

Brenno Brunoni	<b>Editorial</b>	■ 3
<hr/>		
<b>Thema/Question du jour</b>		
Bernhard Lötscher/ Axel Buhr	Abkommen Schweiz – USA in Sachen UBS: Sind dem Bundesverwaltungsgericht die Hände gebunden?	■ 9
<hr/>		
<b>Anwaltspraxis/Pratique du barreau</b>		
Jean A. Mirimanoff	L'orientation préalable des parties à un différend	■ 19
Christiane Fruht	Der Anwalt-Knigge	■ 27
<hr/>		
<b>Rechtsprechung/Jurisprudence</b>		
<hr/>		
<b>Rechtsetzung/Législation</b>		
<hr/>		
<b>Anwaltsrecht/Droit de l'avocat</b>		
Kaspar Schiller	Erfolgshonorare nach BGFA: Nur die Vereinbarung der reinen Beteiligung am Prozessgewinn ist verboten	■ 40
Isabel von Fliedner	Le secret professionnel de l'avocat et le blanchiment: notes de droit comparé	■ 49
<hr/>		
<b>SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux</b>		
	Der SAV teilt mit/La FSA vous informe	■ 54
<hr/>		
<b>Agenda</b>		
		■ 58

## Impressum

**Anwaltsrevue/Revue de l'avocat**  
13. Jahrgang 2010/13<sup>e</sup> année 2010  
ISSN 1422-5778

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

**Zitervorschlag/Suggestion de citation**  
Anwaltsrevue 1/2010, S. 1 ff.  
Revue de l'avocat 1/2010, p. 1 ss

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

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

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

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

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

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

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

**Preise/Prix**  
Jährlich/Annual: Fr. 198.–, € 141.–  
Studenten/Étudiants: Fr. 101.–, € 72.–  
Einzelheft/Numéro séparé: Fr. 25.–, € 18.–  
Mitglieder des SAV gratis/Membres FSA gratuit  
Alle Preise inkl. 2.4% MwSt.  
Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. / La résiliation de l'abonne-

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

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

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

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



## Editoriale

### Care colleghe e cari colleghi,

chissà quanti fra voi in questi giorni hanno archiviato (chi diligentemente e con cura in un armadio – perché non si sa mai –, chi più sbrigativamente, senza tanti complimenti, nel cestino) l'agenda 2009, per aprire quella nuova, fresca di stampa, con le pagine ancora quasi tutte immacolate, fatta eccezione per pochi appuntamenti già riportati dalla solerte segretaria. Non molti, credo. Sicuramente gli irriducibili, che andranno ripetendo – forse più per convincere sé stessi – che nulla supera l'immediatezza, la chiarezza, la praticità della buona vecchia agenda cartacea. Noialtri siamo ormai inesorabilmente passati all'agenda elettronica, che ti fa passare da un anno all'altro che nemmeno te ne accorgi (e non ti tocca di risolvere il dilemma circa il destino da riservare alla reliquia dell'anno precedente).

Il materiale cambio di agenda induceva quasi automaticamente ad una tradizionale riflessione su quanto si era o non si era fatto nell'anno trascorso ed all'enunciazione di una serie di buoni propositi per l'anno nuovo.

Anche negli uffici della FSA non mi sembra di aver visto più agende vecchia maniera. Ma c'è l'editoriale dell'Anwaltsrevue d'inizio anno a rammentarci la tradizione.

Fra le attività del 2009 appena trascorso, possiamo ricordare con soddisfazione:

- il quinto congresso, che ha segnato nuovi record, sia per numero di partecipanti (oltre 700), sia per offerta tematica (63 seminari e workshops su tre giornate);
- i programmi di formazione di avvocati specialisti (ne contiamo già 238 in 5 materie) e avvocati mediatori FSA (oltre 300, il gruppo professionale numericamente più importante fra i mediatori in Svizzera);
- sul piano politico legislativo, l'ottenimento di un'estensione della protezione del segreto professionale (che avevamo precedentemente potuto consolidare nell'ambito dell'adozione delle nuove procedure penale e civile federali, includendovi la protezione di documenti e di corrispondenza anche quando depositati presso il cliente o terzi) alle altre leggi, nelle quali la garanzia del segreto professionale è importante (legge sui cartelli, procedura amministrativa, procedura civile federale, procedura penale amministrativa, procedura penale militare) (estensione già approvata dal Consiglio nazionale ed in attesa di approvazione anche da parte del Consiglio degli Stati);
- l'istituzione del servizio di consulenza assicurativa FSA per i membri; la messa in esercizio, in tempi rapidissimi, di una help-line per cittadini statunitensi titolari di conti presso

## Editorial

### Liebe Kolleginnen und Kollegen

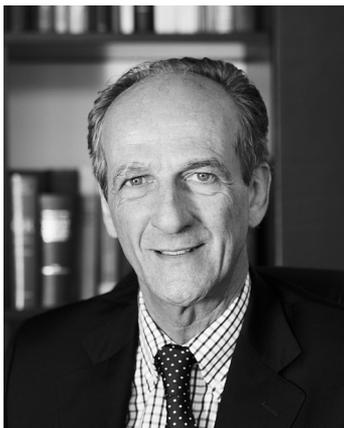
Wer weiss, wie viele unter Ihnen in diesen Tagen die Agenda 2009 archiviert haben (sorgfältig in einem Schrank – weil man ja nie weiss – oder speditiver und ohne grössere Bedenken gleich im Papierkorb), um auf die neue zuzugreifen, die sich druckfrisch mit noch fast makellosen Seiten präsentiert, mit Ausnahme allenfalls der von der fleissigen Sekretärin bereits übertragenen Termine. Vermutlich wenige. Wohl vorab jene, die unbedacht aller technischen Fortschritte an der altbewährten gedruckten Agenda festhalten wollen, da ihrer Meinung nach nichts die Verfügbarkeit, die Klarheit sowie die Benutzerfreundlichkeit der guten alten Papieragenda übertreffen kann. In unserer Kanzlei sind wir schon längst auf die elektronische Agenda umgestiegen, welche uns eher unspektakulär und unbemerkt von einem Jahr in das nächste führt.

Mit dem Verschwinden der physischen Agenda ist uns auch das Instrument verlustig gegangen, welches uns traditionsgemäss zunächst den gedanklichen Anstoss dazu gab, Revue passieren zu lassen, was wir uns zu Jahresbeginn vorgenommen haben, was im

abgelaufenen Jahr letztlich umgesetzt oder erledigt wurde, resp. was liegen geblieben ist, – um sich dann sogleich dem Versprechen einer ganzen Reihe guter Vorsätze für das neue Jahr hinzugeben. Auch in den Büros des SAV sind mir keine Agenden der alten Sorte mehr aufgefallen. Dagegen gibt es nach wie vor – jeweils zu Jahresbeginn – das Editorial der Anwaltsrevue, welches uns an diese Tradition erinnert.

Unter den Tätigkeiten im vergangenen Jahr ragen folgende hervor:

- der fünfte Anwaltskongress schlug sämtliche bisherigen Rekorde bezüglich Anzahl Teilnehmender (über 700 Weiterbildungswillige) und bezüglich Themen-Angebots (63 Seminare und Workshops, verteilt auf drei Tage);
- die zahlreichen Ausbildungsprogramme für Fachanwälte. Mit Genugtuung dürfen wir feststellen dass der SAV heute bereits 238 SAV-Fachanwältinnen und Fachanwälte, verteilt auf fünf Fachgebiete, zählt;
- ebenso erfreulich ist die Tatsache, dass der SAV im Hinblick auf die «Offizialisierung» der Mediation in den Schweizerischen Prozessrechten mit über 300 SAV-Mediatorinnen und Mediatoren gut gerüstet ist und damit im Bereich der Mediation im Vergleich zu anderen hier beteiligten Branchen zugleich die stärkste Berufsfraktion stellt;
- auf politisch gesetzgeberischer Ebene das Erreichen einer Ausdehnung des Schutzes des Berufsgeheimnisses (der in



Der neue Präsident des SAV,  
Brenno Brunoni.  
Il nuovo Presidente della FSA,  
Brenno Brunoni.

(Bild/photo: Max Veronesi)

l'UBS, in relazione alla eventuale necessità di incaricare un avvocato svizzero della tutela dei loro interessi.

Nel corso del 2009 hanno poi visto la luce nuove idee e progetti, in parte nel frattempo già avviati, in parte ancora da avviare, che sono dunque da riportare sulla nostra lista delle cose da fare nel 2010. Tutti sicuramente tanto impegnativi quanto importanti, alcuni anche ambiziosi, ma altrettanto stimolanti. Tutti con l'obiettivo di rafforzare la nostra Federazione, tanto verso l'esterno, a livello di immagine (non solo propria ma anche e soprattutto della professione), di efficacia e di visibilità e riconoscimento da parte di pubblico e autorità, quanto verso l'interno, a livello di coesione e collaborazione, nonché di servizi ai membri.

Per il primo gruppo sono da citare:

- la campagna pubblicitaria nazionale, indirizzata al grande pubblico, volta a promuovere il ricorso preventivo al consiglio di un avvocato presso coloro che non vi hanno probabilmente mai avuto a che fare e per i quali l'avvocato è colui al quale ci si rivolge per uscire da un guaio o cercare di rimediare in qualche modo;
- la recente iniziativa volta a porre rimedio al fatto che in parecchi cantoni manchino strumenti per evitare che un avvocato condannato per malversazioni in danno di clienti e radiato dal registro cantonale possa continuare a presentarsi al pubblico come avvocato, esercitando attività professionali di consulenza e rappresentanza non forense;
- l'ambizioso progetto di elaborazione (da parte della FSA stessa) di una legge federale sull'avvocatura che permetta, nel solco di quanto si è fatto – ma purtroppo solo parzialmente – con la LLCA, di coprire, regolandolo, tutto il campo di attività dell'avvocato, dunque non solo l'attività di monopolio, ma anche quella di consulenza e rappresentanza non forense e di uniformare, a livello nazionale, condizioni e presupposti per l'ottenimento e la revoca del brevetto di avvocato (inteso come autorizzazione di polizia all'esercizio della professione sotto questo titolo).

Per il secondo gruppo:

- l'intensificazione di contatti con le realtà cantonali, sia promuovendo il dialogo e lo scambio di opinioni con i consigli degli ordini/associazioni cantonali, sia proseguendo con i colloqui con avvocati di studi di varie dimensioni nelle diverse regioni del Paese;
- la creazione di una tessera di identificazione FSA da mettere, a costi ragionevoli, a disposizione di ciascun membro, la quale conterrà, oltre alla fotografia, alle generalità ed all'indicazione dell'ordine di appartenenza, un microchip sul quale potranno essere caricate la firma elettronica del titolare e la sua identificazione professionale. In particolare quest'ultima sarà, per il detentore, la chiave di accesso che gli permetterà in un futuro non più molto lontano, di accedere elettronicamente ai documenti amministrativi e processuali delle procedure da lui seguite nei diversi tribunali, senza doversi quindi spostare dal proprio ufficio e senza necessità di trasmissione fi-

den Schweizerischen Prozessrechten verankerte absolute Geheimnisschutz gemäss Art. 13 BGFA und der uneingeschränkte Schutz sämtlicher anwaltlichen Dokumente unabhängig des Zeitpunktes der Erstellung und des Ortes, wo sich diese befinden, sei es beim Klienten oder etwa bei Dritten) auf alle Verfahrensrechte des Bundes (Kartellgesetz, Verwaltungsverfahren, Bundeszivilprozess, Verwaltungsstrafrecht, Militärstrafrecht). Der Nationalrat hat eine dahingehende Motion bereits oppositionslos an den Ständerat überwiesen, welcher voraussichtlich im Frühling 2010 darüber debattieren wird;

- im Bereiche der Dienstleistungen die Errichtung des Dienstes «Service-SAV» für Versicherungsfragen und die sehr kurzfristige Inbetriebnahme einer Helpline für UBS-Konteninhaber aus den USA, mit der Möglichkeit, eine Schweizer Anwältin, einen Schweizer Anwalt zum Schutze ihrer Interessen beizuziehen.

Im Verlauf des Jahres 2009 sind sodann neue Ideen und Projekte entstanden, die zum Teil bereits angelaufen und zum Teil noch anzupacken, sprich auf die «to-do-list» für das Jahr 2010 zu übertragen sind. Sie sind allesamt wichtig und herausfordernd zugleich, einige sind gar ehrgeizig und dadurch nicht minder reizvoll, aber auch stets mit dem Ziel verbunden, unseren Verband zu stärken, sowohl nach aussen – auf der Ebene des Erscheinungsbildes (des eigenen und des Anwaltsberufes generell), der Leistungsfähigkeit, der Wahrnehmung durch die Öffentlichkeit und die Behörden – als auch nach innen, auf der Ebene des Zusammenhaltens und der Zusammenarbeit sowie der Dienstleistung zugunsten unserer Mitglieder.

In diesem Zusammenhang zu erwähnen sind insbesondere:

- die nationale Werbekampagne, die darauf abzielt, das präventive Einholen des Rates eines Anwalts zu fördern, namentlich gegenüber denjenigen, die in ihrem Leben wahrscheinlich noch nie etwas mit einem Anwalt zu tun gehabt haben, und für welche der Anwalt derjenige ist, den man aufsucht, wenn es «brennt», wenn man sich aus einer schwierigen Situation retten oder zumindest einen einigermaßen guten Ausweg finden möchte;
- der neuerliche Vorstoss, der darauf abzielt, das Problem zu lösen, dass in verschiedenen Kantonen keine gesetzliche Grundlage besteht, um zu verhindern, dass ein Anwalt, der wegen strafbarer Handlungen zu Lasten von Klienten verurteilt und aus dem kantonalen Register gestrichen worden ist, sich in der Öffentlichkeit weiterhin als Rechtsanwalt darstellen kann und berufliche Beratungs- und Vertretungstätigkeiten im ausserforensischen Bereich ausüben kann;
- das ehrgeizige Projekt des Vorentwurfs eines eidgenössischen Anwaltsgesetzes, welches im Unterschied zum den Anwaltsberuf leider nur unvollständig umfassenden BGFA das gesamte Tätigkeitsgebiet des Anwalts, also nicht nur die Monopoltätigkeit, sondern auch die Beratung und die aussergerichtliche Vertretung abdecken und u.a. auch die Voraussetzungen und Bedingungen für die Erteilung und den Entzug des Anwaltspatents (im Sinne einer Polizeibewilligung zur

sica dei relativi documenti, di consultare pubblici registri a pubblicità limitata, di inviare ad autorità, colleghi e terzi documenti cifrati e firmati elettronicamente.

Il buon proposito e l'augurio che ci devono accompagnare in questo 2010 appena iniziato, sono di impegnarci e di riuscire tutti ad unire i nostri sforzi, remando nella stessa direzione, nel rispetto delle diverse sensibilità e culture regionali e cantonali, con giusta attenzione da parte dei nostri organismi centrali (ed anche delle entità cantonali, reciprocamente), alla salvaguardia di queste ultime e delle diversità che ne derivano, quando ciò è possibile senza pregiudicare gli interessi comuni, ma nel contempo con la disponibilità degli organismi locali a rinunciare a talune peculiarità, fors'anche di lunga tradizione, ma non oggettivamente irrinunciabili, quando questo può giovare al raggiungimento di obiettivi ed al coronamento di progetti di interesse nazionale.

Noi lavoreremo con impegno per il raggiungimento dei citati obiettivi e ci auguriamo, comunque fiduciosi, di avere successo.

Da parte mia auguro a tutti voi un prospero anno, ricco di soddisfazioni, sia professionali sia personali.

Il Vostro Presidente, Brenno Brunoni

Ausübung des Berufs unter diesem Titel) auf eidgenössischer Ebene einheitlich regeln soll;

- der Ausbau der Kontakte zu den kantonalen Sektionen und den Mitgliedern sowohl mittels Förderung des Dialogs und des Meinungsaustausches mit den Vorständen der kantonalen Vereine/Kammern, als auch mittels Intensivierung lokaler Gespräche mit Anwältinnen und Anwälten aus Kanzleien unterschiedlicher Grössen in den verschiedenen Regionen des Landes;
- das Erstellen eines SAV-Mitgliederausweises, der zu vernünftigen Kosten jedem Mitglied zur Verfügung zu stellen ist und, abgesehen von Foto, Personalien und Angabe des betreffenden kantonalen Verbandes bzw. der Kammer, einen Mikrochip enthalten wird, auf welchen das qualifizierte Zertifikat, das den Zugang zum elektronischen Rechtsverkehr ermöglichen soll, und die berufliche Identifikation aufgeladen werden können. Namentlich letztere wird für den Besitzer der Schlüssel sein, der es ihm, in nicht allzu ferner Zukunft, ermöglichen wird, von seinem Arbeitsplatz aus elektronisch auf öffentliche Register, Verwaltungsunterlagen und Gerichtsakten der von ihm betreuten Verfahren Zugriff zu erhalten. Anwältinnen und Anwälten wird dadurch auch ermöglicht, verschlüsselte und elektronisch unterzeichnete Dokumente an Behörden, Kollegen und Dritte zu senden.

Im Jahr 2010 sollen uns der gute Vorsatz und der frohe Wunsch begleiten, dass wir alle unsere Kräfte bündeln und in die gleiche Richtung rudern. Dies immer mit der nötigen Sensibilität und Sorge gegenüber den regionalen und kantonalen Gefühlen und Kulturen. Auf besondere Eigenheiten sollte nur dann verzichtet werden, wenn dies zum Schutze gemeinsamer nationaler Interessen und Ziele nötig ist: wenn wir – um beim Bild des Ruderers zu bleiben – Gefahr laufen, vor lauter kantonalen Besonderheiten Schiffbruch zu erleiden und damit unser gemeinsames Ziel zu verfehlen.

Wir werden uns für das Erreichen der erwähnten Ziele einsetzen und wünschen uns voller Zuversicht, dabei erfolgreich zu sein.

Meinerseits wünsche ich Ihnen allen sowohl beruflich als auch privat ein blühendes und befriedigendes neues Jahr.

Ihr Präsident Brenno Brunoni

P.S.: L'année prochaine en français!







Bernhard Lötscher\* und Axel Buhr\*\*

## Abkommen Schweiz–USA in Sachen UBS: Sind dem Bundesverwaltungsgericht die Hände gebunden?

**Stichworte:** Amtshilfe in Sachen UBS, Abkommen Schweiz-USA, Auslegung, Kognition, Beschwerdeverfahren

Im Amtshilfeverfahren in Sachen UBS AG hat die Eidgenössische Steuerverwaltung die ersten Schlussverfügungen erlassen. Diese Verfügungen stellen in materieller Hinsicht hauptsächlich auf die Kriterien im Anhang zum Abkommen Schweiz–USA vom 19. August 2009 ab; bei Vorliegen eines Sachverhaltes, der sich unter diesen Kriterienkatalog subsumieren lässt, vertritt die Eidgenössische Steuerverwaltung die Auffassung, es sei das Amtshilfegesuch der USA gutzuheissen. Dies gilt insbesondere auch für Fälle der fortgesetzten Hinterziehung grosser Steuerbeträge gemäss Definition im Anhang zum Abkommen. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob das Bundesverwaltungsgericht die Übereinstimmung des Kriterienkatalogs mit dem geltenden Recht, insbesondere mit der Amtshilfeklausel des bestehenden Doppelbesteuerungsabkommens Schweiz–USA (Art. 26) auf Beschwerde hin überprüfen kann. Der vorliegende Beitrag legt dar, dass dem Bundesverwaltungsgericht – entgegen verbreiteter Ansicht – diesbezüglich volle Kognition zukommt.

### I. Einleitende Bemerkungen

#### A. Allgemeines zum UBS-Abkommen

1. Am 19. Februar 2009 beantragte der U.S.-amerikanische *Internal Revenue Service* (IRS) vor dem *United States District Court of the Southern District of Florida* die Durchführung eines *John Doe Summons*-Verfahrens, das die Offenlegung von bis zu 52 000 Konten der UBS AG zum Ziel hatte. Da das Schweizer Bankgeheimnis nach Art. 47 Abs. 1 BankG<sup>1</sup> der UBS AG und ihre Angestellten bei Strafandrohung die Preisgabe bestehender Kundenbeziehungen im Verhältnis zu ausländischen Behörden untersagt, fand sich die Bank in einem nicht auflösbaren Konflikt zwischen der Schweizer und der amerikanischen Rechtsordnung gefangen.

2. Am 19. August 2009 legten die Schweiz und die Vereinigten Staaten den Konflikt mit dem «*Agreement between the Swiss Confederation and the United States of America on the request*

\* Lic. iur., Rechtsanwalt und Partner bei CMS von Erlach Henrici AG in Zürich.

\*\* Dr. iur., Rechtsanwalt (RAK Karlsruhe) bei CMS von Erlach Henrici AG in Zürich.

Die Autoren vertreten ehemalige UBS-Kunden im Amtshilfeverfahren der Eidgenössischen Steuerverwaltung.

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG, SR 952.0).

for information from the Internal Revenue Services of the United States of America regarding UBS AG, a corporation established under the laws of the Swiss Confederation», bei.<sup>2</sup>

3. In Art. 3 des UBS-Abkommens verpflichteten sich die USA, den Antrag zur Durchführung des *John Doe Summons*-Verfahrens («*enforcement action*») zurückzuziehen und es zu unterlassen, weitere gleichartige, gegen die UBS AG gerichtete Anträge einzureichen.

4. Die Schweiz verpflichtete sich im Gegenzug, «[to] process, pursuant to the existing Tax Treaty,<sup>[3]</sup> a request by the United States for information regarding US clients of UBS AG, incorporating the criteria set forth in the Annex to this Agreement (the *Treaty Request*)» (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 des UBS-Abkommens).

5. Bei Vertragsschluss schätzten die Vertragsparteien, dass die Anzahl der die Kriterien des Anhangs zum UBS-Abkommen erfüllenden und damit unter das Amtshilfegesuch fallenden, laufenden oder saldierten UBS-Konten ungefähr 4450 betragen würde (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 des UBS-Abkommens). Art. 1 Abs. 2 des UBS-Abkommens gibt als Ziel vor, in den ersten 500 Verfahren binnen 90 Tagen und in allen übrigen innert eines Zeitraums von höchstens 360 Tagen nach Gesuchstellung die Schlussverfügungen zu erlassen, also erstinstanzlich über die Gewährung der Verweigerung der Amtshilfe im Einzelfall auf Verwaltungsebene zu entscheiden (Art. 1 Abs. 2 des UBS-Abkommens).<sup>4</sup>

2 Eine Kopie des Originalvertrags ist online unter <http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/fallubs.Par.0007.File.tmlabkommen-e.pdf> verfügbar. Die deutsche Übersetzung ist in SR 0.672.933.612 publiziert. Im Folgenden wird das Abkommen abgekürzt als «UBS-Abkommen» bezeichnet. Verweise beziehen sich, wenn nicht anders angegeben, auf die allein verbindliche englische Sprachfassung.

3 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen (SR 0.672.933.61). Das Doppelbesteuerungsabkommen ist seit 19. Dezember 1997 in Kraft. Im Folgenden wird die Abkürzung «DBA CH–USA» verwendet.

4 Um die hierzu notwendige Mitwirkung der UBS AG sicherzustellen, hat sich diese in einem Parallelabkommen vom 19. August 2009 gegenüber dem IRS zur entsprechenden Kooperation verpflichtet. Auf dieses separate Abkommen nimmt Art. 4 des UBS-Abkommens Bezug. Der Text des *Settlement Agreement* ist online unter <http://www.justice.gov/opa/documents/bank-agreement-consent.pdf> verfügbar.

6. Die Parteien vereinbarten zudem in Art. 2 des UBS-Abkommens, die revidierte Fassung des geltenden DBA CH–USA *schnellstmöglich* zu unterzeichnen und zu ratifizieren.<sup>5</sup>

7. Um das laufende freiwillige Offenlegungsprogramm («*voluntary disclosure program*») des IRS zu unterstützen und eine möglichst hohe Zahl der nach US-Recht steuerpflichtigen UBS-Kunden zur Selbstanzeige zu bewegen, kamen die Vertragsparteien schliesslich überein, die Kriterien des Anhangs für die ersten 90 Tage nach Vertragsschluss geheim zu halten.<sup>6</sup> Dementsprechend wurde der Annex des UBS-Abkommens erst am 17. November 2009 veröffentlicht.<sup>7</sup>

8. Mit unanfechtbarer Verfügung vom 1. September 2009 forderte die ESTV die UBS AG auf, «*von sämtlichen Kunden, die in eine der im Anhang zum Staatsvertrag [vom 19. August 2009] genannten Kategorien [...] fallen, die vollständigen Dossiers mit den zur Beurteilung erforderlichen Unterlagen herauszugeben [...]*».<sup>8</sup>

## B. Meinungsstand zur Kognition des Bundesverwaltungsgerichts mit Bezug auf den Annex zum UBS-Abkommen

9. Die individuellen Schlussverfügungen der ESTV werden gestützt auf Art. 20j Abs. 1 der Verordnung zum schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 2. Oktober 1996 erlassen.<sup>9</sup> Gegen Schlussverfügungen nach Art. 20j VO-DBA ist gemäss Art. 20k Abs. 1 VO-DBA i.V.m. Art. 31 VGG<sup>10</sup> und Art. 5 VwVG<sup>11</sup> die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht gegeben.

10. Nach Art. 49 lit. a VwVG kann der Beschwerdeführer die «*Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung*

oder *Missbrauch des Ermessens*» rügen. Teil des massgeblichen Bundesrechts ist das Staatsvertragsrecht.<sup>12</sup> Den Beschwerdegründen nach Art. 49 VwVG entspricht grundsätzlich, als prozessuales Spiegelbild, eine Überprüfungsbefugnis (Kognition) des Bundesverwaltungsgerichts gleichen Umfangs.<sup>13</sup>

11. Vorfrageweise hat das Bundesverwaltungsgericht auch Verletzungen von höherrangigem Recht durch untergeordnetes Bundesrecht zu prüfen. Grenzen dieser Prüfungsbefugnis ergeben sich jedoch aus der Bundesverfassung.<sup>14</sup> Nach Art. 5 Abs. 4 BV beachten Bund und Kantone das Bundesrecht, nach Art. 190 BV sind «*Bundesgesetze und Völkerrecht [...] für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend*».

12. Bundesgesetze und Völkerrecht hat das Bundesverwaltungsgericht praxisgemäss selbst dann anzuwenden, wenn es diese für verfassungswidrig hält.<sup>15</sup> Völkerrechtliche Verträge sind grundsätzlich nicht überprüfbar, unabhängig davon, ob sie vom Bundesrat selbständig geschlossen worden sind oder der Abschluss von der Bundesversammlung oder durch das Volk genehmigt worden ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt, dass eine Verletzung der innerstaatlichen Kompetenzordnung nicht geeignet ist, einem Staatsvertrag die Anwendung zu versagen.<sup>16</sup> Selbst eine Missachtung des Genehmigungserfordernisses ändert daher nichts an der Bindung des Bundesverwaltungsgerichts an in Kraft stehendes Völkervertragsrecht.

13. Die geschilderten Grenzen der Kognition des Bundesverwaltungsgerichts mit Bezug auf das Völkerrecht finden in der Literatur überwiegend Anerkennung.<sup>17</sup> Auch *Thomas Cottier* und *René Matteotti* kommen in einem Gutachten vom 31. Oktober 2009 zu den Grundlagen und der innerstaatlichen Anwendbarkeit des UBS-Abkommens zu dem Ergebnis, dass die Anwendung des UBS-Abkommens selbst dann nicht versagt werden dürfe, wenn das UBS-Abkommen unter Verstoss gegen die innerstaatliche Kompetenzordnung geschlossen wurde.<sup>18, 19</sup>

5 Die Schweiz hat das Protokoll zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens mit den Vereinigten Staaten von Amerika am 23. September 2009 unterzeichnet. Ein Vorabdruck der Botschaft über die Genehmigung eines Protokolls zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens mit den Vereinigten Staaten von Amerika wurde am 27. November 2009 unter <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00570/01613/index.html?lang=de&download=M3wBUQCu8ulmKDu36WenojQ1NTTjaXZnqWfVpZLhmfhnappmmc7Zi6rZnqCkklN5gn2CbKbXrZ2lhtTN34al3p6YrY7P1oah162apo3X1cjYh2+hoJVn6w> publiziert.

6 Vgl. Art. 6 des UBS-Abkommens.

7 Zu dem Umstand, dass die Geheimhaltung mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbar ist, siehe bereits BERNHARD LÖTSCHER, Beschönigte Realitäten im Abkommen Schweiz–USA, Wie der Vertrag in Sachen UBS Schweizer Recht verletzt, NZZ vom 17. September 2009.

8 Siehe Absatz 2 der Editionsverfügung. Die Unanfechtbarkeit wird in der abschliessenden «Rechtsmittelbelehrung» festgestellt. Der Text der Editionsverfügung ist online unter [http://www.estv.admin.ch/00977/index.html?lang=en&download=NHzLpZeg7t,lnp6l0NTU042lZ26ln1ad1lZn4ZzqZpnO2Yuuq2Z6gpJCDdoF2e2ym162epYbg2c\\_JKbNoKSn6A](http://www.estv.admin.ch/00977/index.html?lang=en&download=NHzLpZeg7t,lnp6l0NTU042lZ26ln1ad1lZn4ZzqZpnO2Yuuq2Z6gpJCDdoF2e2ym162epYbg2c_JKbNoKSn6A) verfügbar.

9 SR 672.933.61. Die Verordnung vom 15. Juni 1998 ist rückwirkend zum 1. Februar 1998 in Kraft getreten. Im Folgenden wird die Abkürzung «VO-DBA» verwendet.

10 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32).

11 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR172.021).

12 BGE 131 II 366 E. 2; BGE 130 I 318 E. 1.2; BGE 129 II 188 E. 3.4 mit weiteren Hinweisen.

13 ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozedieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N. 2.149.

14 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

15 BVGer, Urteil vom 19. September 2007, A-1723/2006 E. 3.4.1 mit weiteren Verweisen auf die eigene Rechtsprechung.

16 BGE 120 Ib 360 E. 2 f.

17 BENJAMIN SCHINDLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Art. 49 N. 23; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 2.175; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl. Zürich 1998, N. 641 ff.; YVO HANGARTNER, in: Bernhard Ehrenzeller/Philipp Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallander (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 2. Aufl. St. Gallen 2008, Art. 190 N. 19.

18 THOMAS COTTIER/RENÉ MATTEOTTI, Die Amtshilfevereinbarung zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 19. August 2009 (UBS-Abkommen): Grundlagen und innerstaatliche Anwendbarkeit, 31. Oktober 2009, verfügbar online unter <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/fallubs.Par.0022>.

14. Insoweit abweichender Meinung ist offenbar Robert Waldburger:<sup>20</sup> Das Bundesverwaltungsgericht könne «auch die Frage, ob der Staatsvertrag vom 19.8.09 rechtmässig ist, in freier Kognition prüfen».<sup>21</sup> Diesbezüglich sei «kein Grund ersichtlich, weshalb sich das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall Beschränkungen [...] auferlegen sollte».<sup>22</sup>

Art. 190 BV sei gegebenenfalls teleologisch zu reduzieren:

«Ebenso wenig wird in der Literatur die Frage aufgeworfen, ob Art. 190 BV im Lichte von Sinn und Zweck dieser Bestimmung nicht teleologisch reduziert werden kann, das entweder zwingendes Gewohnheitsrecht darstellt, oder das in vom Parlament genehmigten völkerrechtlichen Verträgen, nicht aber auf [sic!] lediglich vom Bundesrat abgeschlossenen Verträgen enthalten ist. Der Sinn von Art. 190 BV liegt nämlich darin, abgeleitet aus dem Demokratieprinzip, die höchste Entscheidungsbefugnis nicht den Gerichten, sondern dem vom Volk gewählten Parlament, bzw. über das Instrument des Referendums dem Volk selber zuzuerkennen.»<sup>23</sup>

15. Sollte das Bundesverwaltungsgericht an seiner bisherigen Praxis zur Verbindlichkeit des Völkerrechts festhalten, bliebe es – so Robert Waldburger – «bei der Feststellung, dass der Staatsvertrag vom 19.8.09 für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich ist, und das Gericht könnte einzig überprüfen, ob die Schlussverfügungen der Eidg. Steuerverwaltung mit den Vorgaben in diesem Staatsvertrag vereinbar sind oder nicht».<sup>24</sup>

16. Thomas Cottier und René Matteotti vertreten, wie erwähnt, die Ansicht: «Eine Prüfung der Konformität des UBS-Abkommens [...] ist nicht erforderlich und würde der VRK<sup>[25]</sup> sowie Art. 190 BV widersprechen».<sup>26</sup>

*File.tmp/gutachten-grundlagen-d.pdf*, Das Gutachten wurde zuhänden des Bundesamtes für Justiz gefertigt. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang unter anderem, dass – ausweislich der Fussnote 1 des Gutachtens – der Auftrag durch das Bundesamt für Justiz erst am 21. August 2009, und damit zwei Tage nach Unterzeichnung des UBS-Abkommens, erteilt wurde. Es erstaunt, dass die Bundesverwaltung über die Grundlagen und Konsequenzen ihres Tuns erst *post festum* Expertenrat gesucht hat.

