24 24, Fax: 071 224 28 83, E-Mail: irp-ch@unisg.ch, Website: www.irp.unisg.ch
------------	---------------------------------------	--------	---

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

14.01.2004	3. Personen-Schaden-Forum 2004	Zürich	HAVE, Redaktion HAVE, Postfach 59, 8193 Eglisau, Tel: 043 422 55 25, Fax 043 422 55 26, E-Mail: info@have.ch
------------	--------------------------------	--------	--

09.02.2004	Vortrag: Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts – eine erste kritische Sichtung von Verwaltungspraxis und Rechtsprechung	Bern	Bernischer Juristenverein, Postfach 2485, 3600 Thun, Tel: 033 223 27 29, Fax: 033 223 44 77, E-Mail: mueller@roost-thun.ch
------------	--	------	--

Internationales Recht / Droit international

12.01.2004	Vortrag: Funktion und Praxis des UNO-Menschenrechtsausschusses	Bern	Bernischer Juristenverein, Postfach 2485, 3600 Thun, Tel: 033 223 27 29, Fax: 033 223 44 77, E-Mail: mueller@roost-thun.ch
------------	--	------	--

19.–30.01.2004	International Tax Law PG Diploma programme	Delémont	Robert Kennedy College, Secretariat, Leutschenbachstr. 95, 8050 Zürich, Tel: 01 308 39 08, Fax: 01 308 35 15, E-Mail: Dean@college.ch, StudentCare@college.ch
----------------	--	----------	---

Diverses / Divers

27.–29.01.2004	Key Account Management	Zürich	ZfU, International Business School, Zentrum für Unternehmensführung AG, Im Park 4, 8800 Thalwil, Tel: 01 722 85 85, Fax: 01 722 85 86, E-Mail: info@zfu.ch, Website: www.zfu.ch
----------------	------------------------	--------	---

24.03.2004	Aktuelle Rechtsfragen zu Internet und Strafrecht	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodenstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel: 071 224 24 24, Fax: 071 224 28 83, E-Mail: irp-ch@unisg.ch, Website: www.irp.unisg.ch
------------	--	--------	---

06.–08.05.2004	High Performance Organisation	Zürich	ZfU, International Business School, Zentrum für Unternehmensführung AG, Im Park 4, 8800 Thalwil, Tel: 01 722 85 85, Fax: 01 722 85 86, E-Mail: info@zfu.ch, Website: www.zfu.ch
----------------	-------------------------------	--------	---

12.05.2004	SAV-Mediationsausbildung	Bern	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel: 031 313 06 06, Fax: 031 313 06 16, E-Mail: info@swisslawyers.com
------------	--------------------------	------	---

12.–14.05.2004	Führungsfaktor Kommunikation	Thalwil	ZfU, International Business School, Zentrum für Unternehmensführung AG, Im Park 4, 8800 Thalwil, Tel: 01 722 85 85, Fax: 01 722 85 86, E-Mail: info@zfu.ch, Website: www.zfu.ch
----------------	------------------------------	---------	---

01.–05.09.2004	48 ^e Congrès Annuel de l'UIA	Genève	UIA, 25. rue du jour, 75001 Paris, France, Tél: +33 (0)1 44 88 55 66, Fax: +33 (0)1 44 88 55 77, E-Mail: uiacentre@wanadoo.fr, Website: www.uianet.org
----------------	---	--------	--

02.11.2004	SAV-Mediationsausbildung	Bern	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel: 031 313 06 06, Fax: 031 313 06 16, E-Mail: info@swisslawyers.com
------------	--------------------------	------	---

10.–12.11.2004	Führungsfaktor Kommunikation	Risch am Zugersee	ZfU, International Business School, Zentrum für Unternehmensführung AG, Im Park 4, 8800 Thalwil, Tel: 01 722 85 85, Fax: 01 722 85 86, E-Mail: info@zfu.ch, Website: www.zfu.ch
----------------	------------------------------	-------------------	---