19 Mit den Ausführungen der Gutachter COTTIER und MATTEOTTI zum Inhalt und – im Ergebnis – zur Kognition des Bundesverwaltungsgerichts hinsichtlich Übereinstimmung des Anhangs zum UBS-Abkommen mit Art. 26 DBA CH–USA gehen die Autoren des vorliegenden Aufsatzes freilich nicht einig (vgl. Rz. 40 ff. hiernach).

20 Robert Waldburger, Arbeitspapier zur Rechtsnatur des Vertrags zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten i. S. Amtshilfe UBS-Kunden vom 19. August 2009 («Staatsvertrag vom 19.8.09»), unter besonderer Berücksichtigung der Frage der Bindungswirkung dieses Vertrags für das Bundesverwaltungsgericht bei dessen Prüfung von Schlussverfügungen der Eidg. Steuerverwaltung, online verfügbar unter <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/fallubs.Par.0023.File.tmp/arbeitspapier-rechtsnatur-d.pdf>.

21 WALDBURGER, N. 4 des Gutachtens.

22 WALDBURGER, Fn. 3 des Gutachtens.

23 WALDBURGER, N. 16 des Gutachtens.

24 WALDBURGER, N. 16 des Gutachtens.

25 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (SR 0.111).

26 COTTIER/MATTEOTTI, N. 186 des Gutachtens.

Sie setzen dabei voraus, dass den Kriterien gemäss Anhang zum UBS-Abkommen eine doppelte Funktion zukommt.<sup>27</sup>

«Die Kriterien des Annexes bestimmen einerseits, wann das Erfordernis der Identifikation einer Person für ein Amtshilfegesuch erfüllt ist, andererseits, unter welchen Voraussetzungen ein «Steuerbetrug und dergleichen» vorliegt. Sowohl Verfahren wie materielle Kriterien bilden entscheidende Elemente in der Anwendung.»

17. Die Gutachter halten den Annex des UBS-Abkommens für die massgebliche Rechtsquelle, nach der sich die Begründetheit der Amtshilfeverfahren richtet und auf die sich die Schlussverfügungen der ESTV materiell stützen:<sup>28</sup>

«Der Annex bildet mit anderen Worten die Rechtsgrundlage für das Amtshilfeverfahren. Die Verfügungen der ESTV nach Art. 20j VO-DBA-USA müssen gestützt auf diese massgeblichen Kriterien erlassen werden.»

18. Das geltende DBA CH–USA dürfe «als Folge der Qualifikation des UBS-Abkommens als *lex posterior* und *lex specialis* nur dann herangezogen werden, wenn die Bestimmungen des Annexes zum UBS-Abkommens im konkreten Einzelfall nicht einschlägig sind».<sup>29</sup> Thomas Cottier und René Matteotti zufolge ergibt sich daraus zwingend, «dass beim Erlass von Verfügungen nicht geprüft werden darf, ob die Bestimmungen des UBS-Abkommens mit Art. 26 DBA-USA konform sind».<sup>30</sup>

19. Im Ergebnis könne das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren mithin lediglich prüfen, «ob die Bestimmungen des Annexes des UBS-Abkommens durch die ESTV korrekt angewendet wurden oder nicht».<sup>31</sup> Allein dabei komme den Gerichten eine «volle Kognition» zu.

## C. Problemstellung

20. In ihrer gemeinsamen Verlautbarung vom 19. August 2009 führten EJPd, EDA und EFD als Pluspunkte der erzielten Verhandlungslösung unter anderem an:

«Sie wahrt die Schweizer Rechtsordnung, indem Kundeninformationen ausschliesslich auf dem staatsrechtlich vereinbarten Weg der Amtshilfe an die USA übermittelt werden dürfen.

Der vom schweizerischen Recht vorgesehene Rechtsschutz der Betroffenen (Beschwerderecht) bleibt erhalten, da das bestehende Verfahrensrecht nicht geändert wird.»<sup>32</sup>

27 COTTIER/MATTEOTTI, N. 129 des Gutachtens.

28 COTTIER/MATTEOTTI, N. 130 des Gutachtens.

29 COTTIER/MATTEOTTI, N. 131 des Gutachtens.

30 COTTIER/MATTEOTTI, N. 132 des Gutachtens.

31 COTTIER/MATTEOTTI, N. 142 des Gutachtens.

32 Medienrohstoff vom 19. August 2009, Abkommen Schweiz-USA in Sachen UBS: Eckwerte und Erläuterungen, online verfügbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/fallubs.Par.0012.File.tmp/rohstoff-d.pdf>, S. 2.

21. Dies wäre aber höchstens die halbe Wahrheit, folgte man den oben resümierten Meinungen. Durch die detaillierte Definition der Tatbestandselemente von «Steuerbetrug und dergleichen» im UBS-Abkommen wäre das Bundesverwaltungsgericht jedes vernünftigen Beurteilungsspielraumes beraubt. In den Fällen vermuteter schwerer Steuerwiderhandlung, die den Löwenanteil der vom Amtshilfesuch betroffenen Dossiers ausmachen,<sup>33</sup> müsste sich das Gericht gar damit begnügen, mit dem Rechenschieber nachzuvollziehen, ob die im Anhang zum UBS-Abkommen genannten Schwellenwerte erreicht sind oder nicht. Rechtsfragen stellten sich keine mehr. Die Verkürzung der Prüfungsbefugnisse der Beschwerdeinstanz im Amtshilfeverfahren würde darüber hinaus (jedenfalls einstweilen) bloss zum Nachteil von UBS-Kunden gelten.<sup>34</sup>

22. Auffallend ist, dass die Prämisse, das UBS-Abkommen stelle materielle Kriterien für die Beurteilung der Frage auf, welche Verhaltensweisen als amtshilfefähiger Steuerbetrug und dergleichen zu gelten hätten, in den bisher publizierten Gutachten unbelegt bleibt. Sie ist aber von fundamentaler Bedeutung. Der vorliegende Artikel rückt diese Prämisse deshalb ins Zentrum der Untersuchung. Die Frage lautet: Hat die Schweiz mit den Vereinigten Staaten von Amerika im UBS-Abkommen vom 19. August 2009 wirklich materielle Kriterien für die Beurteilung des US-Amtshilfesuchs festgelegt?

23. Diese Frage soll im Folgenden in zwei Schritten untersucht und beantwortet werden. In einem ersten Schritt sind die Rechtsgrundlage und die Natur des UBS-Abkommens sowie – daraus folgend – der mögliche Regelungsgegenstand dieses Abkommens zu bestimmen. Es geht dabei um die Frage, ob ein Vertrag von der Art des UBS-Abkommens überhaupt Bestimmungen zur Definition des Tatbestandes von «Steuerbetrug und dergleichen» ausserhalb des von Art. 26 DBA CH–USA gesetzten Rahmens enthalten kann.

24. In einem zweiten Schritt ist der Inhalt der Verpflichtung, die die Schweiz in Art. 1 des UBS-Abkommens eingegangen ist, durch Auslegung zu ermitteln. Dabei lautet die Frage, ob das UBS-Abkommen tatsächlich eine Verpflichtung der Schweiz dahin begründet, das Amtshilfesuch in all jenen Fällen als materiell begründet gutzuheissen, in welchen die Kriterien gemäss Anhang erfüllt sind.

## II. Zum möglichen Regelungsgegenstand eines Vertrags von der Art des UBS-Abkommens

25. Die Frage, ob die materiellen Anforderungen zur Gewährung von Amtshilfe, wie sie in Art. 26 DBA CH–USA und dem da-

zugehörigen Protokoll festgelegt sind,<sup>35</sup> abgeändert werden konnten, ist aus völkerrechtlicher Sicht und aus innerstaatlicher Perspektive gesondert zu prüfen.

### A. Völkerrechtliche Überlegungen

26. Nach der Präambel des UBS-Abkommens haben die Vertragsparteien die Vereinbarung «*pursuant to Articles 25 and 26 of the Tax Treaty*» geschlossen. Während Art. 26 DBA CH–USA die formellen und materiellen Voraussetzungen des Informationsaustausches zum Gegenstand hat, regelt Art. 25 DBA CH–USA das Verständigungsverfahren, mit dem die Vertragsparteien unter anderem «*Schwierigkeiten oder Zweifel, die bei der Auslegung oder Anwendung dieses Abkommens entstehen, in gegenseitigem Einvernehmen [...] beseitigen*» wollen (Art. 25 Abs. 3 DBA CH–USA). Gemäss englischem Text soll das Verständigungsverfahren («*Mutual Agreement Procedure*») dazu dienen, «*to resolve by mutual agreement any difficulties or doubts arising as to the interpretation or application of the Convention*».

27. Thomas Cottier und René Matteotti sind der Auffassung, die Vertragsparteien seien «*im Rahmen von Verständigungsvereinbarungen in Bezug auf die Bewältigung eines konkreten Falles somit nicht nur zur Abkommensauslegung, sondern auch zur Abkommensergänzung befugt*». <sup>36</sup> Sie berufen sich dabei massgeblich auf die von der OECD herausgegebene Kommentierung zu Art. 25 des OECD-Musterabkommens zur Vermeidung von Doppelbesteuerung.<sup>37</sup>

28. Zutreffend ist, dass diese Kommentierung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wegleitend für die Interpretation von dem Musterabkommen entsprechenden Vertragsbestimmungen ist; eine «*Lösung für Abkommen, die dem Musterabkommen nachgebildet sind*» müsse möglichst «*mit dem OECD-Kommentar im Einklang stehen*». <sup>38</sup>

29. Wie sich aus der Botschaft zum DBA CH–USA ergibt, folgt dieses Vertragswerk aber lediglich im Aufbau dem Muster des OECD-Abkommens.<sup>39</sup> Inhaltlich weicht es davon in wesentlichen Belangen ab. Der allgemeinen amerikanischen Abkommenspolitik entsprechend richtet es nach einem eigenen *model treaty*.<sup>40</sup>

35 Vgl. Ziffer 10 des Protokolls zum DBA CH–USA vom 2. Oktober 1996.

36 COTTIER/MATTEOTTI, N. 59 des Gutachtens.

37 Der Kommentar mit dem Stand von 2008 ist online unter <http://www.oecd.org/dataoecd/15/51/43324465.pdf> in englischer Sprache verfügbar.

38 BGer, Urteil vom 6. Mai 2008, 2C\_276/2007 E. 5.3.

39 Botschaft über ein Doppelbesteuerungsabkommen mit den Vereinigten Staaten von Amerika vom 10. März 1997, BBl 1997 II 1085 (1086): «Das neue Abkommen folgt in seinem Aufbau dem Musterabkommen der Organisation für wirtschaftliche Entwicklung und Zusammenarbeit (OECD), enthält jedoch aufgrund der Besonderheiten des amerikanischen Steuerrechts zahlreiche materiell bedeutsame Abweichungen und Sondervorschriften, die sich teilweise bereits im geltenden Abkommen finden und die der ständigen neueren Abkommenspraxis der USA entsprechen».

40 KLAUS VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Deventer/Boston 1991, Introduction, N. 21.

33 Gemäss NZZ-Artikel «Die ersten 400 Verfügungen sind zum Versand bereit – Bundesbehörden liefern Details zur Auslieferung von UBS-Kunden» vom 18. November 2009 sind 4200 der 4450 betroffenen Dossiers Fälle vermuteter schwerer Steuerwiderhandlung.

34 Siehe dazu unten Rz. 65 f.

Es ist daher durchaus fraglich, ob die Kommentierung zum OECD-Musterabkommen überhaupt taugliche Hinweise dafür liefern kann, was unter dem DBA CH–USA Inhalt einer Verständigungsvereinbarung sein kann.

30. Letztlich kann dies aber dahingestellt bleiben, denn auch nach der Kommentierung zu Art. 25 des OECD-Musterabkommens soll das Verständigungsverfahren nur dazu dienen, unvollständige oder nicht eindeutige Begriffe, die im Abkommen Verwendung finden, im nachhinein zu ergänzen oder klarzustellen, um so etwaigen Anwendungsproblemen im Einzelfall vorzubeugen.<sup>41</sup> Den Schluss, eine entsprechende Verständigungsvereinbarung könne «nicht nur zur Abkommensauslegung, sondern auch zur Abkommensergänzung und Lückenfüllung» dienen,<sup>42</sup> unterstützt die OECD-Komentierung dagegen ersichtlich nicht.

31. Keinesfalls handelt es sich zudem nur mehr um die blosser Beseitigung von Schwierigkeiten oder Zweifeln über die Auslegung und Anwendung des DBA CH–USA, wenn die Definition der amtshilfefähigen Widerhandlungen (also die massgeblichen Tatbestände an sich und mithin der Kerngehalt der Bestimmung) neu gefasst und erweitert wird. Dies muss umso mehr gelten, wenn die Neufassung – wie von den oben zitierten Gutachtern angenommen – alleinige Massgeblichkeit für sich beansprucht, also den bisherigen Tatbestand gleichsam verdrängt.<sup>43</sup>

## B. Innerstaatliche Schranken

32. Seitens der Schweiz wurde das UBS-Abkommen vom *Chargé d'Affaires a.i.* der schweizerischen Botschaft in Washington im Auftrag des Bundesrates unterzeichnet. Eine Einbindung der Bundesversammlung hatte nicht stattgefunden. Fraglich ist, ob die Abänderung der materiellen Abkommensbestimmungen zur Amtshilfe auf diese Weise ohne Verstoss gegen die innerstaatliche schweizerische Kompetenzordnung hätte vereinbart werden können.

33. Nach Art. 166 Abs. 2 BV genehmigt die Bundesversammlung die völkerrechtlichen Verträge. Von der Genehmigungspflicht des Art. 166 Abs. 2 BV ausgenommen sind nach seinem zweiten Halbsatz «Verträge, für deren Abschluss auf Grund von Gesetz oder völkerrechtlichem Vertrag der Bundesrat zuständig ist». Dementsprechend darf der Bundesrat nach Art. 7a Abs. 2 RVOG<sup>44</sup> Staatsverträge mit beschränkter Tragweite selbständig

abschliessen. Art. 7a Abs. 2 lit. a und b RVOG nennen unter anderen Verträge, die «für die Schweiz keine neuen Pflichten begründen oder keinen Verzicht auf bestehende Rechte zur Folge haben» oder «dem Vollzug von Verträgen dienen, die von der Bundesversammlung genehmigt worden sind».

34. Eine Erweiterung oder auch nur die Änderung der materiellen Amtshilfekriterien begründet aber unvermeidlich neue Pflichten zum Informationsaustausch oder hat – im Falle der Eingrenzung der Amtshilfe – den Verzicht auf bestehende Rechte zur Folge. Zudem kann die Ersetzung der betreffenden Abkommensbestimmungen im DBA CH–USA durch neue Regeln offensichtlich nicht als Vollzugshandlung verstanden werden.

35. Am Erfordernis der Genehmigung von materiellen Änderungen des DBA CH–USA durch die Bundesversammlung ändert auch der Umstand nichts, dass das UBS-Abkommen vom Bundesrat (bzw. *Chargé d'Affaires a.i.*) an Stelle des nach Art. 3 Abs. 1 lit. f (ii) DBA CH–USA für Verständigungsabkommen eigentlich zuständigen Direktors der Eidgenössischen Steuerverwaltung unterzeichnet worden ist. Wohl ist unbestritten, dass der Bundesrat als die der ESTV übergeordnete Instanz auf dem Wege der Evokation die Kompetenz zum Abschluss des Abkommens an sich ziehen konnte. Ebenso unbestritten ist allerdings, dass die Evokation nicht zu einer Erweiterung der Zuständigkeit führt.<sup>45</sup> Es besteht auch kein Zweifel, dass die Attraktion von Kompetenzen untergeordneter Behörden durch den Bundesrat nicht dazu führen kann, dass die Kompetenzen anderer Organe – etwa der Bundesversammlung – Einschränkungen erfahren. Mit anderen Worten: Ob nun der Direktor der ESTV oder der Bundesrat eine Verständigungsvereinbarung nach Art. 25 Abs. 3 DBA CH–USA schliesst, kann keinen Einfluss auf den zulässigen Inhalt einer solchen Verständigungsvereinbarung haben.

36. Bundesrat und Verwaltung waren sich bei der Aushandlung des UBS-Abkommens der beschriebenen inhaltlichen Schranken einer Verständigungsvereinbarung nach Art. 25 Abs. 3 DBA CH–USA bewusst, wie die offizielle Verlautbarung des EJPD, des EDA und des EFD vom 19. August 2009 belegt:<sup>46</sup>

«Weil das Abkommen einzig den Vollzug des bestehenden Doppelbesteuerungsabkommens Schweiz-USA in Sachen UBS regelt, kann es vom Bundesrat in eigener Kompetenz abgeschlossen werden.»

Es geht vor diesem Hintergrund nicht an, der Landesregierung zu unterstellen, sie hätte anderes gewollt oder getan, als blosser technische Vollzugsfragen ohne materielle Tragweite zu regeln. Gerade darauf aber läuft die These der Gutachter *Thomas Cottier* und *René Matteotti* hinaus, mit dem Annex zum UBS-Abkommen seien Regeln geschaffen worden, die Art. 26 DBA CH–USA gleichsam verdrängen.<sup>47</sup>

41 In der aktuellen Kommentierung von 2008 heisst es dementsprechend in englischer Sprache (zu Art. 25 Abs. 3, N. 52): «Under this provision the competent authorities can, in particular: - where a term has been incompletely or ambiguously defined in the Convention, complete or clarify its definition in order to obviate any difficulty; [...]».

42 COTTIER/MATTEOTTI, N. 59 des Gutachtens.

43 Vgl. diesbezüglich auch das BVGer, Urteil vom 3. März 2009, A-7342/2008 und A-7426/2008 E. 5.5: «Sofern aus aussenpolitischen Überlegungen Anpassungen als erforderlich erachtet werden sollten [...], wären diese durch den Gesetzgeber im dafür vorgesehenen Verfahren vorzunehmen und nicht durch die Justiz oder die Verwaltung».

44 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010).

45 WALDBURGER, N. 10 des Gutachtens.

46 Medienrohstoff vom 19. August 2009, Abkommen Schweiz–USA in Sachen UBS: Eckwerte und Erläuterungen, S. 2

47 Vgl. Rz. 16 ff. hier vor.

### C. Kein abweichendes Ergebnis aufgrund des Vertrauensprinzips

37. In Literatur und Praxis wird die Meinung vertreten, dass sich internationale vertragliche «*Bindungen aufgrund geweckter legitimer Erwartungen und damit aufgrund des Vertrauensschutzes ergeben*» können, «*soweit der Wille [der Vertragsparteien zum Abschluss eines Völkervertrags mit einem bestimmten Inhalt] nicht übereinstimmt*».<sup>48</sup>

38. Die Ausübung der Kompetenz der ESTV durch den Bundesrat war jedoch ungeeignet, das berechnete Vertrauen der USA zu begründen, es handle sich beim UBS-Abkommen um mehr als ein blosses Vollzugsabkommen. Da die Vereinigten Staaten als Vertragspartei des geltenden Doppelbesteuerungsabkommens die Bestimmungen zur Verständigungsvereinbarung nach Art. 25 des DBA CH–USA selbst ausgehandelt und genehmigt hatten, wussten sie – ebenso wie die Schweiz – um die inhaltlichen Schranken einer solchen Vereinbarung.

### D. Zwischenergebnis

39. Im Ergebnis bestand damit weder gestützt auf Völkerrecht noch nach innerstaatlichem Recht eine Befugnis oder auch nur die faktische Möglichkeit, ausserhalb des ordentlichen Revisionsverfahrens die materiellen Kriterien von Art. 26 DBA CH–USA zur Beurteilung von Amtshilfegesuchen zu ändern. Da den USA als Vertragspartei des bestehenden Doppelbesteuerungsabkommens die Grenzen von Art. 25 Abs. 3 DBA CH–USA bekannt sind, können sie sich auch nicht auf begründetes Vertrauen in die Verbindlichkeit der Bestimmungen im Anhang zum UBS-Vertrag für die Schweizer Behörden, einschliesslich Gerichte, berufen.

## III. Auslegung von Art. 1 des UBS-Abkommens

### A. Vorbemerkungen

40. In einem zweiten Schritt ist mittels Auslegung zu untersuchen, ob das UBS-Abkommen – wie von den Gutachtern Robert Waldburger, Thomas Cottier und René Matteotti angenommen – überhaupt materielle Bestimmungen zur Definition dessen aufzustellen trachtet, was amtshilfefähiger «*Tax fraud and the like*» ist.

41. Bei der Interpretation des UBS-Abkommens sind die gewohnheitsrechtlichen Grundsätze über die Auslegung völkerrechtlicher Verträge massgeblich, wie sie im Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 ihren Ausdruck gefunden haben.<sup>49</sup> Nach der allgemeinen Auslegungsregel des Art. 31 Abs. 1 VRK ist ein Vertrag «*nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen*».

48 COTTIER/MATTEOTTI, N. 36 des Gutachtens mit Hinweisen.

49 SR O.111. Im Folgenden wird die Abkürzung «VRK» verwendet.

42. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis kommt dem Wortlaut besondere Bedeutung zu.<sup>50</sup> Ziel und Zweck des UBS-Abkommens sind bei der Ermittlung der Bedeutung zu berücksichtigen. Im Rahmen der Anwendung allgemeiner Auslegungsprinzipien ist zudem die Regel zu beachten, dass Bundesgesetze und auch Völkerrecht verfassungskonform auszulegen sind.<sup>51</sup> Zwar stipuliert Art. 190 BV, Bundesgesetze und Völkerrecht seien für die rechtsanwendenden Behörden massgebend. Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, innerhalb der durch Wortlaut und Sinn gesetzten Schranken die zu interpretierenden Bestimmungen dahin auszulegen, dass sie bestmöglich mit dem geltenden Recht harmonisieren. Die Verfassung «*statuiert in diesem Sinne ein Anwendungsgebot, jedoch kein Prüfungsverbot*».<sup>52</sup>

### B. Auslegung nach dem Wortlaut

#### 1. «*The Swiss Confederation shall process, . . .*»

43. Zunächst fällt auf, dass sich die Schweiz nicht etwa dazu verpflichtet, anhand der im Anhang zum UBS-Abkommen dargelegten Kriterien Amtshilfe zu leisten. Gemäss Wortlaut («*. . . shall process . . .*»), sagt die Schweiz vielmehr lediglich zu, ein vereinbarungsgemäss formuliertes (also die Kriterien gemäss Anhang einschliessendes) Amtshilfegesuch zu bearbeiten, wobei die Bearbeitung ausdrücklich «*pursuant to the existing Tax Treaty*» erfolgen soll.<sup>53</sup>

44. Dieser Wortwahl kommt besondere Bedeutung zu, wenn man sich den Ablauf des Amtshilfeverfahrens vor Augen führt. Nach Art. 20c Abs. 1 VO-DBA werden «*Ersuchen der zuständigen amerikanischen Behörde um Informationsaustausch zur Verhütung von Betrugsdelikten nach Artikel 26 des Abkommens [ . . . ] von der Eidgenössischen Steuerverwaltung vorgeprüft*». Kann dem Ersuchen aus Sicht der ESTV nicht entsprochen werden, wird dies dem Antragsteller nach Art. 20c Abs. 2 VO-DBA mitgeteilt und die Möglichkeit gegeben, das Gesuch entsprechend zu ergänzen. Ist das Gesuch vollständig, regelt Art. 20c Abs. 3 VO-DBA den nächsten Verfahrensschritt: «*Zeigt die Vorprüfung, dass die Voraussetzungen nach Artikel 26 des Abkommens in Verbindung mit Ziffer 10 des Protokolls glaubhaft gemacht sind, so informiert die Eidgenössische Steuerverwaltung diejenige Person, die in der Schweiz über die einschlägigen Informationen verfügt (Informationsinhaber)*». Gleichzeitig ersucht die ESTV den Informationsinhaber, «*ihr die*

50 «Die Auslegung eines Staatsvertrags hat in erster Linie vom Vertragstext auszugehen, wie ihn die Vertragsparteien nach dem Vertrauensprinzip im Hinblick auf den Vertragszweck verstehen durften [ . . . ]. Erscheint die Bedeutung des Textes, wie sie sich aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauch sowie dem Gegenstand und Zweck des Vertrags ergibt, nicht offensichtlich sinnwidrig, kommt eine über den Wortlaut hinausreichende – ausdehnende oder einschränkende – Auslegung nur in Frage, wenn aus dem Zusammenhang oder der Entstehungsgeschichte mit Sicherheit auf eine vom Wortlaut abweichende Willenseinigung der Vertragsstaaten zu schliessen ist» (BGE 127 III 461 E. 3b mit weiteren Hinweisen auf die Praxis).

51 MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 2.175.

52 BGE 129 II 249 E. 5.4.

53 Vgl. dazu auch Rz. 50 ff. hiernach.

Informationen zuzustellen und die betroffene Person aufzufordern, in der Schweiz einen Zustellungsbevollmächtigten zu bezeichnen». Weigern sich der Informationsinhaber oder die betroffene Person, Informationen preiszugeben, erlässt die ESTV eine Editionsverfügung (Art. 20d Abs. 3 VO-DBA). Nach Erhalt der Informationen durch die ESTV «prüft diese die Informationen und erlässt eine Schlussverfügung» (Art. 20d Abs. 1 VO-DBA). In der zu begründenden Schlussverfügung hat sie zu der Frage Stellung zu nehmen, «ob ein Abgabebetrag vorliegt, und entscheidet über die Übermittlung von Gegenständen, Dokumenten und Unterlagen an die zuständige amerikanische Behörde» (Art. 20j Abs. 1 Satz 2 VO-DBA). Wie bereits geschildert, ist gegen die Schlussverfügung die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht statthaft (Art. 20k Abs. 1 VO-DBA). Nach Eintritt der Rechtskraft werden die Informationen der ersuchenden amerikanischen Behörde übermittelt und können auch von der Eidgenössischen Steuerverwaltung verwendet werden (Art. 20j Abs. 4 VO-DBA).

45. Das Verfahren vor der ESTV ist mithin zweistufig ausgestaltet. Auf ein Amtshilfesuch tritt die Behörde nur und erst dann ein, wenn in einem ersten Schritt die formelle Vorprüfung des Gesuchs ergibt, «dass die Voraussetzungen nach Artikel 26 des Abkommens in Verbindung mit Ziffer 10 des Protokolls glaubhaft gemacht sind» (vgl. Art. 20c Abs. 3 VO-DBA). Nach Erhalt der Informationen prüft die ESTV in einem zweiten Schritt die materielle Frage, ob ein Abgabebetrag vorliegt, und erlässt daraufhin eine entsprechende begründete Schlussverfügung.

46. Art. 1 Abs. 1 des UBS-Abkommens stipuliert, wie gesagt, keine Verpflichtung, Amtshilfe zu leisten. In der genannten Vorschrift sagt die Schweiz lediglich verbindlich zu, ein abkommenskonformes Amtshilfesuch zu bearbeiten (d.h. an die Hand zu nehmen und gestützt auf Art. 26 DBA CH–USA zu prüfen). Gleiches macht Art. 1 Abs. 3 des UBS-Abkommens deutlich. Die Bestimmung verpflichtet zwar zum – fristgerechten – Erlass der Schlussverfügungen, nimmt dabei das Ergebnis der materiellen Prüfung aber nicht vorweg. Ebenso Fussnote 1 zu Art. 1 Abs. 1 Satz 2 des UBS-Abkommens; es geht um die Konkretisierung der verfahrensbetroffenen Kontobeziehungen, nicht darum, zu präjudizieren, ob im Zusammenhang mit einer so identifizierten Beziehung letztlich auch Amtshilfe geleistet wird oder nicht.<sup>54</sup>

«Article 1 Treaty Request

1. [...] Based on the criteria set forth in the Annex, the Contracting Parties estimate and expect that the number of open or closed accounts falling under the treaty request is approximately 4.550.<sup>1</sup>»

Fussnote 1:

«For these accounts UBS will provide a notice to account holders under the Treaty Request. They will (i) be subject to a final decision of the SFTA under the treaty process, or (ii) be

transmitted to the IRS as a result if the accountholder having provided UBS or the SFTA with a waiver to submit such account information directly, or (iii) fall out of the treaty process after the account holders have provided consent to the SFTA to request copies of the taxpayer's FBAR returns from the IRS for the relevant years as described in the Annex under paragraph 2.A.b. and 2.B.b.»

47. An keiner Stelle des Abkommens finden sich Hinweise darauf, dass die Schweiz zum Erlass *stattgebender* Schlussverfügungen in all denjenigen Fällen verpflichtet sein könnte, die unter die im Anhang zum UBS-Abkommen enthaltenen Kriterien fallen.

2. «... , pursuant to the existing Tax Treaty, ... »

48. Hinsichtlich der Frage, auf welcher Grundlage die Amtshilfefähigkeit eines Verhaltens (materiell) beurteilt werden soll, verweist das UBS-Abkommen auf das bestehende Doppelbesteuerungsabkommen, namentlich auf dessen Art. 26.

49. In der Präambel findet sich die Formulierung:

«THE SWISS FEDERATION and THE UNITED STATES OF AMERICA hereinafter referred to as «the Contracting Parties», WHEREAS, [...]

Article 26 of the Convention between the United States of America and the Swiss Confederation for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income of October 2, 1996 (the «Tax Treaty»), the Protocol accompanying and forming an integral part of the Tax Treaty (the «Protocol»), and the Mutual Agreement of January 23, 2003 regarding the administration of Article 26 of the Treaty (the «Mutual Agreement»), provide a mutually agreed-upon mechanism pursuant to which competent authorities of the Contracting Parties are able to exchange information, as is necessary for the prevention of «tax fraud or the like»; [...]

NOW, THEREFORE, pursuant to Articles 25 and 26 of the Tax Treaty, the Contracting Parties have agreed as follows [...].»

50. Art. 1 des UBS-Abkommens besagt sodann ausdrücklich, die Prüfung des US-Amtshilfesuchs habe nach den Regeln des bestehenden Doppelbesteuerungsabkommens zu erfolgen.<sup>55</sup>

«Article 1 Treaty Request

1. The Swiss Confederation shall process, pursuant to the existing Tax Treaty, a request by the United States for information regarding US clients of UBS AG, incorporating the Criteria set forth in the Annex to this Agreement [...].»

3. «... , a request by the United States incorporating the criteria set forth in the Annex. ... »

51. Nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 des UBS-Abkommens sind die im Anhang formulierten Kriterien integrierender Teil des Amtshilfe-

54 Die Hervorhebungen wurden durch die Autoren hinzugefügt.

55 Die Hervorhebungen wurden durch die Autoren hinzugefügt.

ersuchens:<sup>56</sup> «The Swiss Confederation shall process, pursuant to the existing Tax Treaty, a request by the United States incorporating the criteria set forth in the Annex to this Agreement [ . . . ]».

52. Die Umschreibung des Zwecks des Anhangs im zweiten Absatz verdeutlicht erneut, dass es dabei um die Identifikation der vom Amtshilfegesuch erfassten UBS-Konten geht:

«Thus, [ . . . ] the general requirement to identify the persons subject to the request for information exchange is considered to be satisfied for the following individuals: [ . . . ]»<sup>57</sup>

53. Statt die Namen verdächtigter UBS-Kunden zu nennen (diese sind dem IRS ja gerade nicht bekannt), gestattet das UBS-Abkommen, die Verdachtsfälle durch die Umschreibung des tätertypischen Verhaltens zu «individualisieren». Dabei handelt es sich um eine erhebliche Abweichung von den gängigen Anforderungen an ein Amtshilfegesuch unter dem geltenden DBA CH–USA, wie auch die Vertragsparteien im ersten Absatz des Annex anerkennen:<sup>58</sup>

«It is understood that a request for exchange of information generally requires the clear identification of the person(s) concerned. However, in light of (i) the identified specific wrongful conduct by certain individual US taxpayers who maintained non-W-9 accounts at UBS AG Switzerland (UBS) in their name or in the name of an offshore non-operating company of which they were a beneficial owner, (ii) the specificity of the concerned group of individuals as described in paragraph 4 of the Statement of Facts to the Deferred Prosecution Agreement between the United States of America and UBS of February 18, 2009 (the «DPA»), and (iii) consistent with the conditions set by the judgment of the Swiss Federal Administrative Court on March 5, 2009, the names of the UBS United States clients do not need to be mentioned in this request for information exchange.»<sup>59</sup>

54. Die «specificity of the concerned group of individuals», d.h. die Umschreibung einer Tätergruppe, die sich durch bestimmte persönliche Eigenschaften und ein typisches Täterverhalten auszeichnet, soll – so vereinbarten die Parteien – den notwendigen konkreten Tatverdacht ersetzen. Die Schweiz konzidierte mit anderen Worten, dass die Rasterfahndung anhand der im Anhang definierten Kriterien an die Stelle des konkreten Tatverdachts treten darf.

55. In das vereinbarte Raster fallen nach Ziff. 1 des Anhangs:

«A. US domiciled clients of UBS who directly held and beneficially owned «undisclosed (non-W-9) custody accounts» and «banking deposit accounts» in excess of CHF 1 million (at any point in time during the period of years 2001 through 2008)

with UBS and for which a reasonable suspicion of «tax fraud or the like» can be demonstrated, or

B. US persons (irrespective of their domicile) who beneficially owned «offshore company accounts» that have been established or maintained during the period of years 2001 through 2008 and for which a reasonable suspicion of «tax fraud or the like» can be demonstrated.»

#### 4. «Tax fraud and the like for this request . . . »

56. Ziff. 2 des Anhangs legt sodann im Einzelnen fest, was unter Steuerbetrug und dergleichen für die Zwecke des Amtshilfegesuchs zu verstehen ist, also in welchen Fallkonstellationen «Tax fraud and the like» im Sinne der eben zitierten Bestimmungen des Anhangs als gegeben angenommen werden.

57. Wie sich aus dem Wortlaut («The agreed-upon criteria for determining «tax fraud or the like» for this request [ . . . ]») und dem systematischen Kontext des Anhangs ergibt, geht es auch hier nicht darum, Kriterien für die materielle Beurteilung der Frage aufzustellen, ob im Einzelfall Amtshilfe zu leisten ist oder nicht, sondern lediglich darum, die Eintretensvoraussetzung der «reasonable suspicion of tax fraud and the like» gemäss Ziff. 1 lit. A und B des Anhangs zu konkretisieren. Mit anderen Worten: Wo die Kriterien gemäss Ziff. 2 i.V.m. Ziff. 1 lit. A und B des Anhangs als erfüllt erscheinen, liegt ein hinreichend glaubhaft gemachter Verdacht auf eine Steuerwiderhandlung vor, sodass auf das Amtshilfegesuch mit Bezug auf das fragliche Konto einzutreten ist. Damit ist aber selbstverständlich noch keine Entscheidung verbunden, ob das Amtshilfegesuch auch gutgeheissen werden kann. Dafür ist der – nunmehr anhand der Kriterien des Anhangs individualisierte – Einzelfall im Lichte von Art. 26 DBA CH–USA einer materiellen Beurteilung zu unterziehen.

58. Ziff. 1 lit. A.a, A.b., B.a und B.b des Anhangs nehmen wohl unmittelbar Bezug auf Ziffer 10 des Protokolls zum DBA CH–USA, wo materielle Voraussetzungen für die Amtshilfe nach Art. 26 DBA CH–USA näher umschrieben werden. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, der Anhang wolle auch materielle Amtshilfenvoraussetzungen regeln. Vielmehr ist es eine Notwendigkeit und Selbstverständlichkeit, dass sich die Umschreibung des tätertypischen Verhaltens als Surrogat für die als Eintretensvoraussetzung normalerweise erforderliche Namensnennung an den materiellen Kriterien für einen Informationsaustausch nach Art. 26 DBA CH–USA anlehnen muss: Denn wenn überhaupt ein abstrakter Kriterienkatalog den notwendigen konkreten, individuellen Tatverdacht zu ersetzen vermag, dann nur, wenn er konkretes Täterverhalten in Anlehnung an den einschlägigen Tatbestand umschreibt. Wäre dies nicht der Fall, so müssten die von der ersuchenden Behörde behaupteten Widerhandlungen sogleich als offenkundig nicht tatbestandsmässig und damit als nicht amtshilfefähig qualifiziert werden; mangels eines glaubhaft gemachten Anfangsverdachts könnte auf das Amtshilfegesuch nicht eingetreten werden.<sup>60</sup>

56 Die Hervorhebungen wurden durch die Autoren hinzugefügt.

57 Vgl. Ziff. 1 Abs. 2 des Annex.

58 Die Hervorhebungen wurden durch die Autoren hinzugefügt.

59 Vgl. Ziff. 1 Abs. 1 des Annex.

60 Siehe hierzu bereits oben bei Rz. 45 sowie Art. 20c Abs. 3 VO-DBA.

### 5. Bestätigung des Auslegungsergebnisses durch den Wortlaut der Erklärung zum Abkommen

59. Ganz im geschilderten Sinne sicherte die Schweiz in einer dem UBS-Abkommen beigefügten Erklärung des Weiteren zu:<sup>61</sup>

«The Swiss Confederation declares that it will be prepared to review and process additional requests for information by the IRS under Article 26 of the existing Tax Treaty if they are based on a pattern of facts and circumstances that are equivalent to those of the UBS AG case.»

60. Auch die genannte Erklärung macht die Trennung der Eintretensvoraussetzungen («... if they are based on a pattern of facts and circumstances that are equivalent to those of the UBS AG case...») von den Amtshilfevoraussetzungen, die materiell über die Herausgabe von Informationen bestimmen («... under Article 26 of the existing Tax Treaty...») deutlich.

61. Die Schweiz verpflichtete sich, analoge Amtshilfesuche über die Herausgabe von Kundendaten anderer Banken zu prüfen und zu bearbeiten («... prepared to review and process...»). Bearbeiten wird sie demnach zusätzliche Gesuche, wenn die im Anhang des UBS-Abkommens definierten Eintretensvoraussetzungen gegeben sind. Amtshilfe gewährt wird sie jedoch auch dann nur, wenn die materiellen Voraussetzungen für einen Informationsaustausch vorliegen, wie sie in Art. 26 DBA CH–USA geregelt sind («... under Article 26 of the existing Tax Treaty...»).

### 6. Zwischenergebnis

62. Die Kriterien im Annex sollen Teil des vom IRS zu unterbreitenden Amtshilfesuchs sein (nämlich, wie bereits ausgeführt, als Surrogat für das in der Regel zu beachtende Erfordernis, den Namen der vom Gesuch betroffenen Personen zu nennen), also Eintretensvoraussetzung, nicht materielle Beurteilungsgrundlage.

63. Wenn es die Meinung der Parteien gewesen wäre, dass die Kriterien auch darüber entscheiden, in welchen Fällen das US-Amtshilfesuch als *in der Sache* begründet zu gelten hat, so hätten sie dies angesichts der zentralen Bedeutung einer solchen Vorschrift mit Sicherheit ausdrücklich so formuliert. Art. 1 Abs. 1 des UBS-Abkommens würde folglich nicht bloss eine Verpflichtung der Schweiz zur Bearbeitung des Amtshilfesuchs stipulieren, sondern eine klare Verpflichtung zur Gutheissung des Gesuchs in all jenen Fällen, in denen die Kriterien des Anhangs gegeben sind. Dies ist aber, wie gezeigt, nicht der Fall.

64. «In Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung» führt eine authentische Interpretation des UBS-Abkommens daher zu dem Ergebnis, dass die Vertragsparteien mit den

Kriterien des Anhangs gerade keine materiellen Voraussetzungen für die Gewährung der Amtshilfe im konkreten Einzelfall vereinbaren, sondern nur (aber immerhin) abschliessend die formellen Zulassungs- bzw. Eintretensfragen für die Zwecke des Amtshilfeverfahrens in Sachen UBS AG regeln. Nicht nur findet sich im Vertragstext kein gegenteiliger Hinweis. Der Vertragstext stellt vielmehr durch mehrfachen Bezug auf das bestehende Doppelbesteuerungsabkommen klar, dass Grundlage für die materielle Beurteilung Art. 26 DBA CH–USA ist und bleibt.

### C. Verfassungsrechtliches Gleichbehandlungsgebot bzw. Diskriminierungsverbot

65. Das aus dem Wortlaut der auszulegenden Normen gewonnene Ergebnis wird durch Art. 8 BV gestützt. Diese Bestimmung kodifiziert den Grundsatz der Rechtsgleichheit. Gemäss der vom Bundesgericht in Anlehnung an *Aristoteles* geprägten Formel ist Gleiches gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Verschiedenheit ungleich zu behandeln.<sup>62</sup> Ein Erlass gleich welcher Stufe verletzt das Gleichbehandlungsgebot, «wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger und sachlicher Grund in den zu regelnden Verhältnissen nach Regelungszweck nicht ersichtlich ist».<sup>63</sup>

66. Stellte das UBS-Abkommen für eine bestimmte Kategorie von in den USA steuerpflichtigen Personen (nämlich solchen, die über ein Konto bei der UBS AG verfügten) eigene materielle Amtshilfekriterien auf, wie von den Gutachtern *Thomas Cottier* und *René Matteotti* angenommen, so läge ein Fall sachlich nicht zu rechtfertigender Ungleichbehandlung vor. Das Verhalten von US-Kunden anderer Finanzinstitute würde nämlich weiterhin nach der Regelung von Art. 26 DBA CH–USA zu beurteilen sein. Ein solches Ergebnis konnte von Bundesrat und Verwaltung weder beabsichtigt sein, noch findet es Stütze im Wortlaut des UBS-Abkommens oder des Anhangs.

### IV. Zusammenfassung und Ergebnis

67. Am 19. August 2009 haben die Schweizerische Eidgenossenschaft und die Vereinigten Staaten von Amerika ein Abkommen über ein Amtshilfesuch des Internal Revenue Service betreffend UBS AG geschlossen. Das Abkommen enthält in einem Anhang Kriterien, welche den Gegenstand des Amtshilfesuchs in sachlicher und persönlicher Hinsicht definieren. Vom Amtshilfesuch erfasst werden all jene UBS-Kunden, die sich Handlungsmustern bedient haben, welche unter die im Annex erwähnten Kriterien fallen. Die Schweiz hat sich verpflichtet, auf das Amtshilfesuch mit Bezug auf die so identifizierten Kundenbeziehungen einzutreten und es zu bearbeiten, dies in Abweichung vom Grundsatz, wonach auf ein Amtshilfesuch grundsätzlich nur dann eingetreten werden kann, wenn es die

61 [www.ejpd.admin.ch/etcd/medialib/data/wirtschaft/fallubs.Par.0007.File.tmp/abkommen-e.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/etcd/medialib/data/wirtschaft/fallubs.Par.0007.File.tmp/abkommen-e.pdf), S. 11.

62 BGE 125 I 166 E. 2a.

63 RAINER J. SCHWEIZER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallander (Hrsg.), Art. 8 N. 35 mit Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung.

betroffenen Personen klar identifiziert, also den mutmasslichen Steuerdelinquenten beim Namen nennt.

68. Der Anhang zum Abkommen bezweckt mithin, ein *verfahrensrechtliches Hindernis* zu überwinden, das sich im Zusammenhang mit dem Anliegen der USA gestellt hat, über vermutete Widerhandlungen von in den USA steuerpflichtigen UBS-Kunden Auskunft zu erhalten; die ersuchende Behörde war in der Lage, konkrete Varianten typischen Täterverhaltens zu schildern, nicht aber, die betreffenden Personen zu bezeichnen oder auch nur konkrete Einzelfälle darzutun, die das Gesuch unmittelbar individualisierbar gemacht hätten.

69. Eine weitergehende Bedeutung kommt den Kriterien des Anhangs nicht zu. Insbesondere haben die Vertragsparteien nicht vereinbart, dass diese Kriterien auch bei *der materiellen Prüfung* des Amtshilfesuchs heranzuziehen sind. Dies ergibt sich zunächst aus dem Wortlaut des Vertrags. Der Abkommenstext macht an mehreren Stellen deutlich, dass das Amtshilfesuch des IRS nach Massgabe von Art. 26 des geltenden Doppelbesteuerungsabkommens zu beurteilen ist. Die These, dass in diesem Zusammenhang die Kriterien des Anhangs massgeblich sein könnten, findet darin dagegen keine Stütze.

70. Die schweizerischen Behörden hätten auch gar nicht im Wege einer Verständigungsvereinbarung eine Ausweitung der amtshilfefähigen Tatbestände nach Art. 26 DBA CH–USA vornehmen können. Grundlage des UBS-Abkommens ist anerkanntermassen Art. 25 DBA CH–USA. Danach aber ist die Regelungskompetenz der beteiligten Verwaltungen beschränkt auf die Klärung von Anwendungs- und Auslegungsfragen im Einzelfall, mithin auf die Bereinigung von Anständen technischer Natur. Da das UBS-Abkommen auf Art. 25 des Doppelbesteuerungsabkom-

mens verweist, kann auch nicht argumentiert werden, die Schweiz sei nach dem völkerrechtlichen Vertrauensprinzip im Verhältnis zu den USA an etwaige Art. 26 des Doppelbesteuerungsabkommens erweiternde Abreden im UBS-Abkommen gebunden. Für die USA wäre als Vertragspartei die Überschreitung des von Art. 25 gesetzten Kompetenzrahmens ohne weiteres erkennbar gewesen.

71. Das UBS-Abkommen setzt mit den Kriterien im Anhang folglich kein Völkerrecht, an das das Bundesverwaltungsgericht bei der Überprüfung der Rechtmässigkeit von Schlussverfügungen der ESTV nach Art. 190 BV gebunden wäre. Die geltenden Bestimmungen des Doppelbesteuerungsabkommens über die materiellen Anforderungen an die Gewährung von Amtshilfe werden durch die Kriterien des Anhangs nicht verdrängt, weil das UBS-Abkommen insoweit weder spezielleres noch jüngerer Völkerrecht statuiert. Es ist vielmehr weiterhin Art. 26 DBA CH–USA in Verbindung mit den Bestimmungen in Ziffer 10 des dazugehörigen Protokolls allein massgeblich.

72. Wird die Zulässigkeit der amtshilfeweisen Informationsübermittlung an die USA von der ESTV im Rahmen einer Schlussverfügung damit begründet, es seien die Kriterien gemäss Anhang des Abkommens erfüllt, so hat das Bundesverwaltungsgericht mit uneingeschränkter Kognition zu prüfen, ob diese Kriterien durch Art. 26 DBA CH–USA gedeckt sind.

73. Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts ist nur insoweit eingeschränkt, als es akzeptieren muss, dass das UBS-Abkommen und der Anhang eine das bislang geltende Recht ersetzende Regelung hinsichtlich der Eintretensvoraussetzungen trifft. ■

Jean A. Mirimanoff\*

## L'orientation préalable des parties à un différend

**Mots clés :** Différend, conflit, litige, négociation raisonnée, pratique collaborative, médiation, conciliation, procédure civile, analyse du conflit

### Avant propos

La présente note vise essentiellement à susciter un débat sur le thème de l'orientation préalable (ou l'art de sélectionner le mode de résolution des différends le plus approprié), à encourager l'invention d'une méthode élaborée de manière concertée entre la magistrature, le barreau et la médiature, (sans oublier l'arbitrage), à préparer sa confrontation à l'épreuve du feu (si possible déjà avant le premier janvier 2011), et non à proposer un véritable modèle. En partant du guide des Professeurs Frank E.A. Sander et Stephen B. Goldberg,<sup>1</sup> elle propose d'en prolonger la réflexion à la situation charnière que représente l'entrée en vigueur du Code de Procédure Civile Unifié (CPC) pour la Suisse, pays de tradition romano-germanique ayant par ailleurs développé ses propres institutions, et à la lumière de notre pratique et surtout de celle – combien ingénieuse – des Pays-Bas.

### I. Etat des lieux

#### 1. L'intégration de la résolution amiable dans l'ordre juridique suisse

La prochaine entrée en vigueur du CPC le premier janvier 2011, qui accorde une place privilégiée à la conciliation et à la médiation, se situe dans un contexte juridique très large: sur le plan constitutionnel fédéral et cantonal la résolution amiable a déjà été accueillie de longue date, de même que sur le plan législatif, essentiellement fédéral, mais aussi cantonal.<sup>2</sup> Nous sommes appelés à en prendre mieux conscience dès aujourd'hui pour servir, demain, les nouvelles formes de la justice de manière professionnelle, donc efficace et appropriée.

Ainsi la Constitution fédérale prévoit que les différends entre les cantons ou entre les cantons et la Confédération sont, autant que possible, réglés par la négociation ou par la médiation (Art. 44 al. 3 Cst.), tandis que la Constitution de Fribourg contient trois articles traitant ce sujet: celui relatif aux conflits du travail (art. 27) précise que les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation, celui sur le Conseil d'Etat (art. 119) dit que celui-ci institue, en matière administrative, un organe de médiation indépendant, et celui sur la justice (art. 120) énonce que la loi peut prévoir des modes de résolution extrajudiciaires des litiges.<sup>3</sup> *De lege ferenda* quatre associations ont remis le 3 septembre 2008 aux candidats à l'élection pour la Constituante de Genève une proposition d'article constitutionnel sur la résolution amiable des différends. Elle invite les Autorités du Canton à l'encourager en prenant des mesures d'information, de sensibilisation et de formation nécessaires, à privilégier le recours au règlement amiable avant d'agir ou de défendre elles mêmes devant les tribunaux, à introduire graduellement dans les écoles la médiation scolaire par les pairs, et à insérer dans les programmes universitaires ou post-universitaires une formation suffisante en matière de gestion des conflits.<sup>4</sup>

Sur le plan législatif fédéral la résolution amiable a été introduite tour à tour dans le code de procédure administrative, dans le droit pénal des mineurs, dans la procédure pénale applicable aux mineurs avant de l'être dans le CPC. Et sur le plan cantonal Genève a ouvert la voie avec sa loi sur la médiation pénale et sa loi sur la médiation civile, dont plusieurs volets resteront en vigueur au-delà du premier janvier 2011.<sup>5</sup>

Il résulte de ce qui précède que le règlement amiable non seulement ne peut plus être remis en question, mais sera appliqué au même titre que les autres formes de résolution fondées sur le modèle classique de confrontation avec une solution im-

\* Médiateur assermenté (CSMC), membre de la Commission des Standards de l'*International Mediation Institute* (IMI), La Haye, et de la Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale, Genève, président de la CCBL et juge suppléant au Tribunal, Genève. L'auteur remercie vivement le Professeur Stephen B. Goldberg d'avoir relu la présente note et de l'avoir enrichie de ses précieuses observations le 27 août 2009 à Avignon.

1 FRANK E.A. SANDER and STEPHEN B. GOLDBERG, *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to selecting an ADR Procedure*, *Negotiation Journal*, January 1994, p. 49–63.

2 CHRISTINE GUY-ECABERT, *La Médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative: petite histoire d'un pari sur l'indépendance*, APA/PJA 2009, p. 47 ss; THOMAS PFISTERER, *Einigung und Mediation in der Verfahrensreform des Bundes – Chancen in einer veränderten Welt*, présentation au Congrès de Gemme-Suisse de Lucerne, 10 mai 2009, à paraître dans les Actes de ce Congrès; NICOLAS JEANDIN, *Introduction à la gestion des conflits*, in: *La gestion des conflits*, Manuel pour les praticiens, CEDIDAC, Lausanne 2008; une bibliographie sélective en matière ADR est disponible sur le site [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch).

3 FRANÇOISE BASTONS-BULLETTI, *Rapport sur le canton de Fribourg*, in *Gemme-Suisse, Médiation civile en Suisse: pratiques cantonales*, Fribourg, octobre 2006, [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch).

4 Gemme-Suisse, la Chambre Suisse de Médiation commerciale (CSMC), section romande, le Groupement Pro Médiation (GPM) et l'Association MédiationS, qui ont formé le premier noyau du GC RAD GE, rejoints par l'Ordre des avocats (Oda), l'Association des juristes démocrates, la Faculté de droit, la Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève (CCIG), et la Chambre des médiateurs, puis par un représentant du Département des Institutions, par le Secrétaire général du Pouvoir judiciaire et par M<sup>me</sup> le Vice-président du Tribunal de première instance. Leur audition a eu lieu le 26 novembre devant la commission No 3 de la Constituante.

5 Dans le projet actuel, PL 10462, les articles 65 à 74 (et 74<sup>bis</sup>) reprennent en les fusionnant les articles 156 à 161 (médiateurs pénaux) et 161 A à 161 K (médiateurs civils) de la LOJ. La loi a été votée le 8 octobre 2009 par le Grand Conseil.

posée (l'arbitrage et la procédure civile). Nous avons le devoir de nous y préparer en vertu des normes précitées, ce que rappellent encore à nos Autorités les instruments de droit international du Conseil de l'Europe, dont la Suisse fait partie.<sup>6</sup>

## 2. Le CPC arrive demain

Le CPC entre en vigueur demain. Or il va offrir aux parties à un différend un choix plus large – à un double titre – pour tenter de le résoudre. D'une part entre la justice amiable, reposant sur la consensualité des parties, c.à.d. leur liberté et leur responsabilité face à leur problème, et la justice imposée, en laquelle elles se remettent pour régler à leur place une situation qu'elles ne peuvent ou ne veulent pas maîtriser elles-mêmes. Et d'autre part au sein de ces deux voies entre la conciliation et la médiation pour la première, et entre l'arbitrage et la procédure civile pour la deuxième. En réalité ce choix, pour le règlement amiable, s'avère encore plus vaste, dès lors que, le CPC n'imposant pas un *numerus clausus* en la matière, d'autres méthodes peuvent encore intervenir pour régler une situation conflictuelle plus en amont: les nouvelles formes de négociation, non encore enseignées dans toutes les facultés de droit (la Suisse ayant vingt ans de retard sur les pays anglo-saxons et dix sur les Pays-Bas et la Norvège), soit la négociation raisonnée<sup>7</sup>, la négociation coopérative<sup>8</sup>, et la pratique collaborative<sup>9</sup>, sans parler des Offices d'Ombudsman, dont le degré d'indépendance varie beaucoup d'un domaine à un autre,<sup>10</sup> ni non plus à ce stade des formes hybrides. Or comment faire le meilleur choix? Sur la base de quels critères? Dans quelle situation? A quel moment? Et pour quelles parties?

## 3. La résolution amiable a la priorité

De plus ni la magistrature ni le barreau – ni non plus les législateurs cantonaux – n'ont encore pleinement pris conscience de l'injonction fédérale selon laquelle «*le règlement à l'amiable (des différends) a la priorité*». Ni de toutes ses implications dans et hors la vie judiciaire, de la logistique jusqu'à la manière de communiquer et d'adopter l'enseignement de la gestion des conflits dans les facultés de droit. La priorité s'impose d'une part en raison de ce que la résolution amiable conduit à des solutions plus durables et plus économiques, en tenant compte d'éléments que les tribunaux ne peuvent retenir (interdiction de sta-

tuer *ultra petita*), et d'autre part en raison de ce que «*l'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse*», le «*tribunal n'étant pas une société préoccupée de marketing et de chiffre d'affaires*». <sup>11</sup> Il résulte de cette injonction que dans le choix précité, les acteurs de demain devront privilégier le règlement amiable non seulement avant la saisine des tribunaux, mais même après et à tous les stades de la procédure, puisque tant la conciliation que la médiation sont possibles en première comme en deuxième instance, sans être non plus exclus plus tard<sup>12</sup> ni ailleurs: en procédure arbitrale<sup>13</sup>. Comment opérer judicieusement ce choix pour une situation concrète sera – on ne cessera de le souligner – une préoccupation nouvelle pour la plupart des acteurs concernés. Deux mesures de mise en œuvre sont indispensables à cet effet: d'abord sur le plan de la formation des acteurs, puis par le mécanisme d'une véritable «*courroie de transmission*», une «*connexion*» entre le règlement imposé (procédures civile et arbitrale) et le règlement amiable.

## 4. L'application du règlement amiable selon le CPC passe par la formation et la motivation

Dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011 les personnes et les entreprises en conflit ont un droit à la résolution amiable, et – corollairement – les magistrats (le cas échéant les arbitres), et les avocats un devoir de la leur proposer et de les aider à la mettre en place. Le droit à la résolution amiable conféré par le CPC à nos concitoyennes et concitoyens ne saurait dès lors plus dépendre de l'humeur, de la fantaisie ou des intérêts corporatistes des uns ou des autres.

Pour opérer une sélection éclairée parmi les modes de résolution des différends, encore faut-il être en mesure de pouvoir comparer les diverses voies qui se présentent, c.à.d. savoir peser les avantages et les inconvénients de chacune, ce qui implique de toutes les connaître, à la fois théoriquement et pratiquement, et de savoir analyser un conflit. Or il ne reste que peu de temps, à peine quelques mois, pour que les principaux acteurs, les magistrats, les arbitres et les avocats s'informent, mieux: se sensibilisent, et encore mieux: se forment à cet égard. C'est l'une des conditions pour faire fonctionner le système mis en place par le législateur fédéral, condition mise en avant par les Lignes directrices du Conseil de l'Europe déjà citées.<sup>14</sup>

Il incombe aux cantons dans ce court laps de temps de s'y préparer, ce que certains ont déjà commencé en anticipant. Ainsi l'Université de Lucerne par son *Center for Conflict Resolution*, celle de Neuchâtel par son CEMAJ, et celle de St Gall par sa haute Ecole – espérons-le rejointes bientôt par celle de Genève avec la future Ecole d'avocature – offrent des cadres de forma-

6 La Recommandation R (98) 1 sur la médiation familiale, la Recommandation R (99) 19 sur la médiation en matière pénale, la Recommandation Rec. (2001) 9 sur les modes alternatifs dans les litiges entre les Autorités administratives et les particuliers, la Recommandation Rec (2002) 10 sur la médiation en matière civile, l'Avis consultatif N° 6 (2004) du Conseil Consultatif des Juges européens (CCJE), et les Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre de ces recommandations CEPEJ (2007) N°s 13, 14 et 15.

7 ROGER FISHER, WILLIAM URY and BRUCE PATTON, *Getting to yes*, London 1999; NICOLAS LYNEDJIAN et CÉLINE COURBAT, *Négociation, Guide pratique*, CEDIDAC, Lausanne 2005.

8 ALAIN PEKAR LEMPEREUR et AURÉLIEN COLSON, *Méthode de négociation*, Paris 2004; ARNAUD STIMEC, *la négociation*, Dunod, 2005.

9 «*Collaborative law*»; cf. CHRISTOPHE IMHOOS, *La pratique collaborative, mémoire pour l'IUKB*, Sion 2009, (à paraître).

10 En matière bancaire, des assurances, des voyages.

11 Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, FF 6860.

12 Les parties peuvent suspendre la procédure à cet effet.

13 La relation médiation-arbitrage n'a pas été traitée dans le CPC; elle est partiellement réglée dans le Règlement suisse de médiation commerciale adopté par les Chambres suisses de commerce et d'industrie, et avait fait l'objet d'amendements de Gemme-Suisse: *Médiation civile en Suisse*, propositions d'amendements au CPC, Fribourg, oct. 2006, *www.gemme.ch*; cf. infra note 17.

14 Cf. supra note 6.

tion adéquats pour les acteurs concernés. A Genève, le Pouvoir Judiciaire encourage depuis plusieurs années ses membres à suivre la sensibilisation à la négociation, à la médiation et à la conciliation (NeMeCo), avec un succès encore bien timide. Dans ce canton toutes les Chambres civiles disposent informatiquement de l'accès au Guide pratique sur la médiation civile et à la liste des médiateurs assermentés, documents qu'ils peuvent remettre à leurs justiciables en audience pour accompagner leurs explications sur la médiation.

La Fondation pour la formation continue des juges suisses jouera un rôle essentiel dans la diffusion des connaissances et des techniques en matière de résolution amiable.

Sans cette connaissance il est à redouter que l'on continuerait à privilégier la vieille négociation positionnaliste,<sup>15</sup> stérile et agressive, qui conduit – comme par un syndrome de Pavlov – les parties au conflit au combat judiciaire, avec son cortège de souffrances inutiles, de gaspillage de temps, d'énergie et de coût pour la société dans son ensemble. A cet égard qui sait que la justice, en Suisse, est l'une des plus coûteuses au sein du Conseil de l'Europe?

## 5. L'orientation préalable: une nécessaire connexion

L'autre mesure indispensable à l'essor de la résolution amiable consiste à établir une véritable «courroie de transmission» permettant aux cas qui s'y prêtent de passer de la justice traditionnelle à la résolution amiable.<sup>16</sup> En effet, le système adopté par les Autorités fédérales en matière de médiation revient à en confier la mission à un tiers, un médiateur, pris en dehors de la magistrature (système métajudiciaire), à l'opposé du système qui en confie la tâche à des magistrats spécialisés et formés (système intrajudiciaire), et ce sans se soucier pour le moins du monde du fonctionnement dans la réalité judiciaire du système retenu. Les Autorités cantonales n'ont, de leur côté, rien prévu non plus! Or l'expérience a largement démontré que le système métajudiciaire ne peut reposer sur les seules épaules des magistrats, non encore suffisamment formés et motivés. L'échec de ce système sans connexion est patent en France depuis 1995, en Belgique depuis 2004 et à Genève depuis 2005, parce qu'il ne prévoit pas de transmission convenable des cas entre la justice traditionnelle et la résolution amiable. Le nombre de cas délégués à la médiation n'y représente qu'une part infime du contentieux judiciaire, inférieure à 5%.<sup>17</sup> Inversement le succès dix fois plus grand du système avec connexion est tout aussi évident lorsque l'on a prévu, comme dans les pays d'Amérique du Nord et en Angleterre depuis une vingtaine d'année et aux Pays-Bas depuis dix ans, des services (ADR Referral Centers), des ma-

gistrats, des secrétaires juristes ou des greffiers (soit des officiers de médiation) chargés d'aider les parties à sélectionner la procédure la plus appropriée à leur cas, le plus tôt possible, soit lors de la saisine du tribunal.<sup>18</sup>

Mais comment mettre en place un tel service avec le CPC en Suisse? Peut-on simplement importer le modèle américain, dès lors que les moyens budgétaires n'ont pas été votés pour intégrer le séduisant modèle néerlandais, ou le complexe programme français prévu récemment en cour d'appel, auxquels il faudra bien s'intéresser un jour?<sup>19</sup>

## 6. L'adaptation européenne

Etant rappelé que la résolution amiable s'est développée en Europe depuis l'antiquité jusqu'à la fin de l'ancien régime,<sup>20</sup> et qu'elle a ressurgi au siècle dernier aux Etats-Unis sous des formes diverses et variées,<sup>21</sup> il n'est pas surprenant que, pour choisir entre elles, l'orientation préalable soit à son tour apparue d'abord outre Atlantique, dans la littérature et dans la pratique des tribunaux de ce pays.<sup>22</sup>

En Europe quelques guides sont sortis ces dernières années,<sup>23</sup> mais – hormis la notable avancée des Pays-Bas – pas encore sous la forme de grilles telles que celles imaginées par les Professeurs Sander et Goldberg dans leur article consacré à ce sujet.<sup>24</sup> Sur cette dernière base des avocats ont commencé à forger pour leur pratique et pour leur clientèle leurs propres modèles, souvent de manière particulièrement pointue et convaincante.<sup>25</sup> La question de l'adoption de grilles applicables et proposées systématiquement à l'orée du procès, en conciliation ou dès le dépôt de la demande pour les cas non soumis à la tentative préalable obligatoire, se pose à son tour non seulement pour les avocats avec leur client, mais surtout pour les magistrats conciliateurs ou les juges du fond, sans parler des arbitres.

15 Cf. supra PEKAR (note 8), p. 20 ss.

16 JEAN A. MIRIMANOFF et SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE, Pour une libre circulation des différends civils et commerciaux, Réflexions sur les nouveaux réseaux de la justice plurielle: le cas suisse dans le contexte européen, RDS, avril 2007, p. 21 ss.

17 JEAN A. MIRIMANOFF, Feasibility of Mediation Systems in Switzerland. Does the future belong to court-annexed (justice model) or to court-connected (market place model) or to hybrid mediation systems?, ASA Bulletin N° 3, 2009.

18 VALERIE MEYER, Court-connected Alternative Dispute Resolution – American Experiences and Swiss Perspectives, Zurich 2005.

19 MACHTELD PEL, Referral to Mediation, A practical guide for an effective mediation proposal, Den Haag 2008; JEAN-CLAUDE MAGENDIE, Célérité et qualité de la justice. La médiation: une autre voie, rapport issu du groupe de travail sur la médiation, Cour d'Appel de Paris, octobre 2008.

20 JOSEPH DUSS-VON WERDT, Homo Mediator, Geschichte und Menschenbild der Mediation, Stuttgart, mars 2005; CHRISTIAN GROSS, Pour bien de paix, in: Figures de la médiation et de lien social, Paris 2006, p. 85 ss; CHRISTIAN GROSSE, Les Consistoires réformés et le pluralisme des instances de régulation des conflits (Genève, XVI<sup>e</sup> siècle), in: Entre justice et justiciables, Les Auxiliaires de la justice du Moyen Age au XX<sup>e</sup> siècle, Laval 2005.