Verschiedene Veranstaltungen / Autres manifestations

International

16.–27.02.2004	Projet ETHICS – Formation de haut niveau en droit international pénal	Florence	Institut Universitaire Européen, Prof. Salvatore Zappalà, Tel: +39 0554685 831/833, Fax +39 0554685 804, E-Mail: ethics@iue.it, Website: www.iue.it/RSCAS/ProfessionalDevelopment/ETHICS/
08.–09.03.2004	Leading and managing an effective in-house legal department	London	Hawksmere plc, Customer services, Tel: +44 (0)20 7881 1899, Fax: +44 (0)20 7259 0283, E-Mail: services@hawksmere.com, Website: www.hawksmere.com
26.–28.04.2004	International intellectual property law	London	Claire Vipas, Hawksmere, 12-18 Grosvenor Gardens, London SW1W 0DH, UK, Tel: +44 (0)20 7881 1813, Fax: +44 (0)20 7730 4672, E-Mail: claire.vipas@hawksmere.com
22.–23.04.2004	International technology licensing agreements	London	Claire Vipas, Hawksmere, 12-18 Grosvenor Gardens, London SW1W 0DH, UK, Tel: +44 (0)20 7881 1813, Fax: +44 (0)20 7730 4672, E-Mail: claire.vipas@hawksmere.com
14.–18.06.2004	Legal communication and transnational practice skills – All skills course	New York City	American Law and Language, 1240 Park Avenue / Suite 4A NY, New York 10128, Tel: 1-212-289-6342, Fax: 1-212-860-0470, E-Mail: alicny@aol.com
18.–19.06.2004	Le secret bancaire face au blanchiment d'argent	Beyrouth (Liban)	UIA, 25, rue du jour, 75001 Paris, France, Tél: +33 (0)1 44 88 55 66, Fax: +33 (0)1 44 88 55 77, E-mail: uiacentre@wanadoo.fr, Website: www.uianet.org
21.06.–02.07.2004	Seventh Annual International Commercial Law Seminar	Cologne (Germany)	International Law Programs, School of Law, UC Davis Extension Building, 1333 Research Park Drive, Davis, CA 95616-4852, Tel: (530) 757-8569, Fax: (530) 757-8596, E-Mail: law@uknemail.ucdavis.edu
07.–09.07.2004	Legal communication and transnational practice skills – Contract drafting	New York City	American Law and Language, 1240 Park Avenue / Suite 4A NY, New York 10128, Tel: 1-212-289-6342, Fax: 1-212-860-0470, E-Mail: alicny@aol.com
11.07.–07.08.2004	Orientation in U.S.A Law	California	International Law Programs, School of Law, UC Davis Extension Building, 1333 Research Park Drive, Davis, CA 95616-4852, Tel: (530) 757-8569, Fax: (530) 757-8596, E-Mail: law@uknemail.ucdavis.edu
11.07.–21.08.2004	Summer Master of Arts Degree in International Commercial Law	California	International Law Programs, School of Law, UC Davis Extension Building, 1333 Research Park Drive, Davis, CA 95616-4852, Tel: (530) 757-8569, Fax: (530) 757-8596, E-Mail: law@uknemail.ucdavis.edu
08.2004–05.2005	LL.M. Program	Davis (California)	International Law Programs, School of Law, UC Davis Extension Building, 1333 Research Park Drive, Davis, CA 95616-4852, Tel: (530) 757-8569, Fax: (530) 757-8596, E-Mail: law@uknemail.ucdavis.edu
09.08.–20.08.2004	The Global Trading System: Substance and Dispute Resolution	California	International Law Programs, School of Law, UC Davis Extension Building, 1333 Research Park Drive, Davis, CA 95616-4852, Tel: (530) 757-8569, Fax: (530) 757-8596, E-Mail: law@uknemail.ucdavis.edu
01.–05.09.2004	48 ^e Congrès Annuel de l'UIA	Genève	UIA, 25, rue du jour, 75001 Paris, France, Tél: +33 (0)1 44 88 55 66, Fax: +33 (0)1 44 88 55 77, E-Mail: uiacentre@wanadoo.fr, Website: www.uianet.org
13.–15.10.2004	Legal communication and transnational practice skills – Contract drafting	New York City	American Law and Language, 1240 Park Avenue / Suite 4A NY, New York 10128, Tel: 1-212-289-6342, Fax: 1-212-860-0470, E-Mail: alicny@aol.com
08.–12.11.2004	Legal communication and transnational practice skills – All skills course	New York City	American Law and Language, 1240 Park Avenue / Suite 4A NY, New York 10128, Tel: 1-212-289-6342, Fax: 1-212-860-0470, E-Mail: alicny@aol.com

PAGANINI SOFTWARE

Professionelle Informatik-Lösungen für Anwälte und Notare

PAGANINI SOFTWARE AG

Tel. 091 943 15 03

Fax 091 943 35 50

info@paganinisoftware.ch

www.paganinisoftware.ch

Wir stehen gerne für eine kostenlose Demo bei Ihnen zur Verfügung.