21 CHRISTOPHER W. MOORE, The Mediation Process – Practical Strategies for resolving conflict, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 3<sup>e</sup> éd. 2003, p. 21–33.

22 *Inter alia*: Massachusetts Supreme Judicial Court, Trial Court Standing Committee on Dispute Resolution, A guide to Court-Connected ADR Services; cf. supra note 18.

23 CEDER, Court referred ADR, A guide for judiciary, 2<sup>e</sup> éd., oct. 2003; Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale, Guide pratique pour la médiation civile, éd. plurilingue, Genève, juin 2006, [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch); Gemme-France, Guide pratique à l'usage des magistrats prescripteurs de médiation, Paris 2006.

24 Cf. supra, note 1.

25 BIRGIT SAMBETH GLASNER, Commercial Mediation in Switzerland, in: Gemme Congress, «The Mediation in service of Peace», Genève, nov. 2008 (approche holistique); JEAN GAY, L'Orientation précoce, présentation au Congrès de la FSM, Soleure, nov. 2008.

Il paraît à première vue que, pour être rapidement et directement efficace, l'orientation préalable en Europe va prendre en compte les modes amiables qui y sont déjà nôtres, comme les offices d'ombudsman et surtout la conciliation (inconnue longtemps du monde anglo-saxon, mais introduite cependant en Australie il y a peu<sup>26</sup>) ou sur le point de le devenir (la négociation raisonnée, la pratique collaborative et la médiation), en ayant encore à l'esprit, dans l'application (et la notation) de toute méthode, que dans les pays de tradition romano-germanique le rôle du droit a un impact différent sur le règlement amiable que dans le système de common law: en particulier l'ordre public et le droit impératif, en matière de droit de la famille, de droit du travail, de droit du bail, de droit de la consommation et de droit successoral, pour citer les domaines les plus importants, qui limitent la liberté d'action des parties, le cas échéant.

## II. Définition, buts et critères de l'orientation préalable

L'orientation préalable (ou précoce<sup>27</sup>) peut être définie comme l'art de sélectionner le mode de résolution des différends le plus approprié. Elle ne doit pas être confondue avec l'estimation indépendante qui consiste, pour un tiers choisi à cet effet, à donner aux parties au conflit son avis, éventuellement contraignant, sur un problème technique ou juridique.<sup>28</sup>

Si la voie judiciaire a été retenue, il n'y a ensuite plus aucun choix possible entre les trois types de procédure.<sup>29</sup>

Pour déterminer, dans une situation concrète et précise, quel est (ou quels sont) le mode le plus approprié, le magistrat (ou l'arbitre si les parties lui en confient la mission) prendra en considération celui qui sied le mieux au vu des intérêts de toutes les parties en litige, alors que chaque avocat commencera par le faire généralement pour l'une d'elles, en ayant interrogé son seul client. Ainsi le magistrat (ou l'arbitre, le cas échéant) se posera la question de savoir quel mode répondra le mieux aux objectifs recherchés par les parties, et lequel leur permettra le mieux de surmonter les obstacles à un règlement amiable.

Dans les deux cas il listera les objectifs et les obstacles, pour chacun des modes de résolution amiable, sur la base de deux grilles prédéterminées, dans lesquelles chaque élément est, pour chaque mode, apprécié par une notation.

Comme il est indiqué plus haut, on peut soit élargir sur les deux grilles la liste des modes avec des ouvertures sur la nouveauté, soit se confiner aux modes les mieux connus, ou encore ajouter à l'éventail les modes hybrides, qui combinent par exemple les modes amiables et les modes imposés. Aussi pas-

sionnante que soit l'aventure de l'élargissement, il semble plus sage, pour commencer, de se contenter des modes les plus familiers aux acteurs, c.à.d. plus exactement des modes auxquels ils sont censés se familiariser avant janvier 2011: la médiation et la conciliation pour les modes amiables, que recommande le CPC, et la procédure civile et l'arbitrage pour les modes imposés, que règle le CPC, modes auxquels il faut ajouter en amont la négociation raisonnée (et coopérative) et la pratique collaborative, sans oublier – au passage – les offices d'ombudsman.

## III. Quels modes de résolution pour atteindre certains objectifs?

La question des objectifs recherchés par une personne ou une entreprise en conflit vis-à-vis des moyens de le résoudre va dépendre d'une série d'éléments, variant d'un cas à l'autre, et qui feront l'objet d'un échange et d'un examen entre le magistrat et les justiciables, avec le concours – il va de soi – des conseils si les parties en ont constitué.

Comme nous l'avons indiqué, il devrait avoir lieu le plus en amont possible: en conciliation avant même que cette dernière ne commence, ou dès la saisine du tribunal pour les cas non soumis à l'essai préalable de conciliation (soit les deux tiers du contentieux pour un canton urbain comme Genève). Il s'agira de déterminer pour chaque partie d'une part quels sont les objectifs recherchés par elle, pour les confronter ensuite un par un aux caractéristiques de chaque mode de résolution. La notation attribuée à chaque mode ne repose pas sur des recherches empiriques des deux scientifiques américains, mais plutôt sur la base de leur propre expérience, et n'a pas de valeur absolue. Nous l'avons adaptée au vu de notre pratique.

Nous avons repris presque tous les objectifs retenus dans la première grille proposée:

- épargner le temps,
- limiter les coûts,
- rester dans la confidentialité,
- maintenir, améliorer ou transformer les relations entre les parties,
- vouloir affirmer ses valeurs,
- obtenir un avis, variante: une décision,
- vouloir en découdre, en ajoutant un autre objectif:
- ne pas perdre la face.

En revanche nous n'avons retenu et introduit que les modes présumés les plus utiles pour notre pays:

- négociation raisonnée, variante: coopérative,
- pratique collaborative,
- médiation (familiale, commerciale),
- conciliation, variante: ombudsman,
- arbitrage,
- procédure civile.

26 Information aimablement communiquée par M<sup>me</sup> Joanna Kowalski, médiatrice australienne de renommée internationale.

27 Terminologie de M<sup>e</sup> Jean Gay, avocat, médiateur et arbitre.

28 THIERRY GARBY, *La Gestion des Conflits*, CMAP-Economica, Paris 2004, p. 98.

29 La procédure ordinaire, la procédure simplifiée et la procédure sommaire ne sont pas laissées au choix du tribunal ou des parties, mais leur application est déterminée par la loi; cf. DAVID HOFMANN et CHRISTIAN LÜSCHER, *Le Code de procédure civile*, Berne 2009, p. 105.

Nous avons en l'état gardé l'échelle de notation de 0 à 3 points, soit:

- 0: mode inapproprié
- 1: mode peu approprié
- 2: mode approprié
- 3: mode très approprié

Pour affiner la méthode, les Professeurs Sander et Goldberg conseillent d'inviter les parties à donner leur priorité, qui peut se limiter à trois objectifs, en leur attribuant une valeur supplémentaire, de 3 à 1 points. Ces auteurs ont pu constater que la plupart des personnes accordent une priorité au temps épargné, au coût limité et au maintien des relations, les trois facteurs pris ensemble étant le mieux représentés dans la médiation (voir table I ci-dessous).

#### IV. Quels modes de résolution pour surmonter certains obstacles?

Les mêmes remarques valent pour les obstacles à la résolution que permettent ou non de franchir les modes envisagés.

La aussi nous avons, presque, «collé» à la deuxième grille proposée, tout en la modifiant comme ci-dessus pour les modes les plus utiles, ou plutôt supposés tels.

Ce qui donne:

- la difficulté à communiquer,
- la divergence sur les faits,
- la divergence sur le droit,
- l'aversion du risque,

**Quelle procédure pour atteindre les objectifs recherchés  
(Table I)**

Modes Objectifs	Solution consensuelle				Solution imposée	
	Négociation raisonnée/ coopérative	Pratique collaborative	Médiation fam./com.	Conciliation ombuds'	Arbitrage	Procédure civile
Epargner le temps	3	2-3	2-3	3	0-1	0-1
Limiter les Coûts	3	2-3	2-3	3	0-1	0-1
Poursuivre transformer ou améliorer les relations	2-3	3	3	2	1	0
Rester dans la confidentialité	3	3	3	2	2-3	0
Vouloir affirmer ses valeurs	2	2-3	3	2	1	0
Obtenir un avis/ une décision	0	0	0	2-3	3	3
Vouloir en découdre	0	0	0	2	2-3	3
Ne pas perdre la face	3	3	3	2	1	0

**Quelle procédure pour surmonter les obstacles  
(Table II)**

Modes Obstacles	Solution consensuelle				Solution imposée	
	Négociation raisonnée/ coopérative	Pratique collaborative	Médiation fam./com.	Conciliation ombuds'	Arbitrage	Procédure civile
Difficultés à communiquer	2	2-3	3	2-3	1	0
Divergence sur les faits	1-2	1-2	1-2	2-3	3	3
Divergence sur le droit	1-2	1-2	1-2	2-3	3	3
Pluralité des parties	2-3	2-3	3	2	1-2	1-2
Pluralité de litiges entre les parties	2-3	2-3	3	2	1-2	1-2
Manque de ressources	2-3	2	2-3	3	0	1
Aversion du risque	3	3	3	2	1	0
Mauvaise foi avérée	0	0	0	2	3	3

- la mauvaise foi avérée,<sup>30</sup>
- la pluralité des parties,
- la pluralité des litiges, en ajoutant un autre obstacle:
- le manque de ressources (ou de liquidités).

Tout en insistant sur le caractère relatif de la notation, ce qui a été énoncé plus haut sur les points, les priorités et leur pondération demeure valable (voir table II, page précédente).

Le lecteur aura sans doute compris qu'il ne suffira pas simplement de confronter les deux tables pour orienter la sélection par un discutable calcul, mais plutôt de reprendre ensuite, dans ce cadre provisoire et relatif, un entretien avec les parties et leur conseil pour tenter d'arriver à un choix consensuel sur le processus, première pierre apportée à l'édifice de la consensualité sur la solution.

## V. L'option conciliation – médiation selon le CPC: comment choisir?

Est-il possible de procéder comme on vient de la faire pour tenter de déterminer laquelle, de la médiation ou de la conciliation, sied le mieux aux parties à un différend pour répondre à leurs attentes et pour lever les obstacles à sa résolution? L'option proposée *in limine litis* entre la conciliation obligatoire et la médiation facultative, selon l'article 213 CPC, n'implique-t-elle pas que l'orientation préalable se penche particulièrement sur cette alternative: concilier ou médier?

Si la question paraît simple, la comparaison l'est moins. Pour simplifier on pourrait se contenter de mettre en balance la médiation traditionnelle et la conciliation traditionnelle. Soit d'un côté un processus de médiation facilitatif qui, au travers de plusieurs étapes<sup>31</sup> va permettre aux parties d'exprimer leurs émotions, leurs valeurs et leurs besoins pour arriver par elles-mêmes à une solution de leur cru, et de l'autre côté un déroulement conciliatoire estimatif par lequel le tiers, après avoir retenu les faits pertinents et procédé à l'analyse juridique du cas, va donner un avis juridique ou faire une proposition (médiation évaluative selon la terminologie anglaise). Tant que l'on en reste là – et c'est encore largement le cas en Suisse – les avantages et les inconvénients de chaque mode apparaissent nettement.<sup>32</sup> Mais au fur et à mesure que les magistrats conciliateurs vont s'intéresser aux outils de la médiation, la situation va se nuancer.

Plus délicat en effet s'avère l'exercice lorsque le magistrat conciliateur, qui est non seulement libre mais le plus souvent bien inspiré de le faire, a recours aux outils de la médiation,<sup>33</sup> et aide ainsi les parties à trouver des solutions en dehors de l'objet du litige.<sup>34</sup> C'est la «Nouvelle conciliation judiciaire». Dans ces conditions, selon le temps disponible et l'ouverture des parties et de leurs conseils, le déroulement conciliatoire peut connaître au moins quatre approches différentes: selon la manière dont la consensualité des parties peut ou non s'exprimer, ou selon que l'on demeure dans l'objet du litige ou que l'on s'en écarte.<sup>35</sup> Le conciliateur sera alors tantôt directif, tantôt non directif, tantôt évaluatif, tantôt non évaluatif.

Par ailleurs la médiation elle-même connaît de multiples variantes<sup>36</sup>: son déroulement en matière familiale et en matière commerciale diffère, et même en matière familiale plusieurs écoles se rencontrent.<sup>37</sup> Le médiateur sera alors tantôt directif, tantôt non directif, mais selon nos traditions jamais évaluatif,<sup>38</sup> sauf si toutes les parties le demandent.

En définitive c'est là l'essentielle différence qui subsiste: le tiers est-il invité – ou non – à proposer lui-même une solution? Si tel est le cas, les parties sont encore – ou déjà – en conciliation. Ce qui paraît important, c'est ce que recherchent les parties, que les règles du jeu soient fixées d'avance et acceptées de manière libre et éclairée par les parties, et enfin qu'on ne les change pas en cours de route, sauf accord de toutes les parties.

A vrai dire la réponse à la problématique posée par l'art. 213 CPC vient d'être donnée de manière magistrale par l'expérience néerlandaise.<sup>39</sup> L'analyse rigoureuse et systématique de plus de dix mille dossiers aiguillés en médiation pendant une décennie et devant plusieurs juridictions civiles des deux instances a mis en lumière les trois principaux critères conduisant vers la conciliation<sup>40</sup> et les trois autres conduisant vers la médiation par un tiers, qui sont les suivants:

30 La bonne foi est présumée, et dans la pratique cela se confirme dans la grande majorité des litiges; simplement les parties s'imaginent que du seul fait que leur adversaire soutient une thèse différente des leurs il n'est pas de bonne foi, les parties étant prisonnières de leur vision binaire du litige (juste/injuste; vrai/faux; bon/méchant).

31 THOMAS FIUTAK, GABRIELLE PLANÈS ET YVETTE COLIN, Le médiateur dans l'Arène, Réflexion sur l'art de la médiation, Paris 2009, p. 33 ss.

32 JEAN A. MIRIMANOFF ET SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE, La Nouvelle Conciliation Judiciaire, in: La gestion des conflits, Manuel pour les praticiens, CEDIDAC, Lausanne, nov. 2008, texte mis à jour pour le séminaire de Gerzensee des 19/20 février 2009, Fondation pour la formation continue des juges suisses, pour celui de Paris du 6 mai 2009, Ecole Nationale de la Magistrature, tableaux N<sup>os</sup> 5 et 6, et «Les mécanismes de la nouvelle conciliation judiciaire», texte mis à jour pour la conférence CEDIDAC du 28 octobre 2009.

33 ANDREAS HEIERLI, Mediation und Gerichtsbarkeit, Nachdiplomstudium Mediation an der Fachhochschule Aargau, ergänzt Juni 2003.

34 Selon le compte rendu de l'activité du Pouvoir judiciaire en 2008, le taux de succès de la conciliation en matière de baux et loyers a augmenté de 18%, avec 42% d'affaires conciliées ou retirées en audience, chiffre dépassant 50% les six derniers mois, et 60% en avril 2009. Ce résultat s'explique largement par la recherche de solutions au-delà de l'objet du litige, peu importe qu'il s'agisse de questions elles-mêmes litigieuses ou non litigieuses, la formulation maladroite de l'ancien article 198 al. 1 ne devant à l'évidence pas limiter la créativité constructive des parties et du conciliateur (cf. sur ce point, dans le même sens, BASTIEN SANDOZ, Procédure civile fédérale unifiée: quel impact sur la gestion des litiges dans la perspective du juge? La conciliation, in: Actes de la Conférence de Gemme-Suisse, Neuchâtel, 6. 6. 2008, [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch)).

35 Cf. supra, note 32, tableau N<sup>o</sup> 3.

36 JEAN-PIERRE BONAFÉ-SCHMITT, JOCELYNE DAHAN, JACQUES SALZER, MARIANNE SOUQUET, et JEAN-PIERRE VOUCHE, Les médiations, La médiation, Ramonville 1999.

37 Par exemple au sujet de l'admissibilité ou non des apartés (*caucus*), ou de la présence ou non des avocats.

38 Lors d'apartés, le risque de dérapage peut cependant se présenter dans les tests de réalité.

39 MACHTELD PEL et al., Customized conflict resolution: Court-connected Mediation in The Netherlands 1999–2009, a pre publication on the occasion of the conference Moving Mediation, The Hague, Nov. 19th 2009.

40 «Settlement», soit une négociation initiée par le juge, menée hors ou dans la salle d'audience, dans ce cas sous l'égide du magistrat qui aide les parties à trouver une solution mutuellement intéressante, sa démarche s'apparentant ainsi à une conciliation «douce», peu directive sur le fond.

- a) critères en faveur de la conciliation:
- la rapidité de la solution,
  - la modicité des coûts,
  - la perspective d'un résultat raisonnable.
- b) critères en faveur de la médiation:
- la préservation ou la restauration des liens entre les parties,
  - l'inadéquation du jugement pour résoudre le conflit en cause,
  - la perspective d'une solution personnalisée, mieux adaptée qu'une décision judiciaire.

## VI. La présomption en faveur de la médiation

Dans leur guide les Professeurs Sander et Goldberg font observer que, selon leur expérience, le processus de sélection de l'orientation préalable est facilité par le constat que la médiation demeure le mode préféré des parties. La médiation leur permet à la fois d'atteindre leurs trois objectifs clefs (limiter les coûts, économiser le temps et restaurer les liens) et également de rester dans la confidentialité, tout en surmontant le principal obstacle à la résolution de leur différend (problème de communication). C'est la raison pour laquelle ils considèrent qu'elle doit être présumée la meilleure voie. Et par rapport à la conciliation? Si celle-ci ne bénéficie pas des Autorités des moyens pour se dérouler dans un temps suffisant, et de magistrats conciliateurs formés et motivés<sup>41</sup>, elle devra elle aussi s'incliner devant la médiation, plus respectueuse envers la liberté des parties, tout particulièrement en comparaison avec la conciliation pratiquée par le juge du fond, ce qui va à l'encontre des règles posées par les instruments de droit international (garantie de la confidentialité) que le CPC n'a pas voulu reprendre.<sup>42</sup>

## VII. L'expérience néerlandaise: phare des magistrats européens, source pour les autorités suisses

La récente conférence «Moving Mediation» qui s'est tenue à La Haye<sup>43</sup> a révélé les raisons profondes du succès du système judiciaire performant et d'avant garde des Pays-Bas. Tandis que les législateurs de France (en 1995), de Belgique (en 2004) et de Suisse (en 2008) ont tous retenu le système de la médiation métajudiciaire (hors du pouvoir judiciaire) dans leur code de procédure civile, abstraitement, sans se soucier du tout des modalités pratiques indispensables à son fonctionnement, les autorités néerlandaises ont procédé inversement: elles ont programmé un système métajudiciaire empirique, par vagues d'expériences pilote, analysées de manière systématique et scientifique, constamment débattues, étendues et réadaptées, pour ensuite

pouvoir adopter une législation conforme à ce qui fonctionne le mieux. Une méthode suivie par la Slovénie.<sup>44</sup>

Au coeur de ce système se situent deux facteurs essentiels: l'orientation préalable du juge néerlandais, qui analyse le conflit avec les parties et leurs conseils, de manière à les aiguiller de manière consensuelle vers la solution la plus adaptée à leur conflit: la conciliation, la médiation ou le jugement, et le suivi externe du processus de médiation d'un bout à l'autre par un fonctionnaire spécialisé (l'officier de médiation), y compris par un questionnaire de satisfaction à l'issue de l'accord final de médiation.

Le modèle néerlandais, comparé au modèle américain<sup>45</sup> paraît à la fois plus simple quant au nombre d'options (conciliation, médiation et jugement) et plus sophistiqué quant à la rigueur de l'analyse du conflit.

On aura ainsi compris tout le profit que peuvent en tirer les magistrats suisses, une fois formés à la maïeutique de l'orientation préalable, eux qui ont reçu de par le CPC le double devoir de pacification sociale rappelé en tête de ces lignes, et qu'ils ne rempliront efficacement pour les parties qu'après avoir procédé à l'analyse de leur conflit, et non *in abstracto*. L'aiguillage se fera sous leur égide entre les trois mêmes options que leurs collègues néerlandais. Pour les autorités cantonales qui auront compris les vrais enjeux du CPC et seront attentives à réaliser sur le terrain l'injonction des autorités fédérales en faveur de la résolution amiable, il s'agira de favoriser en même temps l'insertion dans le judiciaire de courroies de transmission fonctionnelles vers la médiation, en formant les greffiers ou secrétaires juristes comme «officiers de médiation», ceux-ci agissant déjà en amont par l'envoi de questionnaires aux parties (comme celui traduit dans l'encadré à la page suivante).

## VIII. Conclusion: L'art de sélectionner le mode de résolution des différends le plus approprié

Le CPC en tant qu'il accorde une place et un rôle déterminants au règlement amiable ne peut sur ce point avoir d'effet que si des mesures de mise en œuvre l'accompagnent, les secteurs public et privé y ayant tous deux des responsabilités à prendre et des synergies à déployer. L'exemple en est donné au sein des groupes de contact sur le règlement amiable des différends qui réunissent tous les acteurs concernés dans chacun de nos cantons.<sup>46</sup> Outre l'indispensable formation des acteurs, qui va s'étendre sur une ou plusieurs décennies selon les cantons, le système même de la médiation métajudiciaire ne peut pas fonctionner sans une connexion assurant le lien entre la procédure

41 La priorité au règlement amiable restera lettre morte tant qu'elle n'a pas d'impact sur la logistique, offerte ou refusée à la conciliation ou à la médiation par les Autorités concernées; la logistique accordée à sa réalisation représente la «preuve par l'acte» de la volonté politique de favoriser le règlement amiable.

42 Cf. supra, note 6.

43 Cf. supra, note 39.

44 La personnalité d'ALEŠ ZALAR a permis, comme juge, qu'il développe la médiation sur une base pragmatique dans le district de Ljubjana, puis comme ministre de la justice qu'il présente un projet de loi consacrant l'expérience enregistrée, loi ayant été adoptée par le Parlement de Slovénie le 19 novembre 2009.

45 Cf. note 18.

46 Cf. supra, note 4.

et la médiation.<sup>47</sup> L'orientation préalable, relativement aisée et peu coûteuse à mettre en place, sera sans doute, sous une forme de plus en plus évoluée, la méthode qui permettra aux parties de choisir en pleine connaissance de cause le mode le plus approprié – ou le plus personnalisé – pour résoudre leur différend.

47 Cf. supra, note 17.

L'orientation préalable contribuera ainsi à répondre à l'injonction fédérale accordant à la résolution amiable la priorité. C'est en commençant par en débattre et à en expérimenter les modalités en Suisse que l'on parviendra, à l'instar de nos amis néerlandais, à forger un modèle de plus en plus performant au service des justiciables de demain.

(Formulaire néerlandais remis aux parties demanderesse et défenderesse après le dépôt d'une requête)

### Test personnel

Vous trouverez ci-dessous plusieurs points particuliers qui peuvent vous être utiles pour décider s'il y a lieu de choisir la médiation. On rencontre souvent dans la pratique une objection: une partie pense que l'autre partie n'est pas préparée à résoudre le problème alors que ce n'est pas véritablement le cas. Ne considérez donc pas ce que l'autre partie pourrait penser ou vouloir. Considérez le sujet seulement de votre propre point de vue.

Etes-vous prêt-e-s à collaborer à la réalisation d'une solution issue d'une concertation mutuelle?

Oui, parce que

- je vois des possibilités pour une solution raisonnable,
- une solution rapide servirait mes intérêts,
- je dois être souvent en relation avec l'autre/les autres parties,
- j'aimerais trouver une solution convenable dont je puisse influencer l'élaboration,
- il y a eu une rupture dans la communication,
- je pense que par la médiation d'autres conflits que j'ai avec l'autre/les autres parties pourront être réglés,
- probablement cela diminuera considérablement les frais de justice.

Non, parce que

- j'estime très important qu'une décision judiciaire soit rendue sur ce problème,
- une tentative précédente de médiation a échoué et je ne veux pas la répéter,
- je ne vois pas d'autre possibilité de négocier parce que . . . (veuillez compléter)

Je suis hésitant, parce que

- je ne sais pas exactement ce que je vais entreprendre,
- je ne sais pas combien il y a d'espace pour la négociation,
- je trouve difficile de m'asseoir à la même table que l'autre/les autres parties,
- je ne sais pas si l'autre/les autres parties vont collaborer,
- je ne vois pas beaucoup de possibilités.

Si vous donnez une ou plusieurs réponses «oui», veuillez contacter l'officier de médiation de la juridiction et signer un engagement de médiation.

Si vous êtes hésitant ou si vous souhaitez en savoir plus, vous pouvez en parler avec l'officier de médiation de la juridiction ou consulter le site [www...](http://www...) ■

## Zur Erinnerung

**Vermächtnisklage:** Durchsetzung des obligatorischen Anspruchs auf Ausrichtung des Vermächtnisses, denn dieses hat die Form eines Damnationslegats (vgl. Erbschaftsklage).

**Versteinerungsklausel:** zum Schutz des ausländischen Vertragspartners gegen Diktaturen wird das bei Vertragsschluss geltende materielle Recht «eingefroren» bzw. vereinbart, dass der in Frage stehende Vertrag nur einvernehmlich geändert oder beendet werden darf. Grundsätzlich ist immer das heute geltende Recht anwendbar.

**error in iudicando:** unrichtige Anwendung des materiellen Rechts, Fehler eines Urteils. Ein Rechtssatz ist nicht oder falsch oder zu Unrecht angewendet worden, bzw. ein Sachverhalt wurde unrichtig beurteilt oder zu wenig untersucht.

**Kriminalität, Organisierte:** vielfältige Erscheinungsformen; gekennzeichnet dadurch, dass nicht der Täter, sondern der Kunde die Tat bestimmt und dass persönliche Beziehungen keine grosse Rolle spielen. Merkmale sind: dauerhafter Zusammenschluss mehrerer Personen; hierarchische Organisation und Sorge für die Sicherheit der Mitglieder; planmässiges und arbeitsteiliges Vorgehen; illegale Geschäfte, die den Bedürfnissen der Bevölkerung angepasst sind; flexible Verbrechenstechnologie und vielfältige Verbrechenmethoden; bewusstes Ausnützen der Infrastruktur (Funk, Telefon usw.); Internationalität und Mobilität.

**Vorbehalte:** im Völkerrecht die Einwände eines Staates gegen die vollständige und unveränderte Inkraftsetzung des unterzeichneten multilateralen Vertrages, weil einzelne Vertragsbestimmungen für diesen Staat unannehmbar sind. Bei einem bilateralen Vertrag sind Vorbehalte begriffsnotwendig ausgeschlossen.

Fortsetzung auf Seite 52

Christiane Fruht\*

## Der Anwalt-Knigge

**Stichworte :** Umgangsformen, Knigge, Businesskleidung, Grüßen, Anrede, Geschäftsleben

### I. Einleitung

Ob uns jemand angenehm ist und somit gute Umgangsformen pflegt, beurteilen wir nach der Art der Begrüssung, der Form des Small Talks, des äusseren Erscheinungsbilds und des Kleidungsstils. Die Fachkompetenz spielt zunächst eine nebensächliche Rolle und kommt erst nach dem ersten Eindruck zum Tragen. Umso wichtiger ist es, die Regeln von Stil und Etikette zu kennen und einzuhalten. Dabei darf und sollte die eigene Persönlichkeit stets gelebt und nicht unterdrückt werden. Denn ob Ihr Verhalten authentisch ist oder nicht, wird vom Gegenüber sehr wohl wahrgenommen und beeinflusst das zukünftige Vertrauensverhältnis. Es ist heutzutage eine sehr komplexe Aufgabe, selbstbewusst zu bleiben und sich gleichzeitig anpassen zu können. Hier einige Tipps über Stil und Etikette, mit denen jede und jeder souverän die eigene soziale und fachliche Kompetenz unterstreichen kann.

### II. Der erste Eindruck

Für den ersten Eindruck gibt es keine zweite Chance, so der Volksmund. Sicher ist, dass der erste Eindruck die Einstellung zu meinem Gegenüber prägt. Die visuelle Wahrnehmung ist die schnellste, wenn man mit sich selbst klärt, ob der Mensch gegenüber als glaub- und vertrauenswürdig, engagiert, unsicher, überheblich, autoritär, angenehm, unsympathisch etc. wahrgenommen wird. Die vom Ultrakurzzeitgedächtnis aufgenommenen Daten werden ein zweites Mal abgeglichen, um festzustellen, in welches der mir bekannten Raster der Mensch passt. Das ist die zweite Chance. Und mein erster Eindruck. Weicht der Auftritt des Anwalts von den Erwartungen des Mandanten ab, erschwert sich die Darstellung seiner Kompetenz zugunsten der Ablenkung durch nonkonforme Details wie dem Ohrring als Zeichen der stillen Rebellion, dem ausgeleierten Armband aus dem Südamerika-Urlaub oder dem lustigen Aufdruck auf der Krawatte. Fragt man den Mandanten nach einiger Zeit, woran er sich im Rahmen der juristischen Beratung erinnert, ist ganz sicher dieses augenfällige Detail dabei. Der visuelle Reiz hat den Mandanten unter Umständen so irritiert, dass er wichtige Beratungsinhalte nicht aufgenommen hat. Erwartungen von Mandanten und Kollegen nicht zu erfüllen heisst, auf eine Einlasskarte zu verzichten. Sie müssen sich viel mehr anstrengen, um Ihre Kompetenz zu kommunizieren. Diese verkauft sich besser in einer guten Verpackung. Der Begriff Verpackung soll hier synonym stehen für gute Umgangsformen. Derjenige, der sie be-

herrscht, wird ihm bekannte Regeln erkennen und die Gewandtheit schätzen. Wer sich noch nicht mit den Umgangsregeln beschäftigt hat, wird sich in Ihrer Gesellschaft dank Ihrer Aufmerksamkeit unwillkürlich wohl fühlen. Die Anwaltspraxis hat viele Bühnen, auf denen es sich zu bewähren gilt. Fangen wir mit dem Begrüssungsritual an.

### III. Grüßen, begrüßen und Handschlag

Das Begrüssungsritual ist zum einen der erste Kontakt beim Kennenlernen, zum anderen flankiert es jedes weitere Treffen, sei es das Vorstellungsgespräch, den Mandanten-Kontakt, die Begegnung von Kolleginnen und Kollegen auf einem Kongress. Und auch hier hinterlassen wir jedes Mal einen Eindruck. Daher ist es gut zu wissen, wie es richtig geht: Grüßen meint den verbalen oder nonverbalen Tagesgruss, den im beruflichen Kontext immer der Rangniedere zuerst ausspricht, im privaten derjenige, der den anderen zuerst sieht. Dann entscheidet der Ranghöhere, ob er auch begrüßen, also die Hand reichen möchte. Auf privatem Parkett entscheidet die Frau oder der deutlich Ältere, ob sie/er die Hand reichen möchte. Dass Klein Hänschen lernt, dem Opa Franz die Hand zu geben, ist damit überholt, denn Opa Franz trifft die Entscheidung. Der Handschlag findet aus einer Distanz von mindestens einem halben bis einem Meter statt. Er ist perfekt, wenn einmal kräftig mit der senkrechten Handfläche der trockenen, rechten Hand zugegriffen wird, man sich frontal und frei von physischen Barrieren gegenüber steht (so erzielt man die grösste Aufmerksamkeit), die Blicke sich treffen und für einen kurzen Moment gehalten werden, so dass die Bereitschaft für ein kurzes Gespräch suggeriert wird. Kommen Sie beruflich zu einer Gruppe, unter der sich auch ein Vorgesetzter und für Sie wichtiger Entscheider befindet, grüssen Sie als Ankommender zuerst die Gruppe, dann fragen Sie dezent in die Runde «Herr Dr. Wichtig?», der sich Ihnen dann sehr wahrscheinlich zu erkennen geben wird. Entscheidet er, Ihnen die Hand zu geben, findet der Handschlag auch mit allen anderen der Gruppe statt. Bei Gruppen mit über fünf Personen brauchen Sie dabei nicht mehr nach Rang und Geschlecht zu sortieren.

### IV. Sich und andere vorstellen

Doch vorher sollten Sie sich vorstellen. Floskeln wie «Gestatten» oder «Darf ich mich Ihnen ...» sind dabei überholt. Nennen Sie stattdessen den Tagesgruss «Grüezi», folgen Sie mit «Mein Name ist» und nennen dabei Vor- und Zunamen, ergänzen Sie bei beruflichen Treffen noch Ihre Funktion, oder bei einem überregionalen Treffen den Ort, aus dem Sie kommen. Hatten Sie bis-

\* M.A. selbstständige Kommunikationstrainerin//ERFOLGSDIALOGUE//München, [www.fruht.de](http://www.fruht.de)

her bereits unpersönlichen Kontakt zu Ihrem Gegenüber, sprechen Sie individuell Ihre Freude über die heutige Begegnung aus: «Ich habe mich besonders darauf gefreut, Sie heute hier zu treffen». Haben Sie die Gelegenheit, zwei Personen einander vorzustellen, erhält der «König» zuerst die Kunde. «König» ist in der Anwaltspraxis der Vorgesetzte, dem in jedem Fall ein anwesender Mandant den Rang abläuft: «Herr Mandant, das ist unser Senior Partner, Herr Mächtig. Herr Mächtig, das ist unser Mandant, Herr Kläger.». Im privaten Bereich kommt der deutlich Ältere oder die Frau in den Genuss, zuerst zu erfahren, wer der andere ist. Der Einzelne wird in beiden Situationen der Gruppe vorgestellt. Und um das Eis zu brechen, findet ein Warm-up auf der Small-Talk-Ebene statt.

## V. Die Kunst des federleichten Small Talks

Das oft so beiläufige Gespräch ohne Tiefgang stellt die Weichen für zukünftige Kontakte. Ziel des Small Talks ist es, mit dem Gegenüber eine gemeinsame, sympathie- und vertrauensbildende Basis zu finden. Daraus ergeben sich die Regeln des Small Talks. Reden Sie über Alltagserfahrungen wie das Wetter, öffentliche Ereignisse der Umgebung, persönliche Interessen wie Kunst, Kultur, Freizeit, Sport, Reisen, Trends und Entdeckungen, Kulinarisches, Haustiere, den Ort, an dem Sie sich gerade befinden, Positives über den Gastgeber. Wenn Sie sich mit Kolleginnen und Kollegen treffen, sollten Sie Fachliches nur streifen, um erstens keinen Laien auszugrenzen und zweitens die Chance zu haben, über Ihre Fachkompetenz hinaus Sympathie und einen guten Eindruck zu hinterlassen. Sie assoziieren frei zu den aufkommenden Themen, gehen dabei aber eher in die Breite, statt in die Tiefe, mit der Absicht, möglichst viele gemeinsame Themen, Hobbies und Interessen zu finden. Wählen Sie keinesfalls Themen, die zu polarisierenden Diskussionen oder negativen Gefühlen führen könnten. Vermeiden Sie daher Ausführungen über Krankheiten und Glaubensfragen, die Angelegenheit Familienstand, denn Sie wissen nie, ob diese für Ihr Gegenüber gerade ein heikles Thema sind. In diesem Zusammenhang kann auch die Frage an Paare oder Frauen nach dem Kinderwunsch ins haltlose Terrain führen.

Manchmal ist man zu einem Empfang geladen, sei es im Rahmen eines Kongresses, eines Jubiläums oder einer Kanzleieröffnung. Wen es verunsichert, niemanden zu kennen, der sondiert bei Ankunft zunächst die Lage und beobachtet die Leute. Wer erscheint körpersprachlich so, als wäre er interessiert an einem Kontakt? Wer steht ebenfalls abseits, mit suchendem Blick? Wer hält sich krampfhaft an seinem Glas fest? Gehen Sie selbstbewusst auf diesen Menschen zu, er wird darüber erfreut sein. Eine Gruppe, die im geschlossenen Kreis zusammen steht und sich prächtig amüsiert, bietet Ihnen hingegen wenige Chancen, ins Gespräch zu kommen. Steht eine Gruppe im geöffneten Halbkreis, sehen die Leute suchend in den Raum, wird Ihr Blickkontakt erwidert, gilt das fast als eine Einladung, sich dazu zu gesellen. Nähern Sie sich. Nutzen Sie eine Gesprächspause, um mit «GNIF» einzusteigen: Gruss, Name, Information, Frage. Grüezi; meine Name ist Herman Paul; ich bin ein langjähriger Geschäftspartner des Gastgebers; woher kennen Sie den Gastgeber?

Befinden Sie sich auf einer Veranstaltung, die dem «Netzwerken» dient, ist es unhöflich, sich länger als 10 Minuten bei einem Kontakt aufzuhalten, auch wenn Sie dort in ein angenehmes Gespräch verwickelt sind. Zum einen verliert Ihr Gegenüber die Gelegenheit, sich mit anderen auszutauschen. Zum anderen vergeben Sie sich selbst die Chance, weitere interessante Menschen kennen zu lernen. Verabschieden Sie sich offen und ehrlich mit Worten wie «Ich würde jetzt gerne noch weiter schauen, wen ich noch treffen kann.», «Ich habe da eben einen Bekannten gesehen, den ich gerne begrüßen würde.» etc. Sollten Sie selbst Gastgeber sein, kann keiner Ihrer Gäste von Ihnen ein tief-schürfendes Gespräch verlangen. Ihre Aufgabe ist in diesem Falle, alle Gäste persönlich zu begrüßen, einige warme Worte anzuschliessen und dann den Kontakt zu anderen Gästen herzustellen: «Liebe Adele, das ist meine Mandantin Rosemarie Färber. Sie interessiert sich ebenso leidenschaftlich für Mode wie du.».

## VI. Damen und Herren und das heutige Geschäftsleben

Privat geniesst die gleichgestellte Dame vielleicht noch Vorzüge. Im Geschäft – wie sie weiss – kommt es heute vor allem auf Wissen, Erfahrung und Kompetenz an. Anwältin und Anwalt richten sich gleichermaßen nach der Hierarchie. Dem Geschlecht geschuldete Sonderbehandlungen sind «out». So wird der Senior Partner vor der Sekretärin begrüsst, weil er ranghöher ist. Die Anwältin betritt beim Geschäftsessen vor dem Mandanten das Restaurant, weil sie Gastgeberin ist. Der Sekretär schenkt dem Mandanten vor der Anwältin Kaffee ein, weil dieser Kunde und damit Ranghöchster ist. Wenn es keine Hierarchie-Unterschiede gibt, ist es charmant, der Dame den Vorzug zu geben.

Die Antwort auf die Frage, wann sich mein Mandant, mein Vorgesetzter in meiner Umgebung wohl fühlt, gibt bereits Hinweise darauf, wie die Begleitung und der Vortritt der Person geregelt sind. Denn dabei geht es meistens um die Sicherheit der Person, der besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden soll. Generell geht diese Person rechts, traditionell die Beschützerseite der Stärkeren (Männer). Sie begleiten Ihren Mandanten also auf der linken Seite durch die Flure in den Besprechungsraum. Sollten Sie eine Treppe aufsteigen müssen, folgen Sie ihrem Mandanten. Steigen Sie die Treppen nach unten, gehen Sie voran. War der Mandant noch nie in Ihrer Kanzlei, ist ihm das Terrain unbekannt, gehen Sie voran, um ihn nicht durch mögliche Orientierungslosigkeit zu kompromittieren. War der Mandant schon einmal da, gewähren Sie ihm den Vortritt. Die Türen halten Sie auf. Gibt es eine Drehtür, gehen Sie voran und stossen die Tür an. Auch beim Betreten des Aufzugs kommt es darauf an, mögliche Gefahren zu bannen. Sie stellen sich also in die Lichtschranke, um Ihren Mandanten zu schützen. Sind die Raumverhältnisse zu eng, halten Sie Ihre Hand in die Lichtschranke. Im Besprechungsraum angekommen, wählt der Mandant einen ihm genehmen Platz. Der beste Platz ist jener, der mit dem Rücken zur Wand zeigt. Eine angenehme und kooperative Gesprächs-atmosphäre erzielen Sie, wenn Sie sich in etwa 120 Grad zu Ihrem

Mandanten an einem neutralen Besprechungstisch positionieren. In dieser Sitzposition können sich die Körpersprache und der Blickkontakt, der zentral ist für die Gesprächssteuerung, optimal synchronisieren.

## VII. Unpässlichkeiten der Kollegen

Sie haben einen Kollegen, der sehr nett ist, aber er riecht. Wie gehen Sie damit um? Wer sagt es ihm? Alle Anspielungen zu diesem Thema sind tabu: das auf den Schreibtisch gestellte Deo, das permanent geöffnete Fenster, das Ansinnen, aus dem Büro zu ziehen. Sprechen Sie das Thema nicht an, kommt das fast einem Vertrauensbruch gleich, denn auch Sie würden sich wünschen, über Ihre nachteilige Wirkung informiert zu werden. Derjenige, der dem Kollegen am nächsten steht, sollte unter vier Augen die Rückmeldung geben. Tabu sind im Zuge der Vertraulichkeit Formulierungen wie «Uns ist aufgefallen ...» oder auch die Delegation des heiklen Falls an den Chef. Um den Kollegen nicht zu verletzen und die Peinlichkeit in Grenzen zu halten, empfiehlt sich folgende Strategie: 1) Lob oder Kompliment – 2) Ich habe wahrgenommen – 3) Seit kurzem – 4) Solidarisierung – 5) Ratschlag. Zum Beispiel: «Benjamin, ich finde, wir haben beim letzten Fall wirklich sehr gut zusammengearbeitet, mir macht es wirklich Spass mit Dir. Nur ist mir in letzter Zeit Dein Körpergeruch aufgefallen. Vielleicht lag es am Stress, den wir hatten. Mir ging das auch mal so. Ich verwende jetzt immer Deo XY und habe immer ein frisches T-Shirt in der Kanzlei. Seitdem ist es viel besser.» Sicher wird Kollege Benjamin erst einmal schockiert sein. Im Nachhinein ist er Ihnen jedoch dankbar für die vertrauten und offenen Worte.

Ärgern Sie sich über ein zwischenmenschliches Problem mit Ihren Kollegen, sollten Sie dieses ebenfalls im vertrauten Umfeld thematisieren. Ihre Arbeitsbeziehung wächst an einem geklärten Konflikt und kann unter Umständen an indirekten Sanktionen und Sticheleien zerbrechen. In diesem Gespräch verwenden Sie grundsätzlich «ICH-Botschaften», und es könnte etwa folgendem Schema folgen: Nennen Sie ganz konkret den Auslöser Ihres Unmuts, benennen Sie dann das Gefühl, das es bei Ihnen ausgelöst hat, oder auch Ihr Bedürfnis, das nicht erfüllt wurde. Teilen Sie anschliessend mit, welches Verhalten Sie sich für die Zukunft in einer ähnlichen Situation wünschen. Behalten Sie dabei im Hinterkopf, dass Ihr Kollege seine eigenen Gefühle und Bedürfnisse hat. Hören Sie sich seine Variante der Geschichte an und akzeptieren Sie diese. Begeben Sie sich dann auf die gemeinsame Lösungssuche und loben Sie jedes Einlenken Ihres Kollegen.

Manchmal sind die Herausforderungen mit den Kollegen auch nur oberflächlicher Natur: Die Bluse hat einen Fleck, am Mund hängen noch Spuren des Mittagessens, die Frisur sitzt «auf halb neun». Mittels der «Touch, Turn, Talk»-Strategie können Sie frei von Peinlichkeitsgefühlen Kollegen auf kleine Mängel hinweisen: *Touch*: «Darf ich Sie darauf hinweisen: Sie haben Petersilie am Zahn». *Turn*: «Ich liebe ja frische Kräuter am Essen ...» *Talk*: «Haben Sie auch einen kleinen Kräutergarten?» Ihr Gegenüber wird erleichtert darüber sein, auf den «Mangel» hingewiesen worden zu sein.

## VIII. Siezen und Duzen

Ob Sie sich in der Kanzlei duzen oder siezen lassen, von Kolleginnen/Kollegen, vielleicht auch von vertrauten Mandanten/Mandantinnen, hängt von der Wirkung ab, die Sie erzielen möchten. Setzen Sie auf das «Du», beabsichtigen Sie vielleicht eine persönliche Bestätigung Ihrer vertraulichen Beziehung, eine lockere, jugendliche Wirkung und Bestärkung eines «Wir-Gefühls». Doch bedenken Sie: Einmal Du ist immer Du. Der Weg zurück zum Sie ist nur schwer möglich, zumindest aber sehr folgenreich. Lassen Sie sich deswegen Zeit. Wenn Sie etwas länger beim Sie bleiben, wirken Sie vielleicht förmlich. Im Geschäftsleben ist dies jedoch ratsamer, als zu kumpelhaft aufzutreten. Das «Siezen» wirkt sachlich, professionell und respektvoll. In Unternehmen, in denen grundsätzlich geduzt wird, zum Beispiel in angelsächsischen oder skandinavischen, verliert die Ansprache ihre hierarchische Feinheit, die dann durch andere verbale oder handelnde Rituale wieder hergestellt wird.

Wer bietet nun wem das «Du» an? Im Geschäftsleben gilt: Der Ranghöhere entscheidet, wem er das «Du» anbietet, also zum Beispiel der Senior Partner dem neuen Mitarbeiter nach der Probezeit. Auf gleicher Ebene schlägt der dienstältere Anwalt dem Neuling, zum Beispiel beim gemeinsamen Mittagessen, das Du vor. Die ältere Kollegin bietet der deutlich jüngeren Kollegin das Du an. Über all dem steht der Mandant, er ist in jedem Fall der Ranghöhere, der das Du anbieten darf, es obliegt also nicht Ihnen. Natürlich dürfen Sie ein Duz-Angebot auch ablehnen. Sie begeben sich damit jedoch auf das sensible Terrain der Beziehungsebene, und die Zurückweisung könnte vom Gegenüber möglicherweise als Vertrauensbruch empfunden werden. Deswegen sollten Sie diplomatisch vorgehen. Drücken Sie zunächst Ihre Wertschätzung für das Duz-Angebot und das damit ausgesprochene Vertrauen aus. Geben Sie dann einen sachlichen Grund an, warum Sie das Angebot nicht annehmen können. Sprechen Sie zum Schluss den Wunsch nach Ihrer zukünftig ebenso vertrauensvollen Zusammenarbeit aus. «Lieber Herr Müller, vielen Dank für das Angebot. Ich empfinde unsere Zusammenarbeit auch als äusserst angenehm. Da ich jedoch noch recht neu im Beruf bin, kann ich nur in der besten Weise mit meinen Mandanten arbeiten, wenn ich im «Sie-Verhältnis» zu ihnen stehe. Ich weiss Ihr Angebot zu schätzen und hoffe, dass wir weiterhin so gut miteinander arbeiten, auch wenn wir beim Sie bleiben.»

Stellen Sie sich manchmal die Frage, ob Sie sich vor Mandanten als Kollegen duzen oder siezen sollten, rate ich Ihnen nicht zu einem Theaterstück. Sprechen Sie sich ruhig mit Du an, und wenn Sie übereinander reden, nennen Sie Vor- und Nachnamen der Kollegen: «Meine Kollegin Roswitha Meier wird Ihnen einen Termin geben». So spürt der Mandant die kollegiale und zugleich professionelle Atmosphäre in Ihrer Kanzlei. Ferner weiss er, mit welchem Nachnamen er Ihre Kollegin Roswitha ansprechen kann. Und im Privaten gilt heute allein die Altersregel; der deutlich Ältere bietet dem Jüngeren das Du an. Die so genannte «Damenregel» ist im Zuge der Gleichberechtigung überholt. Heute kann sich auch die Dame dem Risiko einer Abfuhr ihres «Duz-Angebots» aussetzen.

## IX. Businessmode

Sicher mögen die folgenden Ausführungen etwas konservativ anmuten; doch es ist wichtig und richtig, diese Regeln zu kennen. Dann kann man mit ihnen spielen, oder sie auch brechen. Aber bitte schön bewusst, und nicht durch Unwissenheit. Die Kleidung wirkt beim Mandanten wie eine Eintrittskarte, die akzeptiert oder abgelehnt wird. Wer sagt, es komme doch auf Inhalte und persönliche Werte an, dem sei entgegnet, dass sich auch gute Produkte in ansprechender Verpackung besser verkaufen.

### 1. Die Kleidung der Anwältin

Zur Grundausstattung zählen Kostüme und Hosenanzüge, dezentere Kleider sowie Kombinationen aus Hose oder Rock mit Blazer. Diese werden durch schlichte Blusen oder Jersey-Shirts ergänzt. Mit den weiblichen Reizen geizen, lautet das Bonmot, wenn durch Kompetenz gegläntzt werden soll. Daraus folgt eine zwar körpernahe, aber nicht zu enge Passform, der Ausschnitt nicht tiefer als bis zur Achsellinie, die Ärmellänge bis etwa zum Handgelenk, wobei die Bluse oder das Shirt als ergänzender Abschluss einen Zentimeter aus dem Ärmel hervor schaut. Im konservativen Umfeld sind bei jedem Wetter (naturfarbene) Strumpfhosen zum Rock bzw. Strümpfe zur Hose Pflicht. Die Schuhe sind geschlossen, am besten Pumps. Sie sind schlicht und haben einen soliden Absatz, der etwa fünf Zentimeter hoch sein sollte. Farblich ergänzen die Schuhe die Garderobe und passen zu Gürtel, Uhrenarmband und Handtasche. Beim Schmuck gilt: weniger ist mehr; denn kein Accessoire, sondern Ihre Ausführungen sollten die Aufmerksamkeit des Mandanten in Bann ziehen. Der Schmuck sollte lediglich ergänzen; mit klassischem Perlen-schmuck liegen Sie bei geschäftlichen Auftritten immer richtig.

### 2. Die Kleidung des Anwalts

Auch der Anwalt stellt sich bei der Auswahl seiner Garderobe die drei Fragen: Wohin gehe ich? Wozu bin ich dort? Und was will ich erreichen? Um ganz sicher zu gehen, greift er deshalb am

besten zum Anzug in dezenten, dunklen Farben. Schwarz ist vor allem für festliche Anlässe vorgesehen; geeigneter sind daher anthrazit, dunkelblau oder changierendes, dunkles Braun. Der Schnitt sollte körpernah und dennoch grosszügig sein. Die Ärmellänge reicht bis zum äusseren Knöchel des Handgelenks, so dass die Hemdmanschette noch zwei Zentimeter hervor schauen kann. Die Hose reicht bis etwa fünf Millimeter über den Absatz. Das Hemd ist klassisch weiss oder pastellfarben. Muster sind der aktuellen Mode geschuldet; karierte Hemden zählen nicht zu den Businessmodellen. Dunkle Krawatten wirken seriös, helle dagegen sportlich. Die Krawatte ist in der richtigen Länge gebunden, wenn die Krawattenspitze genau den Hosenknopf überragt. Der altbewährte Businessschuh ist aus dunklem, glattem Leder, zum Schnüren; mit Ledersohle. Die Strümpfe sollten so lang sein, dass auch beim Hinsetzen Haut und Beinhaar bedeckt bleiben. Farblich bilden die Strümpfe eine Brücke zwischen den Schuhen und der Hose; sie sollten einen Tick dunkler sein als die Schuhe. Es ist hilfreich, sich bei der Auswahl an der Farbe des Nahtmaterials des Hosensaumes zu orientieren. Die Schuhe passen farblich zum Gürtel, dessen Schnalle als Businessmodell so schlicht wie möglich ausfällt. Der stilvolle Anwalt hält sich in Sachen Schmuck zurück: Maximal fünf edle Stücke sollte er tragen, zum Beispiel Manschettenknöpfe und den Ehering. Verzichten sollte er auf Ketten, Armbänder und Ohrringe.

Der richtige Mix aus Authentizität, sozialer Intelligenz und Sicherheit in zeitgemässen Umgangsformen macht eine Persönlichkeit mit Stil aus. Sich darum bemühen bringt Sicherheit, und Sie unterstreichen damit Ihre Persönlichkeit und Ihre Kompetenz. Auch jenen, denen das Thema Umgangsformen zunächst überholt erscheinen mag, sei versichert, dass sich die Auseinandersetzung damit langfristig rentiert. Der Gewinn ist mehr Gelassenheit auf den unterschiedlichen Parketts des beruflichen und privaten Alltags. Ferner werden sich Mitmenschen, die in den Genuss Ihres aufmerksamen Benehmens kommen, in Ihrer Begleitung unwillkürlich wohlfühlen. Und auch Sie fühlen sich besser, denn anderen achtsam und unterstützend zu begegnen wirkt sich anregend auf das eigene Geltungsbedürfnis aus. Beginnen Sie damit. Jetzt! ■

## ■ Verfassungsrecht/Droit constitutionnel (I)

### Art. 29 Abs. 3 BV; unentgeltliche Rechtsverteidigung des Geschädigten

Wie sich aus den Akten ergibt, wirft die Staatsanwaltschaft dem Angeschuldigten versuchte Tötung vor. Die Untersuchungs- und Anklagebehörde beantragte schon zu Beginn des Strafverfahrens die Rechtsverteidigung des Geschädigten. Der blosse Umstand, dass dieser bei der untersuchten Schussabgabe in den Mund (oder zumindest unmittelbar am Mund) nicht schwer verletzt worden sei, schliesst einen Tötungsversuch (und damit ein zu untersuchendes Kapitalverbrechen) nicht aus. Unbestrittenermassen wohnt der Beschwerdeführer in Italien und bedarf im Umgang mit schweizerischen Behörden eines Dolmetschers. Er beansprucht im Strafverfahren als Zivilkläger adhäsionsweise Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche. Bei Würdigung sämtlicher Umstände erweist sich die anwaltliche Verteidigung des Geschädigten im vorliegenden konkreten Fall als sachlich geboten. Seine finanzielle Bedürftigkeit ist ausreichend glaubhaft gemacht und wird auch im angefochtenen Entscheid nicht widerlegt. Ein aussichtsloser Prozessstandpunkt als Zivilkläger ist nicht ersichtlich.

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B\_119/2009, 27.8.2009, X. c. Staatsanwaltschaft IV und Obergericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

### Art. 29a BV; Verzicht auf Einleitung eines Disziplinarverfahrens gegen einen Anwalt, Rechtsweggarantie

Nach konstanter Rechtsprechung dient das anwaltsrechtliche Disziplinarverfahren dem allgemeinen öffentlichen Interesse an der korrekten Berufsausübung durch die Rechtsanwälte und nicht der Wahrung individueller privater Anliegen. Der Anzeiger wird durch die Nichteinleitung oder Einstellung eines Disziplinarverfahrens deshalb nicht in schutzwürdigen eigenen Interessen betroffen. Es fehlt ihm damit auch die Legitimation gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG, um einen Entscheid über die Nichteröffnung oder Einstellung eines solchen Verfahrens mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht anzufechten (BGE 133 II 468 E. 2 S. 471 f. mit Hinweisen). Mangels eines schutzwürdigen Interesses verleiht die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV dem Anzeiger daher ebenfalls keinen Anspruch, auf kantonaler Ebene eine gerichtliche Überprüfung der erwähnten Entscheide zu erwirken (vgl. zudem BGE 132 II 250 E. 4.1–4.4 S. 253 ff.).

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C\_122/2009, 22.9.2009, X. c. Y. und Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte und Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

### Art. 32 Abs. 2 und 29 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK; Bestellung eines neuen amtlichen Verteidigers

Im Berufungsverfahren standen eine Freiheitsstrafe von 39 Monaten und eine stationäre therapeutische Massnahme auf dem Spiel. Da beide Sanktionen besonders stark in die Rechtspositionen des Beschwerdeführers eingreifen, ist sowohl nach Verfassungs- und Konventionsrecht als auch nach kantonalem Recht ein Fall der notwendigen Verteidigung gegeben (BGE 120 Ia 43 E. 2; § 10<sup>ter</sup> Abs. 1 Ziff. 2 der Strafprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, S. 162 N. 11 f.).

Wird bei der notwendigen Verteidigung die Hauptverhandlung ohne den Verteidiger des Angeschuldigten durchgeführt, verletzt dies Art. 32 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK (BGE 113 Ia 218 E. 3b–d).

Der Beschwerdeführer reichte am 10. September 2008 persönlich eine Berufung ein. Darin legte er dar, dass er sich durch den amtlichen Verteidiger nicht vertreten fühle, und ersuchte die Vorinstanz, sich anlässlich der Hauptverhandlung selbst verteidigen zu können.

Der Beschwerdeführer hatte zwar auch noch im vorinstanzlichen Verfahren einen amtlichen Verteidiger. Doch als dieser an der Hauptverhandlung nicht erschien, war der Beschwerdeführer nicht mehr in ausreichender und wirksamer Weise verteidigt. Dass er selbst seine Interessen nicht wahrnehmen konnte, ergibt sich aus dem angefochtenen Entscheid, wonach auf die Berufung mangels rechtsgenügender Begründung nicht eingetreten werden konnte. Zudem ist nicht ersichtlich, wie der rechtsunkundige Beschwerdeführer der Anklagebehörde hätte Paroli bieten sollen. Indem die Vorinstanz die Hauptverhandlung in Abwesenheit des amtlichen Verteidigers durchführte, versties sie gegen Art. 32 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK (BGE 129 I 281 E. 4.3 und 4.4 mit Hinweisen).

(Strafrechtliche Abteilung, 6B\_302/2009, 28.9.2009, B. c. Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Zug; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

## ■ Verwaltungsrecht/Droit administratif (II)

### Art. 12 und 17 BGFA; Disziplinaraufsicht über die Rechtsanwälte, Doppelmandat

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Vertretung von Versicherungsgesellschaft und Versichertem sind deren Interessen in der Regel deckungsgleich und lassen sich daher gewöhnlich gleichzeitig von ein und demselben Rechtsanwalt wahrnehmen. Eine gleichzeitige Vertretung ist mangels gleichgerichteter

Diese Rubrik enthält eine Auswahl der Rechtsprechung des Bundesgerichts 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 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.

Interessen dann ausgeschlossen, wenn Differenzen zwischen den Parteien des Versicherungsvertrages bestehen. Ist ein derartiger Konflikt bereits bei der ersten Kontaktnahme mit dem Rechtsanwalt absehbar, so darf dieser nur entweder die Versicherung oder den Versicherten als Klienten akzeptieren. Treten die Differenzen erst nach der Mandatierung des Rechtsanwalts zutage, so hat dieser beide Mandate niederzulegen und darf künftig in Fragen, welche mit dem betreffenden Versicherungsfall in einem Sachzusammenhang stehen, weder die Versicherung noch den Versicherten vertreten. Das entsprechende Vertretungsverbot gilt ohne weiteres auch für allfällige Prozesse gegen Dritte, selbst wenn Versicherer und Versicherte in diesen den gleichen Rechtsstandpunkt einnehmen sollten. An gleichgerichteten Interessen fehlt es etwa, wenn Versicherer und Versicherte unterschiedliche Ansichten über die Ersatzpflicht bzw. die Befriedigung des Geschädigten haben. Die bloss abstrakte Möglichkeit des Auftretens von Differenzen zwischen den Vertragsparteien reicht aber nicht aus, um auf eine unzulässige Doppelvertretung zu schliessen. Ansonsten wäre es einem Rechtsanwalt überhaupt nie möglich, zwei Personen zugleich zu vertreten, da immer denkbar ist, dass es zwischen diesen auf die eine oder die andere Art zu Meinungsverschiedenheiten bezüglich des Streitgegenstands kommt. Der Rechtsanwalt, der in der gleichen Angelegenheit zwei Mandanten vertritt, muss sich jedoch stets bewusst sein, dass deren Interessen zwar im Moment gleichgerichtet sein mögen, es zwischen ihnen künftig aber jederzeit zu Unstimmigkeiten mit gegensätzlichen Standpunkten kommen kann. Er hat deshalb alles zu unterlassen, was in einem allfälligen späteren Konflikt die Stellung eines Mandanten zum Vorteil des anderen schwächen könnte. Eine entsprechende Verhaltensregel ergibt sich ohne weiteres aus der allgemeinen Verpflichtung des Rechtsanwalts zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung, so dass ihre Missachtung disziplinarisch als Verstoß gegen Art. 12 lit. a BGFA geahndet werden kann. Deshalb ist nicht angezeigt, allein wegen der theoretischen Möglichkeit solcher Berufspflichtverletzungen die gleichzeitige Wahrung der Interessen von Versicherer und Versichertem generell als unzulässige Doppelvertretung zu qualifizieren. Dass die Versicherungsgesellschaft, falls sie (zumindest teilweise) ersatzpflichtig erklärt würde, allenfalls auf den Versicherten Regress nehmen könnte, ändert nichts. Es versteht sich von selbst, dass der Anwalt in einem allfälligen Regressverfahren weder die Versicherungsgesellschaft noch den Versicherten vertreten dürfte (BGE 134 II 108 E. 4.2 und 4.3).

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C\_121/2009, 7.8.2009, X. c. Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte und Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

### **Art. 12 aLEx/VS; Procédure d'expropriation, répartition des frais**

Régissant le sort des frais de la procédure de révision en matière d'expropriation, l'art. 12 aLEx/VS a la teneur suivante: «les frais de cette révision sont supportés par le réclamant, si la taxe nouvelle ne lui est pas plus favorable que la première». Le texte de

cette disposition est clair: les frais sont à la charge de l'exproprié si la commission de révision lui octroie une indemnité moins favorable ou égale à celle fixée par la commission d'estimation. Le Tribunal cantonal a toutefois considéré que l'art. 12 aLEx/VS signifiait que les frais de la procédure de révision suivaient le sort de la réclamation, de sorte qu'en l'espèce ils devaient être mis en partie à la charge de l'exproprié, qui n'avait obtenu que partiellement gain de cause. Cette solution est en contradiction avec l'art. 12 aLEx/VS, puisqu'en l'occurrence l'exproprié obtient finalement une indemnité plus favorable dans la procédure de révision. En effet, si les indemnités fixées par la commission d'estimation et la commission de révision étaient initialement identiques, le Tribunal cantonal a réformé la dernière décision en octroyant davantage à l'exproprié. En modifiant la répartition des frais prévue par cette décision, le Tribunal cantonal devait donc tenir compte de l'art. 12 aLEx/VS et dispenser l'exproprié de frais dans la mesure où la taxe nouvelle lui était plus favorable que la première. Le Tribunal cantonal n'expose pas les raisons qui l'ont amené à s'écarter du texte de l'art. 12 aLEx/VS et l'on ne distingue pas les motifs qui permettraient de déroger à la règle généralement adoptée, qui veut qu'en matière d'expropriation les frais soient en principe à la charge de l'expropriant. En droit fédéral, l'art. 114 de la loi fédérale sur l'expropriation (LEx; RS 711) prévoit en effet que les frais sont à la charge de l'expropriant (al. 1), sauf si l'exproprié fait valoir une réclamation manifestement abusive ou des prétentions nettement exagérées (al. 2). Cette règle se retrouve également à l'art. 69 de la nouvelle loi cantonale du 8 mai 2008 sur les expropriations, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009 (LEx/VS; RS/VS 710.1), qui prévoit que l'expropriant supporte les frais résultant de l'exercice du droit d'expropriation et de la procédure d'estimation (al. 1), les frais de la procédure d'estimation pouvant être mis totalement ou partiellement à la charge de l'exproprié s'il provoque des frais inutiles (al. 2). Quoi qu'il en soit, on ne voit pas sur quelle base les frais pourraient être répartis différemment en l'espèce, ni ce qui justifierait de s'écarter de l'art. 12 aLEx/VS. En adoptant sans motifs valables une solution manifestement contraire au texte clair de l'art. 12 aLEx/VS, le Tribunal cantonal a fait une application arbitraire de cette disposition.

(I<sup>re</sup> Cour de droit public, 1C\_251/2009, 15.9.2009, A. c/ Commune de Val-d'Illiez, Administration communale; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

### **§ 21 StipV/ZH; Ausbildungsbeiträge**

Die – vom Verwaltungsgericht geschützte – Annahme, für das berufsbegleitende Verfassen einer rechtswissenschaftlichen Dissertation sei von einer durchschnittlichen Dauer von vier bis fünf Jahren auszugehen, erscheint vertretbar. Damit aber war es nicht willkürlich, dem seit 1997 als Doktorand immatrikulierten Beschwerdeführer Stipendien bzw. Darlehen für das Ausbildungsjahr 2007/08 zu verweigern (vgl. auch die Kasuistik bei Plotke, a.a.O., S. 248 f.).

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C\_189/2009, 17.9.2009, X. c. Bildungsdirektion und Verwaltungsgericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

**Art. 4 et ss LDS; Impôt sur les successions**

Dans un arrêt très ancien du 18 mai 1928, le Tribunal fédéral avait jugé compatible avec les art. 4 et 46 al. 2 aCst une disposition du canton d'Uri qui autorisait l'imposition des immeubles sis dans le canton sans déduction des dettes pour autant que leur propriétaire soit domicilié à l'étranger. L'imposition sur la valeur brute était justifiée par le fait que le canton d'Uri ne pouvait savoir si l'état de domicile du contribuable offrait la réciprocité, question qui ne se posait en revanche pas dans les relations intercantionales (ATF 54 I 75). Ces constatations générales valent également pour l'impôt sur les successions prélevé par le canton de Genève. En effet, le passif est en principe distrait de toute succession ouverte dans le canton de Genève ou dans un autre canton (art. 4 al. 3 et 14 al. 1 LDS), le taux de l'impôt est progressif (art. 19 à 21 LDS) et le droit est calculé sur la part successorale nette revenant à l'héritier (art. 16 lettre a LDS). Pareils aménagements du droit sur les successions genevoises permettent d'affirmer qu'il est conçu comme un impôt (cf. d'ailleurs art. 1 al. 1 LDS) frappant la capacité économique des héritiers et non pas seulement comme un droit sur la mutation du patrimoine du de jure (Gregor T. Chatton, Quelques réflexions au sujet du nouvel article 8A de la loi genevoise sur les droits d'enregistrement et de sa constitutionnalité, in RDAF 2005 p. 1 ss, 5 s.).

Cela dit, la solution retenue par l'arrêt du 18 mai 1928 garde également toute sa valeur dans la présente cause. En effet, en l'espèce, en l'absence de convention de double imposition entre la Suisse et la République dominicaine, non seulement le canton de Genève comme canton de situation des immeubles ne peut s'assurer de la réciprocité accordée par le pays du dernier domicile du de jure, mais encore il ignore tout de la fortune de ce dernier et par voie de conséquence de l'ensemble des valeurs qui ont été transmises pour cause de mort à ses héritières. Il ignore ainsi leur capacité économique globale. Du moment qu'il ne connaît que l'existence des immeubles sis sur son territoire et par conséquent, qu'une partie non exhaustive de la capacité économique transmise aux recourantes, le canton de Genève ne viole ni l'art. 8 ni l'art. 127 al. 2 Cst. en appliquant en l'espèce l'art. 4 al. 6 LDS selon lequel aucune dette n'est déductible des actifs.

(II<sup>e</sup> Cour de droit public, 2C\_300/2009, 23.9.2009, 1. A.X., 2. B.X c/ Administration fiscale cantonale GE; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

**Art. 45 al. 1 CO; 1 et ss. LAVI; Indemnisation LAVI**

En matière de LAVI, la notion de dommage correspond en principe à celle du droit de la responsabilité civile (ATF 133 II 361). Aux termes de l'art. 45 al. 1 CO, en cas de mort d'homme, les dommages-intérêts comprennent les frais, notamment ceux d'inhumation. D'après la jurisprudence, il faut entendre par là les frais qui sont en relation directe avec le décès. Ont ainsi été admis les frais suivants: cercueil, faire-part, enterrement, repas, monument funéraire, alors que les frais d'entretien de la tombe ont été exclus (ATF 34 II 447; 113 II 323 et les références). La

doctrine admet également les frais de réception comme faisant partie, selon les us et coutumes, des frais d'inhumation (Franz Werro, Commentaire romand CO I, no 4 ad art. 45 CO, p. 314; Heinz Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4<sup>e</sup> éd. 2008, p. 65 s. n. 279; Alfred Keller, *Haftpflicht im Privatrecht II*, 2<sup>e</sup> éd. 1998, p. 77 s.; Oftinger/Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Allg. Teil I, 5<sup>e</sup> éd. 1995, p. 332 n. 252). Dans le cas particulier, les frais de réception, qui s'élèvent à CHF 1 480, ne sont pas excessifs et doivent dès lors être intégralement pris en compte dans le calcul du dommage. Les frais funéraires doivent ainsi être admis pour un montant arrondi à CHF 9 900, dont la moitié est à la charge de la recourante, à savoir CHF 4 950.

(I<sup>re</sup> Cour de droit public, 1C\_264/2009, 9.10.2009, A. c/ Département cantonal de l'intérieur VD; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

**■ Zivilrecht und SchKG/Droit civil et poursuite pour dettes et faillite (III)****Art. 932 CO; Effet d'une publication**

S'agissant des inscriptions au Registre du commerce, celles-ci sont opposables dès le jour ouvrable qui suit celui dont la date figure sur le numéro de la Feuille officielle suisse du commerce (ci-après: FOSC) où est publiée l'inscription (art. 932 al. 2 CO). Conformément à la possibilité réservée par l'art. 931 al. 2<sup>bis</sup> CO, la FOSC paraît dorénavant également sous forme électronique, à l'adresse internet [www.shab.ch](http://www.shab.ch). Cette publication a lieu le même jour que la version imprimée (art. 8 al. 1 et 11 al. 1 Ordonnance FOSC; RS 221.415). L'art. 9 Ordonnance FOSC précise même – contrairement au système en vigueur jusqu'au 28 février 2006 – que c'est la version électronique qui fait foi par rapport à la publication dans la FOSC (cf. Vianin, op. cit., n. 13 ad art. 933 CO). Avant même l'introduction d'une version informatique de la FOSC, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de prendre en considération d'office des inscriptions tirées d'une telle publication (ATF 98 II 211; Martin K. Eckert, *Basler Kommentar*, n. 6 ad art. 933 OR; Yves Donzallaz, *Commentaire de la Loi sur le Tribunal fédéral*, 2008, n. 4052 et autres réf.).

A teneur de l'extrait internet concernant «B. SA», le changement de raison sociale de cette société, précédemment dénommée «C. SA», est intervenu le 30 novembre 2007 et a été publié le 18 décembre 2007. Ce changement de raison sociale était indiqué sur le commandement de payer produit par la créancière devant le premier juge, l'office des poursuites en ayant tenu compte d'office.

Dans la mesure où le fait en question résultait d'une publication accessible à tout un chacun, il s'agissait d'un fait notoire que la créancière n'avait pas à prouver. La cour cantonale ne pouvait donc, sans verser dans l'arbitraire, retenir dans sa décision du 2 octobre 2008 qu'il n'existait pas d'identité entre la locataire désignée dans la reconnaissance de dette et la débitrice figurant sur le commandement de payer.

(II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 5A\_62/2009, 2.7.2009, A. AG c/ B. SA; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

### Art. 8 CC, 29 Cst; Violation du droit à la preuve

Désormais, le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF), y compris les droits constitutionnels (ATF 133 III 446). Dans cette mesure, le problème de la distinction entre les voies de recours tombe. Le point de savoir s'il faut déduire la violation du droit à la preuve de l'art. 8 CC ou de l'art. 29 al. 2 Cst. subsiste néanmoins. Si le droit d'alléguer des faits et d'offrir des moyens de preuve pertinents est invoqué en relation avec un droit subjectif privé découlant d'une norme de droit matériel fédéral, ce qui est le cas en l'espèce, il y a lieu de dénoncer la violation du droit à la preuve selon l'art. 8 CC et non du droit d'être entendu de l'art. 29 al. 2 Cst. L'art. 8 CC ne permet toutefois pas de remettre en question l'appréciation des preuves (arrêts 5A.198/2008 du 26 septembre 2008 et les autres arrêts cités). Par conséquent, les griefs de violation du droit d'être entendu au sens de violation du droit à la preuve, à l'exception de l'appréciation des preuves, doivent être traités comme des griefs de violation de l'art. 8 CC.

En l'espèce, le Tribunal de première instance a renoncé à toute mesure probatoire au motif que la légitimation active du recourant faisait défaut; il n'a donc pas examiné le fond de l'affaire. Pour sa part, la Cour de justice a confirmé l'absence de légitimation active mais est entrée en matière, à titre subsidiaire, sur la réalité et la gravité des actes reprochés au recourant. C'est vraisemblablement en raison du caractère superfétatoire de son argumentation qu'elle s'est abstenue d'entendre les parties et des témoins sur les faits décisifs de la cause. Elle n'a cependant pas motivé son choix de se référer aux seuls faits retenus par la CDC plutôt que de procéder elle-même à une instruction complète et contradictoire. Elle n'a pas non plus indiqué les raisons pour lesquelles la comparution des parties et l'audition de témoins ne pouvaient pas prévaloir sur les autres moyens de preuve administrés. Ce faisant, elle a privé le recourant de toute instruction de sa cause par une autorité judiciaire. Les art. 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH lui conféraient pourtant le droit à la tenue d'une audience aux fins de faire réentendre, dans des conditions compatibles avec les exigences d'indépendance et d'impartialité, les témoins qui s'étaient exprimés devant la CDC, instance associative, lors d'auditions auxquelles il avait certes participé, mais sans être assisté par un mandataire professionnel. La Cour de justice ne pouvait donc pas faire l'économie de l'instruction contradictoire si elle entendait se prononcer sur le fond de l'affaire, fût-ce à titre subsidiaire.

(II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 5A\_10/2009, 1.9.2009, X. c/ Association des médecins GE; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

### Art. 12 OPP 2; Prévoyance professionnelle (divorce)

Le taux d'intérêt rémunérateur et compensatoire applicable à la prestation de sortie à transférer à la suite d'un divorce doit, s'agissant de l'avoir de prévoyance obligatoire – et sous réserve de la situation prévue à l'art. 65d al. 4 LPP –, correspondre au taux minimal fixé à l'art. 12 OPP 2. En revanche, l'institution de prévoyance peut fixer librement le taux d'intérêt applicable à

l'avoir de prévoyance surobligatoire, celui-ci pouvant être inférieur au taux minimal, voire nul. Cette latitude ne saurait toutefois conduire, en l'absence d'un découvert, au versement d'un intérêt dit négatif sur l'avoir de prévoyance surobligatoire.

La Juge unique de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal ne pouvait appliquer au taux d'intérêt compensatoire applicable à la part surobligatoire de la prestation de sortie versée par P. le taux d'intérêt minimal fixé à l'art. 12 OPP 2. Compte tenu des indications données le 28 novembre 2008 par l'institution recourante, selon lesquelles les avoirs de prévoyance des assurés assujettis auprès d'elle avaient été rémunérés à un taux zéro durant les années 2007 et 2008, il convenait d'examiner plus avant la question de la quotité du taux applicable. Au regard des informations versées par l'institution recourante en procédure fédérale, et notamment du procès-verbal de la réunion du Conseil de fondation du 12 décembre 2007, il n'est pas possible en l'état de déterminer si les dispositions prises à cette occasion s'inscrivent dans un plan concerté de mesures destinées à résorber un découvert au sens de l'art. 44 al. 1 OPP 2 et, partant, de dire si elle peut appliquer le principe d'imputation et servir un intérêt dit négatif sur l'avoir de prévoyance surobligatoire de P.. De plus, le Conseil de fondation n'a fixé formellement que le taux d'intérêt applicable pour l'année 2008 à l'exclusion des périodes postérieures et antérieures à cette année. En conséquence, il convient de renvoyer la cause à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud pour qu'elle procède aux actes d'instruction nécessaires. Il lui appartiendra notamment de recueillir une attestation de la part de l'institution recourante distinguant les avoirs de la prévoyance obligatoire et ceux de la prévoyance surobligatoire de P. au moment de l'entrée en force du jugement de divorce, d'établir la nature et le fondement juridique précis de la décision prise par le Conseil de fondation le 12 décembre 2007 et d'examiner les décisions prises à propos des années antérieures et postérieures à 2007. Ce renvoi doit être toutefois assorti de la réserve suivante. L'examen ne pourra porter que sur la quotité du taux de l'intérêt compensatoire, à l'exclusion du taux de l'intérêt rémunérateur, celui-ci ne faisant pas l'objet du litige en procédure fédérale.

(II<sup>e</sup> Cour de droit social, 9C\_227/2009, 25.9.2009, Parties Fonds de prévoyance du Crédit Agricole (suisse) SA c/ 1. B., 2. P., Caisse de pension de l'UBS; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

## ■ Strafrecht/Droit pénal (IV)

### § 37 i. V. m. 38 StPO/SO; Parteientschädigung bei privater Verteidigung

Das Bundesgericht wendet grosse Zurückhaltung an, wenn der Aufwand als übersetzt bezeichnet wird, denn es ist Sache der kantonalen Instanzen, die Angemessenheit anwaltlicher Bemühungen zu beurteilen (Urteil 6B\_226/2009 vom 16. Juli 2009 E. 2.3 mit Hinweisen). In einem jüngeren publizierten Entscheid führte das Bundesgericht zudem aus, dass die Entschädigung für

einen amtlichen Anwalt «in der Grössenordnung von 180 Franken pro Stunde» liegen müsse, um vor der Verfassung standzuhalten (BGE 132 I 201 E. 8.7). Wenn – wie im vorliegenden Fall – die Entschädigungspflicht eines Wahlverteidigers im Raume steht, übt das Bundesgericht ebenfalls grosse Zurückhaltung und räumt der Vorinstanz einen erheblichen Ermessensspielraum ein.

Die Vorinstanz legte im zu beurteilenden Fall gestützt auf ihre seit mehreren Jahren ausgeübte Praxis einen Stundenansatz von CHF 220.– für einen privaten Verteidiger fest. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sie damit in Willkür verfallen wäre. Der Beschwerdeführer wendet zwar zu Recht ein, dass ein direkter Vergleich der Entschädigung eines amtlichen Verteidigers mit derjenigen eines privaten Verteidigers nicht möglich sei. Dies hat die Vorinstanz indessen nicht getan. Sie erwähnte lediglich, dass der von ihr als angemessen betrachtete Stundenansatz für einen privaten Verteidiger über 20% höher sei als derjenige eines amtlichen Verteidigers, der mit CHF 180.– pro Stunde entschädigt werde. Der Beschwerdeführer macht im Weiteren zu Unrecht geltend, der Vorinstanz stehe einzig das Recht zu, die Honorarnote im Lichte des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes auf ihre Angemessenheit zu prüfen. Vielmehr darf sie gestützt auf kantonales Recht den auszurichtenden Stundenansatz festsetzen. Sie ist entsprechend auch befugt, allfällige Kürzungen der geltend gemachten Parteientschädigung vorzunehmen, sofern sie dabei ihrer Begründungspflicht – wie vorliegend – nachkommt.

(Strafrechtliche Abteilung, 6B\_347/2009, 10.9.2009, X. c. Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Solothurn; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

### Art. 100 Abs. 3 BStP; Nichtanhandnahme einer Strafanzeige

Gemäss dem Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege ist gegen Nichtanhandnahmeverfügungen, Amtshandlungen und Säumnis sowie Einstellungsverfügungen des Bundesanwalts die Beschwerde an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zulässig (siehe Art. 100 Abs. 5 Satz 2, Art. 105<sup>bis</sup> Abs. 2 in Verbindung mit Art. 216, Art. 120 Abs. 4 BStP). Soweit nicht nur das in Art. 100 Abs. 5 BStP einzig erwähnte Opfer im Sinne des Opferhilfegesetzes, sondern allenfalls auch der Geschädigte zur Beschwerde gegen eine Nichtanhandnahmeverfügung des Bundesanwalts legitimiert sein sollte, wäre zu deren Beurteilung selbstredend ebenfalls die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts und nicht das Bundesgericht zuständig. Dies ergibt sich auch daraus, dass zur Beurteilung von Beschwerden gegen Einstellungsverfügungen des Bundesanwalts, zu welchen sowohl die Opfer als auch die Geschädigten legitimiert sind, die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zuständig ist (siehe Art. 120 Abs. 4 BStP).

Auf die Beschwerde gegen die Nichtanhandnahmeverfügung des Bundesanwalts ist daher im Verfahren nach Art. 108 BGG mangels funktioneller Zuständigkeit des Bundesgerichts nicht einzutreten.

(Strafrechtliche Abteilung, 6B\_407/2009, 22.9.2009, X. c. Schweizerische Bundesanwaltschaft; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

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

#### Art. 29 al. 2 Cst; Droit d'être entendu

La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., celui pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier et celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 132 V 368). Une partie à un procès doit pouvoir prendre connaissance de toute observation ou pièce soumise au tribunal et se déterminer à son propos, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement de nature à influencer sur le jugement à rendre. Il appartient en effet d'abord aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce nouvellement versée au dossier contient des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part. Elles doivent à cette fin pouvoir s'exprimer dans le cadre de la procédure, ce qui suppose que la possibilité leur soit concrètement offerte de faire entendre leur point de vue. En ce sens, il existe un véritable droit à la réplique qui vaut pour toutes les procédures judiciaires (ATF 133 I 98).

Les exigences liées au droit à la réplique ne sont pas respectées lorsque le tribunal communique une prise de position (ou une pièce nouvelle) à une partie, mais lui signifie dans le même temps que l'échange d'écritures est terminé, privant ainsi la partie de toute possibilité de présenter ses observations (cf. ATF 132 I 42). Lorsque le droit de procédure applicable prévoit qu'il n'y a en principe qu'un seul échange d'écritures – comme c'est le cas devant le Tribunal fédéral (cf. art. 102 LTF) –, l'autorité peut se limiter, dans un premier temps, à communiquer la prise de position à titre d'information, sans avis formel de la possibilité de répliquer; pour autant que le juge n'ait pas clôturé l'échange d'écritures, la partie est ainsi mise en situation de faire ou non usage de son droit de réplique; si elle s'en abstient, elle est censée y avoir renoncé après l'écoulement d'un délai raisonnable (cf. ATF 133 I 98, 132 I 42).

La juridiction cantonale a communiqué aux parties le complément d'expertise du docteur C., par envoi du 16 décembre 2008, sans préciser que l'instruction était close ni leur fixer un délai pour une éventuelle détermination. Elle a rendu son jugement le 5 janvier 2009, soit quatre jours utiles après la communication de la nouvelle pièce, compte tenu des fêtes du 18 décembre au 2 janvier inclusivement prévues par l'art. 38 al. 4 LPGA en relation avec l'art. 60 al. 2 LPGA. Ce délai était clairement insuffisant pour considérer que les parties avaient implicitement renoncé à déposer une nouvelle détermination (à défaut de réaction de leur part pendant cette période). Dans cette mesure, la juridiction cantonale n'a pas respecté le droit d'être entendu du recourant, qui n'a pas pu s'exprimer à propos du complément d'expertise avant qu'elle ne rende son jugement. Le grief de vio-

lation du droit d'être entendu soulevé par le recourant est donc bien fondé.

(II<sup>e</sup> Cour de droit social, 9C\_138/2009, 8.9.2009, Office cantonal genevois de l'AI c/ P., représentée par CAP Compagnie d'assurance de protection juridique SA; arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

### Art. 61 lit. g ATSG; Parteientschädigung, Übersetzungskosten

Eingebettet in das – auch in medizinischer Hinsicht – deutschsprachig geführte Invalidenversicherungsdossier ist es einer schweizerischen Rechtsanwältin, selbst wenn ihr die italienische Sprache wenig geläufig ist, auch ohne Latein, aber bei üblicher sprachlicher Bildung in einer anderen romanischen Sprache auf einfache Weise möglich und zumutbar, sich mithilfe der heute allgemein verfügbaren Hilfsmittel ([elektronische] Fachwörterbücher, Internet usw.) den Sinn der polydisziplinären Begutachtung zumindest so gut zu erschliessen, wie es die beiden veranlassten Übersetzungen vermochten, die in Anbetracht ihrer Lückenhaftigkeit (der Autor sah von der Wiedergabe des Aktenauszuges im Hauptgutachten ab und begnügte sich mit einer «Zusammenfassung des Wesentlichen») in keiner Weise mit einer administrativforensischen Übersetzung im fachtechnischen Sinne verglichen werden können. Was aus ihnen hervorgeht, konnte die Rechtsvertreterin des Versicherten ebenso gut selber unter Inanspruchnahme der üblichen Hilfsmittel erfahren, zumal die meisten der in den (Teil-)Gutachten verwendeten Fachausdrücke dem Deutschen, Italienischen und Französischen gemeinsame Lehnwörter sind, über deren sprachliche (nicht inhaltliche Bedeutung) sie bei Bedarf auch ihr Klient hätte ins Bild setzen können, ganz zu schweigen von den Möglichkeiten, die sich aus dem aktenkundigen Umstand ergeben, dass die Rechtsvertreterin einem Anwaltsbüro angehört, das in Korrespondenz zu einem italienischsprachigen Rechtsanwalt im Kanton Tessin steht.

(II. sozialrechtliche Abteilung, 9C\_141/2009, 5.10.2009, BA für Sozialversicherungen c. S. und Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

# DIE PRAXIS

## BUNDESGERICHT

### EVG

### EGMR

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

BGE	Praxis	Gegenstand
135 I 191	Nr. 131	Überstellung einer in der Schweiz verurteilten Person zum Vollzug der Strafe nach Lettland, Abklärungspflichten der schweizerischen Behörden
135 II 243	Nr. 132	Ausdehnung einer kontrollierten Ursprungsbezeichnung (KUB/AOC) für den Weinbau über die Landesgrenzen hinaus; Herkunftsangabe
135 III 329	Nr. 137	Kosten- und Entschädigungsfolgen in einem Rückweisungsentscheid; Rechtsmittel an das Bundesgericht
135 III 345	Nr. 135	Mangel der Mietsache, Herabsetzung des Mietzinses; Erheblichkeit des Mangels
135 III 349	Nr. 134	Arbeitsvertrag; Kündigungsschutz bei Schwangerschaft
135 III 370	Nr. 136	Anwendbarkeit von Art. 40 SchKG auf die Kollektivgesellschaft
135 III 378	Nr. 138	Zulässigkeit der Feststellungsklage, wenn eine Leistungs-, Gestaltungs- oder Unterlassungsklage zur Verfügung steht; Feststellungsinteresse
135 IV 113	Nr. 139	Schwerer Fall der Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts; Strafdrohung des französischen Gesetzestextes
135 V 98	Nr. 140	Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten in Fällen der Haftung des Trägers einer Arbeitslosenkasse gegenüber dem Bund für einen aus der Ausrichtung nicht geschuldeter Leistungen resultierenden Schaden; Streitwertgrenze

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

## Rechtsetzung des Bundes (Januar 2010)\* Législation fédérale (janvier 2010)\*

### I. In-Kraft-Treten

#### Bundesgesetze/Bundesbeschlüsse/Verordnungen

##### 1. Staat – Volk – Behörden

Änderung vom 3. Oktober 2008 des Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) (AS 2009 5091, SR 120); In-Kraft-Treten: 1. 1. 2010.

Bundesgesetz vom 20. März 2009 über die Kommission zur Verhütung von Folter (AS 2009 5445, SR 150.1); In-Kraft-Treten: 1. 1. 2010.

Änderung vom 20. März 2009 des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1975 über die politischen Rechte der Auslandschweizer (AS 2009 5685, SR 161.5); In-Kraft-Treten: 1. 1. 2010.

Änderung vom 20. März 2009 des Bundesgesetzes vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) (AS 2009 5597, SR 170.32); In-Kraft-Treten: 1. 1. 2010.

##### 6. Finanzen

Änderung vom 20. März 2009 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz, FHG) (AS 2009 5941, SR 611.0); In-Kraft-Treten: 1. 1. 2010.

Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG) (AS 2009 5203, SR 641.20); In-Kraft-Treten: 1. 1. 2010.

Änderung vom 23. März 2007 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG) (AS 2008 2893, SR 642.11); In-Kraft-Treten: 1. 1. 2010.

Änderung vom 3. Oktober 2008 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) (AS 2009 1515, SR 642.14); In-Kraft-Treten: 1. 1. 2010.

##### 8. Gesundheit – Arbeit – Soziale Sicherheit

Änderung vom 20. März 2008 des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG) (AS 2009 2623, SR 812.121); In-Kraft-Treten: 1. 1. 2010.

Änderung vom 30. September 2009 der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) (AS 2009 5183, SR 831.101); In-Kraft-Treten: 1. 1. 2010.

Änderung vom 12. Juni 2009 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG) (AS 2009 5187, SR 831.42); In-Kraft-Treten: 1. 1. 2010.

Änderung vom 12. Juni 2009 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG) (AS 2009 5265, SR 832.10); In-Kraft-Treten: 1. 1. 2010.

### I. Entrée en vigueur

#### Lois fédérales/Arrêtés fédéraux/Ordonnances

##### 1. Etat – Peuple – Autorités

Modification du 3 octobre 2008 de la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI) (RO 2009 5091, RS 120); entrée en vigueur: 1. 1. 2010.

Loi fédérale du 20 mars 2009 sur la Commission de prévention de la torture (RO 2009 5445, RS 150.1); entrée en vigueur: 1. 1. 2010.

Modification du 20 mars 2009 de la loi fédérale du 19 décembre 1975 sur les droits politiques des Suisses de l'étranger (RO 2009 5685, RS 161.5); entrée en vigueur: 1. 1. 2010.

Modification du 20 mars 2009 de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité) (RO 2009 5597, RS 170.32); entrée en vigueur: 1. 1. 2010.

##### 6. Finances

Modification du 20 mars 2009 de la loi du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération (Loi sur les finances, LFC) (RO 2009 5941, RS 611.0); entrée en vigueur: 1. 1. 2010.

Loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (Loi sur la TVA, LTVA) (RO 2009 5203, RS 641.20); entrée en vigueur: 1. 1. 2010.

Modification du 23 mars 2007 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD) (RO 2008 2893, RS 642.11); entrée en vigueur: 1. 1. 2010.

Modification du 3 octobre 2008 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID) (RO 2009 1515, RS 642.14); entrée en vigueur: 1. 1. 2010.

##### 8. Santé – Travail – Sécurité sociale

Modification du 20 mars 2008 de la loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (Loi sur les stupéfiants, LStup) (RO 2009 2623, RS 812.121); entrée en vigueur: 1. 1. 2010.

Modification du 30 septembre 2009 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance vieillesse et survivants (RAVS) (RO 2009 5183, RS 831.101); entrée en vigueur: 1. 1. 2010.

Modification du 12 juin 2009 de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (loi sur le libre passage, LFLP) (RO 2009 5187, RS 831.42); entrée en vigueur: 1. 1. 2010.

Modification du 12 juin 2009 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal) (RO 2009 5265, RS 832.10); entrée en vigueur: 1. 1. 2010.

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

### 9. Wirtschaft – Technische Zusammenarbeit

Bundesgesetz vom 25. September 2009 über befristete konjunkturelle Stabilisierungsmassnahmen in den Bereichen des Arbeitsmarkts, der Informations- und Kommunikationstechnologien sowie der Kaufkraft (AS 2009 5043, SR 951.91); In-Kraft-Treten: 1. 1. 2010.

Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 über Bucheffekten (Bucheffectengesetz, BEG) (AS 2009 3577, SR 957.1); In-Kraft-Treten: 1. 1. 2010.

## II. Referendumsvorlagen

Bundesbeschluss zu einem Verfassungsartikel über die Forschung am Menschen. Botschaft des Bundesrats 07.072 vom 12.9.2007: BBl 2007 6713. Beschluss des Parlaments vom 25.9.2009: BBl 2009 6649. Abstimmung am 7.3.2010.

Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Gegen Tierquälerei und für einen besseren Rechtsschutz der Tiere (Tierschutzanwalt-Initiative)». Botschaft des Bundesrats 08.036 vom 14.5.2008: BBl 2008 4313. Beschluss des Parlaments vom 25.9.2009: BBl 2009 6651. Abstimmung am 7.3.2010.

Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Gegen masslosen Bau umwelt- und landschaftsbelastender Anlagen». Botschaft des Bundesrats 08.074 vom 29.10.2008: BBl 2008 8773. Beschluss des Parlaments vom 25.9.2009: BBl 2009 6653.

## III. Vernehmlassungen

### Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die organisierte Suizidhilfe

Das Strafgesetzbuch (Art. 115 StGB) und das Militärstrafgesetz (Art. 119 MStG) werden ergänzt mit Regelungen der organisierten Suizidbeihilfe. Es werden zwei Varianten unterbreitet: Die Festlegung von Sorgfaltspflichten als Voraussetzung für die Strafflosigkeit der organisierten Suizidhilfe sowie ein Verbot der organisierten Suizidhilfe. Frist: 1.3.2010.

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

### Umsetzung und Ratifikation des Übereinkommens des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels. Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz (Zeugenschutzgesetz, ZeugSG)

Die Konvention sieht gegenüber dem von der Schweiz bereits ratifizierten UNO-Protokoll zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels in den Bereichen Opfer- und Zeugenschutz verbindlichere Bestimmungen sowie einen unabhängigen Überwachungsmechanismus vor. Die schweizerische Rechtsordnung steht mit dem Inhalt des Übereinkommens weitgehend in Einklang. Regelungsbedarf besteht im Bereich des ausserprozessualen Zeugenschutzes für erheblich gefährdete Verfahrensbeteiligte. Der Gesetzesentwurf soll die Lücke schliessen und schafft die Strukturen und rechtlichen Grundlagen für die Durchführung von Zeugenschutzprogrammen. Frist: 15.3.2010.

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

### Bundesgesetz über die polizeilichen Aufgaben des Bundes (Polizeiaufgabengesetz)

Im neuen Erlass sollen die allgemeinen polizeilichen Aufgaben und Befugnisse auf Stufe Bund umfassend geregelt werden. Soweit bereits

### 9. Economie – Coopération technique

Loi fédérale du 25 septembre 2009 sur des mesures de stabilisation conjoncturelle temporaires dans les domaines du marché du travail, des technologies de l'information et de la communication et du pouvoir d'achat (RO 2009 5043, RS 951.91); entrée en vigueur: 1. 1. 2010.

Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés (LTI) (RO 2009 3577, RS 957.1); entrée en vigueur: 1. 1. 2010.

## II. Objets soumis au référendum

Arrêté fédéral relatif à un article constitutionnel concernant la recherche sur l'être humain. Message du Conseil fédéral 07.072 du 12.9.2007: FF 2007 6345. Arrêté du Parlement du 25.09.2009: FF 2009 6005. Votation le 7.3.2010.

Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire «Contre les mauvais traitements envers les animaux et pour une meilleure protection juridique de ces derniers (Initiative pour l'institution d'un avocat de la protection des animaux)». Message du Conseil fédéral 08.036 du 14.5.2008: FF 2008 3883. Arrêté du Parlement du 25.9.2009: FF 2009 6007. Votation le 7.3.2010.

Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire «Contre la création effrénée d'implantations portant atteinte au paysage et à l'environnement». Message du Conseil fédéral 08.074 du 29.10.2008: FF 2008 7907. Arrêté du Parlement du 25.9.2009: FF 2009 6009.

## III. Procédures de consultation en cours

### Modification du Code pénal et du Code pénal militaire relative à l'assistance organisée au suicide

Le code pénal (art. 115 CP) et le code pénal militaire (art. 119 CPM) sont complétés par des règles relatives à l'assistance organisée au suicide. Deux options sont soumises à la consultation: d'une part une liste de devoirs de diligence à remplir pour exercer une assistance organisée au suicide sans être punissable, d'autre part l'interdiction de l'assistance organisée au suicide. Date limite: 01.03.2010.

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

### Mise en œuvre et ratification de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains. Avant-projet de loi fédérale sur la protection extraprocédurale des témoins (loi sur la protection des témoins, Ltém)

La convention prévoit des dispositions plus contraignantes en matière de protection des victimes et des témoins que le Protocole de l'ONU visant à prévenir et à réprimer la traite des personnes, qui a déjà été ratifié par la Suisse. Contrairement au Protocole de l'ONU, elle prévoit également un mécanisme de suivi indépendant. L'ordre juridique suisse est conforme à la convention. La protection extraprocédurale des témoins destinée aux participants à la procédure fortement exposés à des risques nécessite une réglementation. Le projet de loi a pour but de combler cette lacune et de créer les structures et les bases légales permettant la mise en place de programmes de protection des témoins. Date limite: 15.03.2010.

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

### Loi fédérale sur les tâches de police de la Confédération (loi sur les tâches de police)

Les tâches et les compétences de base en matière de police doivent être rassemblées dans un nouvel acte législatif. Dès lors que le droit

bestehendes Recht im neuen Gesetz zusammengeführt wird, lässt sich mit dem Erlass die heutige rechtssystematische Zersplitterung des Polizeirechts auf Stufe Bund überwinden. Die Rechtsnormen werden nötigenfalls ergänzt, aktualisiert und konkretisiert. Punktuell wird, innerhalb der Bundeskompetenzen, neues Recht geschaffen. So wird den spezialgesetzlichen Bestimmungen zur Polizeikooperation und zur polizeilichen Informationshilfe, die nun zusammengezogen sind, ein Allgemeiner Teil vorangestellt, der die Grundsätze dieser Zusammenarbeit regelt. Frist: 15.3.2010.

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

#### **08.432n Parlamentarische Initiative. Die Schweiz muss ihre Kinder anerkennen.**

Durch die Vorlage sollen Personen der dritten Ausländergeneration erleichtert eingebürgert werden können. Nachdem bereits ihre Grosseltern in die Schweiz eingewandert und ihre Eltern in der Schweiz aufgewachsen sind, sind sie faktisch keine Ausländerinnen und Ausländer mehr, sondern fühlen sich in der Regel als Schweizerinnen und Schweizer. Die Vorlage sieht im Unterschied zu der im Jahre 2004 knapp gescheiterten Vorlage aber keinen Automatismus der Einbürgerung aufgrund der Geburt in der Schweiz («ius soli») vor; es braucht einen Antrag und damit eine willentliche Erklärung der Eltern oder der betroffenen Person selbst. Obwohl die vorgeschlagene Lösung keine automatische Einbürgerung bei Geburt im Sinne eines «ius soli» vorsieht, wird die Erteilung des Bürgerrechts letztlich dennoch von der Geburt in der Schweiz abhängig gemacht. Die vorgeschlagene Änderung des Bürgerrechtsgesetzes setzt daher eine entsprechende Änderung der Bundesverfassung voraus. Frist: 15.2.2010.

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

#### **05.412 Parlamentarische Initiative. Unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten, die durch nicht arglistige Täuschung erlangt wurden. Strafverfolgung.**

Die Kommission beantragt, Artikel 141<sup>bis</sup> des Strafgesetzbuches (StGB) in der Weise zu ändern, dass nicht mehr auf den Willen des Täters abgestellt wird, sondern darauf, dass der Täter im Zeitpunkt des Zugangs keinen Rechtsanspruch auf die ihm zugekommenen Vermögenswerte hatte. Damit will die Kommission die heute unbefriedigende Rechtslage ändern. Gemäss geltendem Recht macht sich strafbar, wer Vermögenswerte unrechtmässig verwendet, die ihm ohne seinen Willen und ohne sein Zutun – typischerweise durch eine Fehlüberweisung – zugekommen sind (Artikel 141<sup>bis</sup> StGB). Gemäss der Rechtsprechung bleibt hingegen straflos, wer eine Fehlüberweisung durch eine Täuschung selber veranlasst oder zu ihr beigetragen hat, sofern Arglist und damit Betrug (Art. 146 StGB) ausscheidet. Eine Minderheit will den geltenden Artikel 141<sup>bis</sup> StGB aufheben. Frist: 15.3.2010.

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

## **IV. Aus den Räten**

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

existant est repris dans la nouvelle loi, celle-ci permet de remédier à l'éparpillement du droit de police actuel dans différentes normes juridiques fédérales. Il est créé de nouvelles normes dans des domaines spécifiques, tout en restant dans les limites des compétences fédérales. Ainsi en est-il des dispositions spéciales relatives à la coopération policière et à l'entraide en matière d'informations de police qui, dorénavant réunies, sont complétées par une partie générale qui règle les principes de cette coopération. Date limite: 15.03.2010.

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

#### **08.432n Initiative parlementaire. La Suisse doit reconnaître ses enfants.**

Le projet vise à ce qu'une naturalisation facilitée soit accordée aux étrangers de la troisième génération établis en Suisse. Les personnes dont les grands-parents ont immigré en Suisse et dont les parents ont eux-mêmes grandi dans notre pays se sentent généralement Suisses et sont considérés comme tels. Le présent projet ne prévoit pas l'acquisition automatique de la nationalité du seul fait de la naissance sur sol suisse («droit du sol»), contrairement au projet que le peuple avait rejeté en 2004. L'obtention de la nationalité passe par le dépôt d'une demande, qui constitue une déclaration volontaire du requérant ou, le cas échéant de ses parents. Même si la solution proposée exclut le «droit du sol», la naissance en Suisse reste tout de même le critère principal pour l'octroi de la nationalité. Aussi, la modification de la loi sur la nationalité suppose-t-elle une adaptation de la Constitution fédérale en ce sens. Date limite: 15.02.2010.

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

#### **05.412 Initiative parlementaire. Répression pénale de l'utilisation sans droit de valeurs patrimoniales obtenues par une tromperie non astucieuse**

La commission propose de modifier l'art. 141<sup>bis</sup> CP de sorte que ce ne soit plus la volonté de l'auteur qui soit constitutive de l'infraction, mais le droit ou l'absence de droit que celui-ci avait sur les valeurs patrimoniales au moment où il les a reçues. La commission entend ainsi remédier à la situation actuelle, qui n'est pas satisfaisante. En effet, selon le droit en vigueur, est punissable toute personne qui a utilisé sans droit des valeurs patrimoniales tombées dans son pouvoir indépendamment de sa volonté, donc sans intervention de sa part, le plus souvent à la suite d'une erreur de virement (art. 141<sup>bis</sup> CP). Par contre, selon la jurisprudence, n'est pas punissable celui qui parvient à se faire virer à tort une somme d'argent en usant de tromperie, pour peu qu'il n'ait pas agi astucieusement et que les éléments constitutifs de l'escroquerie (art. 146 CP) ne soient donc pas réunis. Une minorité souhaite, quant à elle, abroger l'art. 141<sup>bis</sup> CP en vigueur. Date limite: 15.03.2010.

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

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

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

Kaspar Schiller\*

## Erfolgshonorare nach BGFA: Nur die Vereinbarung der reinen Beteiligung am Prozessgewinn ist verboten

**Stichworte:** Erfolgshonorare, Honorarvereinbarung, Honorarbemessung, Honorarverzicht, Vertragsfreiheit, Zugang zum Recht, unbeeinflusste Interessenwahrung, Aufklärungspflicht

Anwaltshonorare sind ein süffiges Thema. Den Gerichtsentscheidungen zu diesem Thema ist im Publikum und in der Anwaltschaft immer eine hohe Aufmerksamkeit gewiss, die weit über deren rechtliche und praktische Bedeutung hinausgeht. Die durch Honorarentscheide angefachten Diskussionen sind häufig nicht frei von Neid oder Häme, je nachdem ob der Entscheid für den betroffenen Anwalt gut oder ungünstig ausgefallen ist. Es liegt in der Natur der Sache, dass den Gerichten nur Fälle vorgelegt werden, bei denen ein Klient die Anwaltsrechnung als zu hoch beanstandet. Einige dieser beurteilten Honorarrechnungen erscheinen tatsächlich überrissen. Sie werfen ein schlechtes Licht auf die gesamte Anwaltschaft, obwohl die meisten Anwälte und Anwältinnen für ihre Leistungen anständig und angemessen Rechnung stellen. Bad cases make bad law.

Das zeigt sich auch bei einem Fall, den das Bundesgericht kürzlich publiziert hat.<sup>1</sup> Das Gericht hat ein wahrhaft fürstliches Honorar geschützt, was zu Kommentaren geführt hat, die zum Teil berechnete Fragen aufwerfen, die zum Teil aber auch weit über das Ziel hinausschiessen.

Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Genfer Anwalt war beauftragt, eine Forderung von rund CHF 90 Mio. einzutreiben. Während des sich über mehrere Jahre hinziehenden Mandats hatte der Anwalt jeweils quartalsweise nach Stundenaufwand Zwischenrechnungen gestellt, die alle diskussionslos bezahlt wurden. Nach erfolgreichem Abschluss des Mandats stellte der Anwalt Schlussrechnung und verrechnete dabei ohne Vorinformationen und ohne entsprechende Vereinbarung mit dem Klienten einen Erfolgzuschlag, der den zuvor durchschnittlich in Rechnung gestellten Stundenansatz auf nahezu das Vierfache emporschnellen liess.<sup>2</sup> Gestützt auf Art. 34 des Genfer Anwaltsgesetzes, der die Möglichkeit eines Erfolgzuschlags vorsieht, reduzierte das Bundesgericht die Schlussrechnung geringfügig, erachtete aber den nachträglich geltend gemachten Erfolgzuschlag grundsätzlich als zulässig. Die Begründung kann durchaus hinterfragt werden.<sup>3</sup>

Obwohl im konkreten Fall *kein Erfolgshonorar vereinbart* war, und obwohl das Bundesgericht das *BGFA nicht angewendet* hat, nimmt *Daniel Schwander* den Entscheid zum Anlass,<sup>4</sup> mit einem Rundumschlag die Vereinbarung von Erfolgshonoraren unter BGFA generell in Frage zu stellen, also auch Vereinbarungen, nach denen der Erfolg lediglich eines von mehreren Elementen der Honorarbestimmung ist. Dieses extensive Verständnis des Verbots von Erfolgshonoraren geht deutlich zu weit und verlangt eine Klarstellung. Dabei wird zunächst auf die Vertragsfreiheit (I.) und auf deren berufsrechtliche Einschränkungen (II.) eingegangen, die verwendete Terminologie (III.) und die herkömmliche kantonale Ordnung zum Anwaltshonorar dargestellt (IV.). Sodann wird die Regelung des BGFA erläutert (V.), insbesondere die Verbote der Beteiligung am Prozessgewinn (VI.) und des Honorarverzichts bei Prozessverlust (VII.). Schliesslich folgen einige Schlussbemerkungen (VIII.).

### I. Vertragsfreiheit

Das Anwaltsmandat ist ein privatrechtlicher Vertrag, nach schweizerischer Auffassung ein Auftrag im Sinn von Art. 394 ff. OR. Aufgrund der Vertragsautonomie können die Parteien den Vertragsinhalt im Rahmen der Rechtsordnung frei gestalten. Das gilt zunächst für den Umfang der Leistungspflichten des Anwalts. Klient und Anwalt können aber auch die *Entschädigung*, deren Bemessung und Modalitäten grundsätzlich *frei vereinbaren*.

Hat der Klient mit seinem Anwalt *keine Vereinbarung* zum Honorar getroffen, ist die *übliche Entschädigung* geschuldet, also das allgemein *Branchen- und Ortsübliche*.<sup>5</sup> Besteht weder eine Vereinbarung noch eine Übung, wird die Entschädigung aufgrund sämtlicher relevanter Umstände des *Einzelfalls* festgesetzt.<sup>6</sup> Für Anwaltshonorare kann jedoch in der Regel auf eine Übung zurückgegriffen werden.<sup>7</sup>

\* Rechtsanwalt in Winterthur.

1 BGE 135 III 259 ff.

2 Für die insgesamt 1289 verrechneten Stunden von Partnern, angestellten Anwälten und Praktikanten ergab sich mit dem Zuschlag ein durchschnittlicher Stundensatz von CHF 1 650(!).

3 Z.B. welches die Tragweite kantonaler Honorarvorschriften ist; ob der vorliegend angewendete Art. 34 des Genfer Anwaltsgesetzes bundesrechtskonform ist, insbesondere die einseitige Festlegung des Honorars durch den Anwalt; ob im konkreten Fall eine Honorarabsprache auf reiner Stundenbasis getroffen wurde; ob der Anwalt seinen Aufklärungs- und Informationspflichten gehörig nachgekommen war, etc.

4 SCHWANDER, Erfolgshonorar ohne Zustimmung des Klienten? Kritische Gedanken aus Anlass von BGE 135 III 259 betreffend Anwaltshonorar, ZBJV 2009, S. 582 ff.

5 Art. 394 Abs. 3 OR. Die vom Gesetz vorgesehene Üblichkeit betrifft nach heute wohl unbestrittener Auffassung nicht nur den Grundsatz der Entgeltlichkeit, sondern auch die Höhe der Entschädigung (BGE 135 III 261 f.; BK FELLMANN, zu Art. 394 OR N 395 ff.; BSK OR I – WEBER, Art. 394 N 39 je mit Hinweisen).

6 BGE 135 III 262; 117 II 284; 101 II 111; BK FELLMANN zu Art. 394 OR N 395 ff.; BSK OR I – WEBER, Art. 394 N 35 ff.

7 Hinten IV.1.

## II. Berufsrechtliche Einschränkungen und deren Legitimation

Die Anwaltstätigkeit ist von jeher reglementiert. Dadurch wird auch die *Vertragsfreiheit der Parteien eingeschränkt*. Solche Einschränkungen sind Eingriffe in die von der Verfassung garantierte Wirtschaftsfreiheit und bedürfen einer ausreichenden *Legitimation*. Es ist ein Grundprinzip des demokratischen Rechtsstaats, dass solche Eingriffe im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen, auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruhen, verhältnismässig sein und den Kerngehalt des Grundrechts unangetastet lassen müssen.<sup>8</sup> Die Legitimation anwaltsrechtlicher Vorschriften ist von unterschiedlicher Intensität:

### 1. Notwendige Eingriffe

Im Rechtsstaat muss jedem Bürger der *Zugang zum Recht* offen stehen. Nun war und ist der Bürger zu keiner Zeit in der Lage, seine Rechte selber zu kennen und schon gar nicht, diese selber wahrnehmen zu können. Ohne fachmännische Unterstützung kann er sich weder gegen die Willkür des Staats oder von Dritten ausreichend wehren noch seine Rechte durchsetzen. Ohne fachmännische Unterstützung ist der Zugang zum Recht nicht gewährleistet. Im Rechtsstaat ist es deshalb notwendig, dass dem Bürger *Rechtsbeistände* zur Verfügung stehen, die ihn beim Zugang zum Recht unterstützen. Diese Rolle wird üblicherweise den *Anwälten* zugewiesen.

Damit die rechtsstaatlich notwendige Funktion der Anwälte erfüllt werden kann, muss der Klient die Gewissheit haben, dass nichts zu seinem Nachteil verwendet wird, was er seinem Anwalt anvertraut, und dass der Anwalt die Interessen des Klienten ohne jede mandatsfremde Beeinflussung wahrnimmt. Das ist für die Tätigkeit der Anwälte und Anwältinnen deshalb von ganz besonderer Bedeutung, weil diese – anders als andere Dienstleister – in aller Regel ihre Klienten im Rechtskonflikt *gegen* die Interessen Dritter beraten und vertreten. *Vertraulichkeit* und *unbeeinflusste Interessenwahrung* der Anwälte sind im Rechtsstaat unabdingbar. Zudem müssen die *Rechtskosten tragbar* sein, wenn der Zugang zum Recht jedem Bürger offen stehen soll.

Der Zugang zum Recht wird im freien Markt nicht erreicht, insbesondere nicht die Vertraulichkeit und die unbeeinflusste Interessenwahrung. Deshalb ist im Rechtsstaat eine *Regulierung der Anwaltstätigkeit notwendig*, welche dies sicherstellt. Dementsprechend auferlegen die meisten Rechtsstaaten den Anwälten eine *Geheimhaltungspflicht* und ein *Verbot von Interessenkonflikten*. Angesichts der Bedeutung des Zugangs zum Recht kann die Legitimation dieser Eingriffsnormen im Rechtsstaat nicht zur Diskussion stehen. Die Geheimhaltungspflicht und das Verbot von Interessenkonflikten haben Verfassungsrang.<sup>9</sup> Zum Schutz des Klienten sind sie streng anzuwenden.<sup>10</sup>

8 Art. 36 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2008, Rz 302 ff., 324 ff.

9 BÖCKLI, Anwaltsgeheimnis und Fiskus im Rechtsstaat, SJZ 1980, S. 105 ff., S. 108 f.; PFEIFER, Die zentrale Bedeutung des Anwaltsgeheimnisses (in der Schweiz), in: Professional Legal Services: Vom Monopol zum Wettbewerb, Zürich 2000, S. 73 ff.; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen

Auch das Postulat der *Tragbarkeit der Rechtskosten* für weniger bemittelte Rechtsuchende kann im Markt nicht erreicht werden und bedarf daher einer Regulierung. Anders als die Vertraulichkeit und die unbeeinflusste Interessenwahrung betrifft jedoch die Tragbarkeit der Rechtskosten die Anwaltstätigkeit kaum und erfordert somit keine besonderen Verhaltenspflichten der Anwälte und Anwältinnen. Die meisten Rechtsordnungen stellen denn auch die Tragbarkeit der Rechtskosten ausserhalb des Anwaltsrechts sicher.<sup>11</sup>

### 2. Wünschbare Eingriffe

Je nach Rechtskultur kann es sinnvoll scheinen, ausser der Vertraulichkeit und der unbeeinflussten Interessenwahrung auch weitere Bereiche der Anwaltstätigkeit zu regeln. Im Vordergrund stehen dabei das Verhältnis des Anwalts zum Staat und seine *Rolle im Justizsystem* oder aber wirtschaftspolizeiliche Anliegen zum *Verkehrs- und Konsumentenschutz*. Die Regelung solcher Fragen ist zwar rechtsstaatlich nicht zwingend, kann aber aus sonstigen Gründen des öffentlichen Interesses als wünschbar angesehen werden. Die meisten Rechtsordnungen haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und sehen ausser dem Berufsgeheimnis und dem Konfliktverbot weitere anwaltsrechtliche Regeln in unterschiedlicher Weise und in unterschiedlicher Dichte vor.<sup>12</sup>

Soweit *Vorschriften zur Entschädigung der Anwälte* im anwaltlichen Berufsrecht geregelt sind, gehören sie zu diesen rechtsstaatlich nicht unbedingt zwingenden, aber allenfalls als im öffentlichen Interesse liegenden Regeln.<sup>13</sup> Die Legitimation der Verbote zum Anwaltshonorar ist in jedem Fall schwächer, und ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung liegt nicht von vornherein auf der Hand. Namentlich das Erfordernis der *Verhältnismässigkeit*<sup>14</sup> kann hinterfragt werden: Ist das Verbot geeignet, um das im öffentlichen Interesse verfolgte Ziel herbeizuführen? Ist ein milderer Eingriff möglich? Die Verhältnismässigkeit und die Legitimation von Verboten einzelner Honorarabsprachen werden denn auch zum Teil gänzlich verneint.<sup>15</sup>

### 3. Berufsrecht und Vertragsfreiheit

Soweit das anwaltliche Berufsrecht die Vertragsfreiheit nicht einschränkt, bleiben der Klient und der Anwalt bei der Ausgestaltung des Mandats und bei der Bestimmung des Anwaltshonorars im Rahmen des Vertragsrechts frei.<sup>16</sup>

und Kernbereich (Anwaltsrecht), Zürich 2009, Rz 101, 382, 781; SCHLUEP, Über Sinn und Funktion des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat, Zürich, 1994, S. 38 f., S. 63.

10 SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 207.

11 Vgl. hinten VI.1 a bb).

12 SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 110 ff.

13 SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 100, 150; hinten VI.1, VII.1 b.

14 HÄFELIN/MÜLLER/KELLER (Fn. 8), Rz 320 ff.

15 Z.B. HÖCHLI, Das Anwaltshonorar, Zürich 1991, S. 84, S. 90; SCHENKER, Gedanken zum Anwaltshonorar, in: Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, S. 155.

16 Vorn I.

### III. Terminologisches zum Erfolgshonorar

Die Terminologie zum Erfolgshonorar ist nicht immer einheitlich. Vorliegend wird unter dem Oberbegriff des *Erfolgshonorars* jedes Honorar verstanden, das ganz oder teilweise in irgendeiner Weise vom Erfolg abhängig ist. Das *reine* Erfolgshonorar bestimmt sich im Grundsatz und Umfang einzig und allein aufgrund des Erfolgs. Es unterscheidet sich vom *nicht reinen* Erfolgshonorar, bei dem der Erfolg nicht das einzige, sondern nur *eines von mehreren Elementen* zur Ermittlung der Entschädigung ist.

Die *Erfolgskomponente* kann sowohl beim reinen als auch beim nicht reinen Erfolgshonorar in unterschiedlicher Weise ausgestaltet sein und zwar sowohl hinsichtlich der Definition des Erfolgs als auch hinsichtlich dessen Auswirkungen auf das Honorar. So kann ein fixer Betrag vereinbart werden, der bei Eintritt eines bestimmten Erfolgs allein oder zusätzlich zu anderen Honorarbestandteilen geschuldet wird. Der erfolgsabhängige Honorarteil kann auch in einem Prozentsatz des Erfolgs oder Misserfolgs bestehen. Als Spezialfall davon ist ferner eine bestimmte Beteiligung am Prozessgewinn oder eine Mittragung am Verlust denkbar.<sup>17</sup>

### IV. Kantonale Regeln zum Anwaltshonorar

Ursprünglich wurde der Anwalt als Teil des Justizsystems, als eine Art Halbbeamter angesehen.<sup>18</sup> Dementsprechend war die Anwaltsentschädigung häufig in eigentlichen Tarifen angeordnet. Die traditionell verbreitete Bezeichnung «Anwaltsgebühr» zeugt von diesem Verständnis. Je mehr sich der Anwalt zum Dienstleister in einem liberalisierten Markt der Rechtsberatung und -vertretung entwickelte, desto weniger rechtfertigte sich eine Regulierung des Honorarwesens.

#### 1. Vorschriften zur Honorarbemessung

In der Schweiz war das Anwaltsrecht vor Inkrafttreten des BGFA kantonal geregelt. Ursprünglich waren Tarifordnungen verbreitet, primär für die prozessuale Tätigkeit der Anwälte. Vereinzelt waren Erfolgskomponenten erlaubt oder vorgesehen, überwiegend jedoch ausgeschlossen. Zum Teil handelte es sich um *Zwangstarife*, von denen auch mit dem Einverständnis des Klienten nicht abgewichen werden durfte, die somit die Vertragsfreiheit einschränkten. Andere kantonale Tarife und Bestimmungen hatten lediglich den Charakter von *Empfehlungen* und *Richtlinien*, welche die Vertragsfreiheit zwar nicht rechtlich einschränken, ihr aber faktisch doch gewisse Grenzen setzen. Zudem haben auch die Anwaltsverbände für ihre Mitglieder Honorarordnungen erlassen. Diese privatrechtlichen Verbandsvorschriften sind jedoch aufgrund einer Intervention der Wettbewerbskommission aufgehoben worden.<sup>19</sup>

17 Vgl. BGE 135 III 262 f.; SCHENKER (Fn. 15), S. 145; SCHILLER, Das Erfolgshonorar nach BGFA (Erfolgshonorar), SJZ 2004, S. 353 ff., 355 f.; SCHWANDER (Fn. 4), S. 591.

18 Vgl. SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 49 ff., 224 f.

19 Der Nutzen dieser Intervention der Weko für den Konsumenten ist jedoch mehr als fraglich. Jedenfalls sind die Anwaltshonorare seitdem nicht ge-

staatliche Vorschriften oder Empfehlungen zu den Anwaltshonoraren können einerseits die freie *Vereinbarung* des Honorars rechtlich oder faktisch *einschränken* und andererseits als Ausdruck des *Üblichen* gelten,<sup>20</sup> so z.B. die Ordnungen betr. Prozessentschädigung. Wenn Erfolgskomponenten in Honorarordnungen vorgesehen sind, können sie somit bei der Honorarbemessung als Übung berücksichtigt werden. In abnehmendem Mass dürfte auch den aufgehobenen Verbandsregeln nach wie vor eine gewisse praktische Bedeutung zukommen, namentlich soweit sie die Methode der Honorarermittlung umschreiben.

#### 2. Verbote zur Vereinbarung von Erfolgshonoraren

Während die Möglichkeit der Vereinbarung von Erfolgshonoraren in der angloamerikanischen Rechtskultur von jeher selbstverständlich war, standen die kontinentaleuropäischen Länder den erfolgsabhängigen Honoraren skeptisch gegenüber. Wie in den umliegenden Ländern<sup>21</sup> war die Vereinbarung erfolgsabhängiger Honorare auch in der Schweiz verpönt. Ursprünglich hatten die meisten Kantone generell alle Vereinbarungen *verboten*, die das Honorar ganz oder teilweise *vom Erfolg abhängig* machen. Insbesondere waren Beteiligungen des Anwalts an der Streitsache unzulässig.

In den vergangenen Jahrzehnten war eine deutliche Tendenz zur Liberalisierung und zur Lockerung der Verbote von erfolgsabhängigen Honoraren festzustellen. Das Bundesgericht hatte schon unter kantonalem Recht Honorarvereinbarungen zugelassen, bei welchen der Erfolg als eines von mehreren Elementen berücksichtigt wird. Unzulässig blieb jedoch die Absprache der reinen Beteiligung am Prozessgewinn, bei der sich das Honorar *ausschliesslich* aufgrund des Prozessersfolgs bemisst.<sup>22</sup> Dies war die *landesweit geltende Situation* vor Inkrafttreten des BGFA.<sup>23</sup>

### V. Regeln des BGFA zum Honorar

Für die *Bemessung der Honorarhöhe* enthält das BGFA *keine Vorschrift*. Aufgrund der grundlegend divergierenden Meinungen im Vernehmlassungsverfahren hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, den Kantonen eine einheitliche Honorarordnung aufzuerlegen.<sup>24</sup> Kantonal vorgesehene Tarife und Richt-

sinken, und auch die Markttransparenz hat sich nicht erhöht. Nachdem keine Honorarrichtlinien mehr bestehen, ist aber dem Klienten die Möglichkeit genommen, die Vorschläge des Anwalts mit diesen langjährigen Erfahrungswerten zu vergleichen.

20 Art. 394 Abs. 3 OR; BK FELLMANN, zu Art. 394 OR N 409 ff.; BSK OR I-WEBER, Art. 394 N 38 je mit Hinweisen; vorn I; vgl. auch BGE 135 III 262.

21 Vgl. die Darstellung bei BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, Rz 1564 ff.

22 Vgl. schon BGE 93 I 122; Bundesgerichtsurtel vom 13. April 1983, publ. in ZR 83 Nr. 7, S. 22 ff.; BOHNET/MARTENET (Fn. 20), Rz 1596 f.; FELLMANN in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Anwaltsgesetz, Zürich 2005, zu Art. 12 BGFA N 122; HÖCHLI (Fn. 15), S. 81 ff.; SCHENKER (Fn. 15), S. 154 f. je mit weiteren Hinweisen.

23 Dieser im vorliegenden Zusammenhang wesentliche Umstand wird von SCHWANDER (Fn. 4, S. 593 f.) und den von ihm zitierten Autoren übersehen.

24 Botschaft, BBl 1999, 6040 f.

linien bleiben anwendbar, sofern sie der bundesrechtlichen Regelung nicht widersprechen.<sup>25</sup>

Die berufsrechtlichen *Verhaltenspflichten* der Anwälte und Anwältinnen werden als *Berufsregeln* bezeichnet. Das BGFA hat die Berufsregeln auf Bundesebene in Art. 12 und 13 vereinheitlicht und abschliessend geregelt.<sup>26</sup> Im Geltungsbereich des BGFA besteht somit kein Raum für eigenständige kantonale Berufsregeln. Zum Honorar sieht das BGFA Berufsregeln in zwei Richtungen vor, einerseits *Gebote* zur Aufklärung und andererseits Verbote bestimmter *Honorarvereinbarungen*.

### 1. Gebote zur Aufklärung und Information

Die Gebote, die den Anwalt zu Beginn des Mandats verpflichten, den Klienten über die Grundsätze der Rechnungsstellung aufzuklären und während des laufenden Mandats über die Höhe des Honorars zu informieren (Art. 12 lit. i BGFA), konkretisieren und verstärken die allgemeine vertragliche und berufsrechtliche Sorgfaltspflicht.<sup>27</sup> Sie schränken die Vertragsfreiheit nicht ein und werden im vorliegenden Beitrag nicht weiter behandelt.

### 2. Verbote zur Honorarvereinbarung

In Bezug auf Honorarvereinbarungen enthält das BGFA jedoch Einschränkungen der Vertragsfreiheit. Allerdings hat der Gesetzgeber bewusst keine neue materielle Regelung getroffen. Vielmehr war es die erklärte Absicht, lediglich die bisherige Praxis zu vereinheitlichen und auf Bundesebene zu kodifizieren.<sup>28</sup> Er hat dies mit zwei Verboten getan:

- *Verbot A, reine Beteiligung am Prozessgewinn*: Die Anwälte und Anwältinnen «dürfen vor Beendigung eines Rechtsstreits mit der Klientin oder dem Klienten keine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar abschliessen» (Art. 12 lit. e, erster Halbsatz).
- *Verbot B, Honorarverzicht bei Prozessverlust*: Die Anwälte und Anwältinnen «dürfen sich auch nicht dazu verpflichten, im Falle eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar zu verzichten» (Art. 12 lit. e, zweiter Halbsatz).

Während sich das Verbot A einigermaßen deutlich eingrenzen lässt (hinten VI.), ist die Tragweite von Verbot B nicht von vornherein klar (hinten VII.).

## VI. Verbot A: Reine Beteiligung am Prozessgewinn

### 1. Legitimation des Verbots

Als Begründung für ein Verbot von Erfolgshonoraren wird in erster Linie angeführt, dies schütze den Klienten vor *Übervorteilung* durch seinen Anwalt. Im Weiteren wird hervorgehoben, das Verbot schütze die anwaltliche *Unabhängigkeit*, die bei einem persönlichen Interesse des Anwalts am Prozessergebnis gefährdet sei. Ferner seien Verbote nötig, um das *Vertrauen des Publikums in die Integrität* der Anwaltschaft zu bewahren. Schliesslich sei der Anwalt nicht nur Dienstleister, sondern *Mitarbeiter der Rechtspflege*. Der Anwalt dürfe nicht zum Financier seines Klienten werden, die Mandatsübernahme nicht zum Investitionsentscheid, das Recht nicht zur Ware.<sup>29</sup>

Damit werden teilweise schlagwortartige Begriffe ins Feld geführt, die nicht ohne weiteres erkennen lassen, welches das öffentliche Interesse sein soll und wie das angestrebte Ziel mit einem Verbot von Erfolgshonoraren, insbesondere einer Beteiligung am Prozessgewinn, erreicht wird.

#### a) Keine rechtsstaatliche Notwendigkeit

Rechtsstaatlich notwendig sind regulatorische Eingriffe, welche die unbeeinflusste Interessenwahrung und die Vertraulichkeit für die Anwaltstätigkeit sowie tragbare Rechtskosten für jedermann sicherstellen.<sup>30</sup>

aa) Wie die für die Anwaltstätigkeit unverzichtbare *Vertraulichkeit* mit einem Verbot der Beteiligung am Prozessergebnis erreicht oder verbessert werden kann, ist nicht ersichtlich.

bb) Auch zur *Tragbarkeit der Rechtskosten* trägt ein solches Verbot nichts bei. Wenn schon, spricht dieser Gedanke nicht gegen, sondern vielmehr für die Zulässigkeit von Erfolgshonoraren. In anderen Rechtskreisen wird denn auch die Berechtigung der Erfolgshonorare gerade mit der Erleichterung des Zugangs zum Recht begründet. Diese Begründung tritt aber in Kontinentaleuropa in den Hintergrund, weil die Tragbarkeit der Rechtskosten regelmässig mit Instrumenten ausserhalb des Anwaltsrechts sichergestellt wird, z.B. mit der Übernahme der Rechtskosten durch den Staat, mit gestaffelten Rechtskosten entsprechend dem Interessenwert, mit der Tragung der Gerichtskosten durch die unterliegende Partei, mit der Parteientschädigung bei Obsiegen, mit der Qualifizierung der Anwaltskosten als Schadenbestandteil etc.<sup>31</sup> Jedenfalls ist ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn keine Voraussetzung, um die Tragbarkeit der Rechtskosten und damit den Zugang zum Recht sicherstellen zu können.

25 Im konkreten Fall von BGE 135 III 259 hatte das Bundesgericht auf eine Bestimmung des Genfer Anwaltsgesetzes abgestellt. Ob diese mit Bundesrecht vereinbar ist, scheint allerdings fraglich (vgl. SCHWANDER (Fn. 4), S. 603, 607 ff.; vorn Fn. 3).

26 Botschaft, BBl 1999, 6039, 6054; BGE 131 I 228; 130 II 273, 275.

27 Art. 398 OR; Art. 12 lit. a BGFA.

28 Botschaft, BBl 1999, 6054, 6057; BGE 130 II 275; 131 I 228; BOHNET/MARTENET (Fn. 20) Rz 1597; SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 1452 f.; vgl. vorn IV.2.

29 Zum Ganzen BOHNET/MARTENET (Fn. 20) Rz 1575 ff.; NATER, Das Verbot des Erfolgshonorars – Verhinderung des Zugangs zum Recht?, HAVE, Haftpflichtprozess 2008, S. 27 ff., 34 f.; SCHWANDER (Fn. 4), S. 587, 597 f.

30 Vorn II.1.

31 Vgl. SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 149 f.; DERS. (Erfolgshonorar, Fn. 17), S. 356; SCHWANDER (Fn. 4), S. 599 f., 602.

cc) Die rechtsstaatliche Notwendigkeit eines Verbots der Beteiligung am Prozessergebnis müsste somit mit der *unbeeinflussten Interessenwahrung* begründet werden.

Als Hauptargument für das Verbot wird die Gefahr der *Übervorteilung* des Klienten genannt, wenn der Anwalt sich einen Anteil am Prozessgewinn oder allgemein am Erfolg des Mandats versprechen lässt. Der Klient sei vor dieser Gefahr zu schützen. Sicher trifft zu, dass der Anwalt die Chancen und Risiken einer Rechtssache in aller Regel besser beurteilen kann als sein Klient. Selbstverständlich darf er diesen Wissensvorsprung nicht zulasten des Klienten ausnützen. Die Art der Honorarermittlung hat jedoch mit der Mandatsführung, mit der unbeeinflussten Interessenwahrung, wenig zu tun. Überspitzt formuliert kann der Anwalt die Interessen des Klienten auch dann optimal wahren, wenn er den Klienten mit der Honorarvereinbarung übervorteilt hat. Der Schutz des Klienten vor Übervorteilung bei Honorarab-sprachen kann keine Voraussetzung für den Zugang zum Recht sein. Ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn ist deshalb aus rechtsstaatlichen Gründen nicht notwendig. Im Übrigen können auch andere Entschädigungsmodelle und -vereinbarun-gen zu übersetzten Honoraren führen. Ein Verbot der Beteiligung am Prozessergebnis kann deshalb die Übervorteilung des Klienten durch den Anwalt nicht verhindern.

Die pflichtgemässe *Aufklärung* des Klienten durch den Anwalt schützt diesen mindestens so gut vor Übervorteilung wie Verbote bestimmter Honorarab-sprachen. Wenn der Klient die Chancen und Risiken des Mandats, den voraussichtlichen Aufwand und den Stundenansatz des Anwalts kennt, kann er selber beurteilen und entscheiden, ob er ein erfolgsabhängiges Honorar wünscht oder ob er eine Entschädigung nach Aufwand vorzieht. Aufklärungspflichten obliegen dem Anwalt sowohl vertragsrechtlich als auch berufsrechtlich.<sup>32</sup> Ausserdem schützt das Vertragsrecht den Klienten spezifisch vor Übervorteilung.<sup>33</sup> In gravierenden Fällen hat der Anwalt zusätzlich berufsrechtliche Sanktionen zu gewärtigen.<sup>34</sup> Ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn ist nicht notwendig, um eine Übervorteilung des Klienten zu vermeiden. Ein Verbot könnte eine Übervorteilung auch gar nicht verhindern.

Im Weiteren wird die anwaltliche *Unabhängigkeit* als Argument für ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn ins Feld geführt. Die Unabhängigkeit der Anwälte als solche ist jedoch nicht schutzbedürftig. Im Gegenteil würde ihr Schutz den Anwaltsberuf in unzulässiger Weise begünstigen.<sup>35</sup> Unverzichtbar ist die anwaltliche Unabhängigkeit jedoch, soweit sie Klientenschutz ist und die unbeeinflusste Interessenwahrung gewährleistet. Eigene Interessen des Anwalts dürfen nicht dazu führen, dass die dem Klienten geschuldete Interessenwahrungspflicht beeinträchtigt wird.<sup>36</sup> Inwiefern eine Beteiligung am Prozessgewinn die erforderliche Unabhängigkeit des Anwalts und die un-

beeinflusste Interessenwahrung gefährden soll, ist jedoch nicht von vornherein klar.

Alle Anwälte und Anwältinnen haben ihre eigenen Interessen, an denen sie auch ihr Handeln orientieren. Das ist trivial und an sich noch nicht problematisch. Heikel wird erst, wenn die Interessen des Anwalts in Bezug auf die Mandatsführung von denjenigen des Klienten *abweichen*.<sup>37</sup> Erfolgsabhängige Vergütungen führen indessen keineswegs immer zu abweichenden Eigeninteressen des Anwalts. Im Gegenteil, in aller Regel liegen die Interessen von Klient und Anwalt parallel. Der Klient und der Anwalt haben das gleiche Interesse an einem möglichst erfolgreichen Abschluss des Mandats. Mit einer Beteiligung am Prozessergebnis werden somit grundsätzlich die ökonomisch richtigen Anreize geschaffen. Allerdings lässt sich nicht immer vermeiden, dass im Lauf des Mandats die Interessen des Klienten und des Anwalts aufgrund einer Beteiligung am Prozessergebnis auseinander gehen und dadurch ein *Konflikt* entsteht. Das ist beispielsweise der Fall, wenn sich die Sache ungünstig entwickelt und der Anwalt vergleichen möchte, um sein Honorar zu retten, der Klient dagegen trotz hoher Risiken einen Prozess durchfechten will. Solche Konfliktsituationen werden aber bereits vom Verbot von Interessenkonflikten abgedeckt.<sup>38</sup> Das gilt allgemein für jede Honorarforderung, die immer einen Interessengegensatz zwischen Klient und Anwalt begründet. Jeder Honorarfranken, den der Klient zahlt, liegt im Interesse des Anwalts und widerspricht dem Interesse des Klienten. Diese divergierende Interessenlage berührt die Mandatsführung und die unbeeinflusste Interessenwahrung durch den Anwalt erst dann, wenn der Anwalt *aufgrund* der Honorarvereinbarung in ein Dilemma gerät, ob er die vereinbarten Klienteninteressen wahren oder sich an den eigenen Interessen orientieren soll. Dann greift jedoch das Konfliktverbot von Art. 12 lit. c BGFA ein.

Die *Unabhängigkeit* der Anwälte und Anwältinnen ist zwar von hoher rechtsstaatlicher Bedeutung. Inhaltlich geht sie aber nicht weiter als das Verbot von Interessenkonflikten. Eine über das Konfliktverbot hinausgehende Unabhängigkeit der Anwälte bringt dem Klienten nichts und ist keine Voraussetzung für die unbeeinflusste Interessenwahrung.<sup>39</sup> Aus rechtsstaatlicher Sicht genügt ein Konfliktverbot, das dann eingreift, wenn der Zugang zum Recht nicht mehr gewährleistet ist, d.h. wenn ein konkreter Konfliktfall eintritt.

Auch ein spezielles Verbot der *Beteiligung des Anwalts an der Sache des Klienten*, um die es im Mandat geht, bringt nichts Zusätzliches. Es konkretisiert ebenfalls die unbeeinflusste Interessenwahrung. Diese ist aber im Schweizer Recht bereits mit dem Konfliktverbot abgedeckt und gewährleistet. Damit die Anwälte und Anwältinnen ihre rechtsstaatliche Funktion erfüllen und die Interessen ihrer Klienten unbeeinflusst wahren können, ist ein zusätzliches Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn nicht erforderlich.

32 Art. 398 OR; Art. 12 lit. i BGFA.

33 Art. 21 OR.

34 Art. 17 BGFA.

35 BGE 131 I 231.

36 SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 1005, 1008; vorn II.1.

37 SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 796, 966.

38 Art. 12 lit. c BGFA; NATER (Fn. 28), S. 34.

39 SCHILLER (Anwaltsrecht Fn. 9), Rz 1003 ff., 1023 ff., 1028.

Schwer verständlich ist, wie ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn die *Integrität der Rechtspflege* sicherstellen soll. Es ist weder besonders integer, wenn der Anwalt nur nach Stundenaufwand oder pauschal entschädigt wird, noch ist es speziell unseriös, wenn er erfolgsabhängig arbeitet. Im Gegenteil, man wird gerade demjenigen Anwalt besondere Integrität zubilligen müssen, der für den Fall des Misserfolgs das Honorar reduziert oder ganz darauf verzichtet. Was mit der Integrität der Rechtspflege konkret gemeint ist und wie ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn eine solche sicherstellen soll, ist nicht ersichtlich.

In ähnlicher Richtung geht die Begründung, der Anwalt sei *Mitarbeiter der Rechtspflege*. Der Begriff ist undeutlich und nicht geeignet, um ein Verbot bestimmter Entschädigungsformen zu rechtfertigen. Gewiss kommt den Anwälten und Anwältinnen eine unverzichtbare Funktion im Rechtsstaat zu. Sie erfüllen diese aber gerade dadurch, dass sie ausschliesslich die mit dem Mandat umschriebenen Interessen des *Klienten* unbeeinflusst wahren, nicht diejenigen des Staats oder der Rechtspflege. Durch eine besondere Nähe oder durch Loyalitätspflichten gegenüber dem Staat würde diese Funktion gefährdet. Wer dem Anwalt mit dem Begriff «Mitarbeiter der Rechtspflege» die Rolle einer Art Halbbeamten zuweisen möchte, der auf irgendwelche Interessen der Rechtspflege Rücksicht nehmen müsse, verkennt die Aufgabe und die Funktion des Anwalts als Interessenwahrer seines Klienten.<sup>40</sup>

dd) Zusammengefasst: Zusätzlich zum Verbot von Interessenkonflikten und zusätzlich zur Aufklärungspflicht ist ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn nicht notwendig, um den Zugang zum Recht zu gewährleisten.

#### b) *Wünschbarkeit, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit*

Wenn auch die Beteiligung am Prozessgewinn aus rechtsstaatlichen Gründen nicht verboten werden muss, so kann ein solches Verbot doch als wünschbar, als im öffentlichen Interesse liegend und als verhältnismässig beurteilt werden.

Das gilt namentlich für Anliegen des *Konsumentenschutzes*, z.B. für den Schutz des Klienten vor Übervorteilung durch seinen Anwalt. In freiheitlichen Rechtsordnungen, die dem Bürger Eigenverantwortlichkeit zubilligen, wird der Gesetzgeber diesen Schutz zwar primär mit einer Aufklärungs- und Informationspflicht sicherstellen. Wo aber dem Rechtsuchenden eine eigene Beurteilung nicht zugemutet und dem Konsumentenschutz ein höheres Gewicht zugemessen wird, mag neben den Aufklärungspflichten des Anwalts auch ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn als ein wünschbares Instrument erscheinen, um die Gefahr einer Übervorteilung des Klienten zu verhindern.

Der Anwalt, der an der vertretenen Sache beteiligt ist, begibt sich auf heikles Terrain. Immer besteht die latente Gefahr, dass die Interessen von Klient und Anwalt im Lauf des Mandats auseinander gehen und ein *Konflikt* entsteht.<sup>41</sup> Allerdings ist der

Zugang zum Recht nicht schon mit der Möglichkeit des Risikos eines Konflikts beeinträchtigt, sondern erst, wenn eine konkrete Konfliktsituation eintritt.<sup>42</sup> Das Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn geht indessen weiter und soll bereits verhindern, dass ein Konflikt wegen einer vereinbarten Beteiligung des Anwalts am Prozessgewinn überhaupt erst entstehen kann. In diesem Sinn kann ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn als eine allenfalls erwünschte Ergänzung des Verbots von Konflikten mit Eigeninteressen angesehen werden.

Die *Rolle des Anwalts im Justizsystem* kann nahelegen, dass nur vollständig aussenstehende, an der Sache unbeteiligte Personen zur Rechtsvertretung vor den Gerichten zugelassen werden. Ein Verbot der Beteiligung der Anwälte am Prozessergebnis kann dieser Vorstellung entsprechen.

Ein Verbot der Beteiligung am Prozessergebnis mag sich auch mit dem *Charakter der Anwaltsdienstleistung* begründen lassen. Die kontinentaleuropäischen Rechtskulturen fassen das Anwaltsmandat nicht als gesellschaftsähnliches Verhältnis auf. Das gilt auch für die Schweiz, wo das Anwaltsmandat als einfacher Auftrag qualifiziert wird.<sup>43</sup> Der Beauftragte ist verpflichtet, die vereinbarten Handlungen sorgfältig zu besorgen. Er haftet für Sorgfalt, nicht für den Erfolg. Dementsprechend wird der beauftragte Anwalt typischerweise für seine Tätigkeit entschädigt, nicht für den Erfolg. Die Beteiligung an der Sache des Klienten entspricht nicht diesem Verständnis des Verhältnisses zwischen Klient und Anwalt.

Es kann wünschbar erscheinen, diese Gedanken auch mit berufsrechtlichen Vorschriften zum Ausdruck zu bringen und nicht erst die konkrete Konfliktsituation zu verbieten, sondern bereits die Beteiligung des Anwalts an der Prozesssache.<sup>44</sup> Rechtsstaatlich notwendig sind solche Verbote jedoch nicht. Auch das *öffentliche Interesse* und die *Verhältnismässigkeit* eines Verbots der Beteiligung am Prozessgewinn sind nicht ohne weiteres evident. Namentlich liegt nicht auf der Hand, weshalb es im öffentlichen Interesse liegen soll, zusätzlich zum Verbot von Interessenkonflikten und zusätzlich zur Aufklärungspflicht noch Regeln zur Entschädigung zu erlassen. Es ist nur schwer ersichtlich, wie ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn dem öffentlichen Interesse dienen soll, und warum sich ein solches Verbot besonders für Anwälte rechtfertigen soll, nicht aber für andere Dienstleister. So verwundert nicht, dass die Legitimation und die Verfassungsmässigkeit des Verbots von Erfolgshonoraren ernsthaft hinterfragt und teilweise sogar gänzlich verneint werden.<sup>45</sup>

#### c) *Restriktive Anwendung*

Der *Zugang zum Recht* wird mit einem Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn weder generell erleichtert noch erschwert.<sup>46</sup>

40 SCHILLER (Anwaltsrecht Fn. 9), Rz 1565 ff.; vgl. auch BGE 106 Ia 105.

41 SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9) Rz 975; vgl. vorn a cc).

42 BGE 134 II 112; 131 I 237 f.; BOHNET/MARTENET (Fn. 20) Rz 1403; NATER, Theoretisches Konfliktrisiko genügt nicht, SJZ 2008, S. 171 f.

43 Art. 394 ff. OR; vorn I.

44 Vgl. SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 975.

45 So HÖCHLI (Fn. 15), S. 84, 90; NATER (Fn. 28), S. 34; SCHENKER (Fn. 15), S. 155; vorn II.2.

46 Vorn VI.1 a cc).

Je nach Einzelfall ist beides möglich. Jedenfalls ist ein Verbot rechtsstaatlich nicht notwendig. Die Legitimation und Verfassungsmässigkeit eines Verbots sind unsicher.

In der Schweiz ist die Diskussion zur Legitimation der Verbote von Erfolgshonoraren weitgehend obsolet geworden. Art. 12 lit. e BGFA ist geltendes Recht und als *Bundesgesetz* anzuwenden, auch wenn die Verfassungsmässigkeit dieser Bestimmung nicht über jeden Zweifel erhaben ist oder sogar fehlt.<sup>47</sup> Bundesgesetze sind jedoch *verfassungsmässig auszulegen*.<sup>48</sup> Die unsichere Legitimation verlangt deshalb, die Verbote zurückhaltend anzuwenden. Die Wirtschaftsfreiheit darf nur soweit tangiert werden, als es der Zweck der Verbotsnorm verlangt. Eine Ausdehnung des Verbots auf Sachverhalte, die das Gesetz nicht untersagt, ist unzulässig. Das Verbot muss auf die vom Gesetz vorgesehene Beteiligung am Prozessgewinn beschränkt bleiben.

## 2. Verbot nur bei «Beteiligung am Prozessgewinn»

Mit Blick auf die erforderliche restriktive Anwendung des Verbots muss eine Honorarvereinbarung insbesondere dann zulässig sein, wenn eine Beteiligung am Prozessgewinn gar nicht möglich ist. Das bedeutet:

- Das Verbot gilt nur für *Prozessmandate*, nicht aber für die Rechtsberatung. Das wird klargestellt mit dem Begriff «Prozessgewinn». Ohne Prozess ist ein Prozessgewinn unmöglich, also auch eine Beteiligung daran.
- Das Verbot gilt nur für Verfahren mit *vermögensrechtlichem* Streitgegenstand. An einem Streitgegenstand ohne Vermögenswert ist eine Beteiligung unmöglich.
- Das Verbot gilt nur, wenn der Klient *Kläger* (oder Widerkläger) ist.<sup>49</sup> Wenn der Klient sich als Beklagter einem Anspruch widersetzt, bedeutet sein Obsiegen, dass kein Anspruch gegen ihn besteht. Eine Beteiligung an einem nicht existierenden Anspruch ist unmöglich.<sup>50</sup>

Es ist nicht zu verkennen, dass diese Regelung *asymmetrisch* ist. Verboten ist nur die Beteiligung am Prozessgewinn, nicht auch am Verlust. Dem Anwalt aber verbieten zu wollen, einen Prozessverlust mitzutragen, kann nicht im Interesse des Klienten liegen und wäre unter dem Blickwinkel des Klientenschutzes ohne Weiteres entbehrlich. Diese Asymmetrie dürfte indessen in der Praxis kaum aktuell werden. Denn wo dem Anwalt verboten ist, eine Beteiligung am Prozessgewinn zu vereinbaren, wird er auch kaum bereit sein, einen Prozessverlust mitzutragen. Ein Verbot erübrigt sich somit nicht nur mit Blick auf den Konsumentenschutz, sondern auch aus praktischen Gründen. Asymmetrisch ist die Bestimmung auch insofern, als das Verbot nur für Prozessmandate gilt, nicht aber auch für die Rechtsberatung. Asymmetrisch ist ausserdem, dass das Verbot nur für vermögensrechtliche Streitgegen-

stände gilt, nicht aber für nicht-vermögensrechtliche. Die Asymmetrie ist jedoch aufgrund der unmissverständlichen Anordnung des Gesetzgebers hinzunehmen.

## 3. Verbot nur für die reine Beteiligung am Prozessgewinn

Schon unter altrechtlichem, kantonalem Regime war allgemein nur die Vereinbarung der *reinen* Beteiligung am Prozessgewinn unzulässig, d.h. die Vereinbarung, wonach sich das Honorar einzig aufgrund des Prozessersfolgs bemisst. Zulässig war dagegen die Vereinbarung, wonach der Erfolg als eines von verschiedenen Elementen der Honorarbemessung berücksichtigt wird.<sup>51</sup> Dieses Verständnis ist im BGFA mit der Formulierung «... als Ersatz für das Honorar...» («... anziché onorari...») mit aller wünschbaren Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht worden.<sup>52</sup>

Das Verbot der reinen Beteiligung am Prozessgewinn liesse sich nach dem Gesetzeswortlaut leicht umgehen, indem zusätzlich zur Beteiligung am Prozessgewinn ein vom Erfolg unabhängiger symbolischer Honorarbestandteil vereinbart würde (beispielsweise: «10% des Prozessersfolgs plus CHF 1.–»). Es ist deshalb verschiedentlich versucht worden zu umschreiben, wie hoch der erfolgsunabhängige Honorarbestandteil mindestens sein muss, damit die Absprache zulässig wird.<sup>53</sup> Dieser Versuch ist als anwaltlicher Heimatschutz kritisiert worden. Damit wolle den Anwälten in jedem Fall die günstigere Variante gewährleistet werden.<sup>54</sup> Der Versuch hat aber mit Berufspolitik oder Anwaltsschutz nichts zu tun, sehr viel aber mit dem Bemühen, dem Praktiker eine im Alltag brauchbare Richtlinie in die Hand zu geben, um den in der Tat wenig glücklichen Art. 12 lit. e BGFA zu konkretisieren. Im Übrigen machen die Abgrenzungsversuche deutlich, dass es nicht ganz einfach ist, dem Verbot einen sinnvollen, konsistenten Inhalt zu geben.

## 4. Fazit: Beschränkter Umfang des Verbots

Der erste Halbsatz von Art. 12 lit. e BGFA verbietet nur Honorare, die einerseits einer *Beteiligung am* Prozessgewinn entsprechen, und die andererseits *nur* vom Erfolg abhängig sind. Es ist ausgeschlossen, dass das BGFA die zuvor zulässigen nicht reinen Erfolgshonorare<sup>55</sup> wieder verbieten soll, nachdem es der erklärte Wille des Gesetzgebers war,

- die Berufsregeln auf das Wesentliche zu reduzieren, auf Bundesebene zu vereinheitlichen und abschliessend zu regeln;<sup>56</sup>
- im Bereich der Honorarvereinbarungen das bisherige Recht beizubehalten.<sup>57</sup>

51 Vorn IV.2.

52 Daran ändert nichts, dass der französische Text diese Präzisierung nicht enthält («... de faire dépendre les honoraires du résultat de l'affaire»); a.M. SCHWANDER (Fn. 4), S. 590 ff.

53 Vgl. BGE 135 III 262 f.; Bundesgerichtsentscheid 2A.98/2006 vom 24. Juli 2006; ZR 105 Nr. 46; BOHNET/MARTENET (Fn. 20) Rz 1597; FELLMANN (Fn. 21), zu Art. 12 BGFA N 122; NATER (Fn. 28), S. 35 f.; STUDER, Anwaltsrevue 3/2005, S. 119.

54 SCHWANDER (Fn. 4), S. 599 ff.

55 Vorn IV.2.

56 Botschaft, BBl 1999, 6039, 6054; BGE 130 II 275; 131 I 228.

57 Botschaft, BBl 1999, 6054, 6057; vorn V.2.

47 Art. 190 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 8) Rz 2086.

48 HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 8) Rz 148 ff., 161.

49 Massgebend ist die materielle Situation, nicht die formelle (z.B. bei vertauschten Prozessrollen im Aberkennungsprozess).

50 Das deckt sich auch mit dem italienischen Wortlaut («... versargli parte dei proventi della causa...»); im Übrigen ausführlich SCHILLER (Erfolgshonorar, Fn. 17), S. 357 f.

Die gebotene restriktive Anwendung von berufsrechtlichen Verbotsnormen zu Honorarvereinbarungen<sup>58</sup> führt zu einem engen, auf den Text beschränkten Verständnis des ersten Halbsatzes von Art 12 lit. e BGFA.

## VII. Verbot B: Honorarverzicht bei Prozessverlust

### 1. Tragweite des Verbots

Wesentlich unklarer ist der Normgehalt des zweiten Halbsatzes von Art. 12 lit. e BGFA, des Verbots B (Honorarverzicht bei Prozessverlust).

#### a) Vermögensrechtliche Aktivprozesse

Eindeutig ist die Tragweite der Bestimmung immerhin für Mandate, die vom Verbot der reinen Beteiligung am Prozessgewinn erfasst sind, d.h. für Mandate, bei denen eine Beteiligung am Prozessgewinn möglich ist.<sup>59</sup> In solchen Fällen ist der Prozessgewinn bei vollständigem Unterliegen gleich null, also auch eine Beteiligung daran. Für diese Fälle ist das Verbot B (Honorarverzicht bei Prozessverlust) bereits vom Verbot A (reine Beteiligung am Prozessgewinn) erfasst. Insoweit ist das Verbot B notwendigerweise redundant und ohne eigenständigen Normgehalt.

#### b) Nicht-vermögensrechtliche Verfahren, Passivprozesse

Fraglich ist dagegen die Tragweite des Verbots B (Honorarverzicht bei Prozessverlust) in den übrigen Fällen, bei denen eine Beteiligung am Prozessgewinn nicht möglich ist, insbesondere bei nicht-vermögensrechtlichen Verfahren und bei Passivprozessen.

aa) Der *Wortlaut* scheint eindeutig: Das Verbot ist absolut und allgemein für alle Verfahren formuliert, also auch für solche, bei denen das Verbot der reinen Beteiligung am Prozessgewinn nicht gilt.<sup>60</sup> Vom Gesetzeswortlaut her ist somit der Anwendungsbereich des Verbots B (Honorarverzicht bei Prozessverlust) weiter als derjenige des Verbots A (reine Beteiligung am Prozessgewinn).<sup>61</sup>

bb) Die *systematische* Einordnung dieses Halbsatzes spricht jedoch eher dafür, dass sich das Verbot B (Honorarverzicht bei Prozessverlust) nur auf das unmittelbar vorangehende Verbot A (reine Beteiligung am Prozessgewinn) bezieht. Das Verbot B ist bei dieser Betrachtungsweise als blosse Verdeutlichung des Verbots A zu verstehen und auf vermögensrechtliche Aktivprozesse zu beschränken. Hätte der Gesetzgeber dem Verbot B (Honorarverzicht bei Unterliegen) einen weitergehenden Gehalt geben wollen, hätte er dieses als allgemeine Vorschrift dem engeren Verbot A vorangestellt.<sup>62</sup>

cc) Auch die *Entstehungsgeschichte* führt zu diesem Ergebnis. Zwar wird darauf hingewiesen, dass das Verbot B im Vorentwurf noch nicht enthalten war.<sup>63</sup> Was aber daraus abgeleitet werden soll, wird nicht deutlich. Die Materialien geben keinerlei Aufschluss über den Grund und den Zweck dieser Ergänzung. Die Bestimmung wurde dem Parlament in der heutigen Fassung vorgelegt und ohne materielle Diskussion in den Kommissionen und in den Räten verabschiedet. Offenbar hat sich niemand für das Thema interessiert.

Es war die erklärte Absicht, die bisherigen kantonalen Regeln zu übernehmen.<sup>64</sup> Ein eigenständiges Verbot des Honorarverzichts bei Prozessverlust existierte jedoch soweit ersichtlich in keinem kantonalen Anwaltsgesetz.<sup>65</sup> Jedenfalls kann keine Rede davon sein, ein solches selbständiges, absolutes Verbot habe der Rechtslage in den Kantonen vor dem Inkrafttreten des BGFA entsprochen. Der Gesetzgeber konnte deshalb dem Verbot B keinen eigenständigen Inhalt beimessen wollen. Wäre dies gleichwohl die Meinung gewesen, müsste geradezu von einem gesetzgeberischen Irrtum gesprochen werden.

dd) Eindeutig gegen ein generelles, eigenständiges Verbot spricht die *teleologische* Auslegung. Ein sinnvolles Ziel, das mit dem Verbot des Honorarverzichts bei Verlust jedwelcher Verfahren erreicht werden soll, und welches das öffentliche Interesse an einem solchen Verbot wäre, lässt sich kaum ausmachen.<sup>66</sup> Die Vereinbarung, dass der Anwalt auf sein Honorar verzichtet, liegt naturgemäss immer im Interesse des Klienten und erleichtert diesem immer den Zugang zum Recht. Einen Honorarverzicht unter bestimmten Voraussetzungen verbieten zu wollen, hiesse den Klientenschutz und den Zugang zum Recht schwächen. Die Legitimation eines solchen Verbots wäre mehr als fragwürdig.<sup>67</sup>

Anführen liesse sich höchstens, es solle vermieden werden, dass der Anwalt sich nicht mehr für den Klienten einsetzt, wenn er im Lauf des Mandats erkennt, dass die Sache schlecht steht und er deshalb kein Honorar mehr erwarten kann. Dem ist zunächst die vertragliche und berufsrechtliche Sorgfaltspflicht entgegenzuhalten, der die Anwälte und Anwältinnen unabhängig von einer Entschädigung unterstehen. Vor allem aber richtet der Anwalt sein Verhalten nicht nur am zu erwartenden Honorar aus. Sein wichtigste Kapital ist sein Ruf.<sup>68</sup> Dieser wird durch einen verlorenen, aber sorgfältig geführten Prozess nicht beschädigt, sehr wohl aber durch eine unsorgfältige Mandatsführung. Ferner greift das Konfliktverbot von Art. 12 lit. c BGFA ein, sobald an-

63 Vgl. SCHWANDER (Fn. 4), S. 593.

64 Botschaft, BBl 1999, 6057; vorn V.2.

65 Immerhin war ein Verbot mit praktisch identischem Wortlaut in den privatrechtlichen Ständeregeln des waadtändischen Anwaltsverbands enthalten.

66 A.M. BOHNET/MARTENET (Fn. 20) Rz 1592 f.; SCHWANDER (Fn. 4), S. 597 ff.

67 Schon gar nicht verständlich ist, weshalb verboten werden soll, dass der Anwalt ein Mandat unabhängig vom Verfahrensausgang unentgeltlich soll führen dürfen (wovon offenbar das Zürcher Obergericht ausgeht, wenn es einen Anwalt verzeigt, der die Vertretung für einen Lehrling übernommen und dabei im Voraus generell auf ein Honorar verzichtet hat, vgl. NZZ vom 13. August 2009, S. 41).

68 SCHWANDER (Fn. 4), S. 597.

58 Vorn VI.1 c.

59 Vorn VI.2.

60 Vorn VI.2, VI.3.

61 BOHNET/MARTENET (Fn. 20), Rz 1593.

62 Vgl. FELLMANN (Fn. 21), zu Art. 12 BGFA N 119; SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9) Rz 1619 f.; a.M. SCHWANDER (Fn. 4), S. 596.

zunehmen ist, dass der Anwalt wegen abweichender Eigeninteressen bei der Wahrung der Interessen seines Klienten beeinträchtigt ist. Im Weiteren gelten die allgemeinen Überlegungen zur unsicheren Legitimation des Verbots A (Beteiligung am Prozessgewinn) und allgemein von Erfolgshonoraren<sup>69</sup> sinngemäss auch hier.

Wenn dem Verbot B (Honorarverzicht bei Prozessverlust) eine eigenständige Geltung zukäme, würde die Kombination der beiden Verbote des BGFA zu einer stossenden *Asymmetrie* zugunsten der Anwälte und zulasten der Klienten führen.<sup>70</sup> Einerseits ist die Beteiligung am Prozessgewinn zulässig, wenn sie nur eines von mehreren Elementen der Honorarbestimmung ist. Andererseits wäre der Verzicht auf ein Honorar beim Verfahrensverlust immer verboten. Chancen und Risiken wären nicht ausgewogen verteilt. Dieses Ungleichgewicht wird vermieden, wenn das Verbot B restriktiv und nur als Verdeutlichung des Verbots A verstanden wird. Konsequenz wäre es allenfalls gewesen, nicht den Verzicht auf das *Honorar*, sondern das *Mittragen* des Anwalts am Prozessverlust zu untersagen. Ein solches Verbot wäre ein eigentliches Korrelat zum Verbot A, der Beteiligung am Prozessverfolg.<sup>71</sup> Das BGFA statuiert aber eindeutig kein solches Verbot. Es läge auch kaum im öffentlichen Interesse. Ausser der Verbotssymmetrie gibt es kein Argument für eine derartige extensive Auslegung.

Ein Verbot des Honorarverzichts bei Prozessverlust ist nur sinnvoll, wenn es als Korrelat oder als Verdeutlichung zu einem Verbot bei Prozessgewinn ausgestaltet ist, was wohl ursprünglich unter kantonalem Recht noch der Fall gewesen war. Bei der heutigen Zulässigkeit der nicht reinen Erfolgshonorare lässt sich jedoch ein isoliertes, absolutes Verbot des Honorarverzichts bei Prozessverlust nicht mehr rechtfertigen.

## 2. Fazit: Kein eigenständiger Regelungsgehalt

Die verschiedenen Auslegungselemente führen nicht alle zum selben Ergebnis. Zwar legt der *Wortlaut* eine allgemeine, selbständige Bedeutung des Verbots B (Honorarverzicht bei Prozessverlust) nahe. Demgegenüber sprechen die *systematische* Betrachtungsweise eher, die *historische* und die *teleologische* Auslegung deutlich dagegen. Insgesamt überwiegen die Argumente gegen einen eigenständigen Normgehalt des Verbots B. Ausschlaggebend erscheint, dass ein allgemeines Verbot des Honorarverzichts bei Prozessverlust weder im Interesse des Klienten noch im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen kann, und dass das bisherige kantonale Recht kodifiziert werden sollte, ein eigenständiges Verbot des Honorarverzichts bei Prozessverlust aber keinesfalls der überwiegenden Rechtslage vor Inkrafttreten des BGFA entsprach. Ein restriktives Verständnis dieses zweiten Halbsatzes von Art. 12 lit. e BGFA muss sich deshalb geradezu aufdrängen.<sup>72</sup> Trotz seines Wortlauts ist das Verbot B als

Unterfall und Verdeutlichung des Verbots A (Beteiligung am Prozessgewinn) zu verstehen.<sup>73</sup> Für vermögensrechtliche Aktivprozesse ist es bereits vom Verbot A abgedeckt. Auf nicht-vermögensrechtliche Verfahren und Passivprozesse findet es keine Anwendung. Dem Verbot des Honorarverzichts bei Prozessverlust kommt somit kein eigenständiger Regelungsgehalt zu.

Sollte dem Verbot B gleichwohl ein separater Inhalt beigemessen werden, müsste es auf seinen Wortlaut reduziert bleiben und könnte nur den Verzicht auf ein Honorar bei vollständigem Prozessverlust untersagen. Angesichts der gebotenen restriktiven Anwendung dieser Berufsregel darf die an sich schon problematische Bestimmung erst recht nicht auf ein allgemeines Verbot von Erfolgshonoraren ausgedehnt werden.<sup>74</sup>

## VIII. Schlussbemerkungen

Schon vor Inkrafttreten des BGFA waren Vereinbarungen von Erfolgshonoraren dann zulässig, wenn sie den Erfolg nur als eines von mehreren Elementen berücksichtigten. Verboten war jedoch durchwegs die *reine* Beteiligung am Prozessgewinn, bei der das Honorar ausschliesslich vom Erfolg abhängig ist. Es war die *erklärte Absicht des Gesetzgebers*, diese bisherige kantonale Regelung zu vereinheitlichen und im BGFA festzuschreiben.

Verbote der Vereinbarung erfolgsabhängiger Anwaltshonorare schränken die Vertragsfreiheit ein. Sie sind weder aus rechtsstaatlichen Gründen nötig noch allgemein geeignet, den Zugang zum Recht zu erleichtern. Die Verfassungsmässigkeit von Art. 12 lit. e BGFA lässt sich somit durchaus in Frage stellen. Die Bestimmung ist aber Gesetz und muss deshalb angewendet werden. Immerhin ist sie *nicht unnötig auszudehnen* und sollte auf den Gehalt beschränkt bleiben, der ihr klarerweise vom Gesetzgeber zugedacht worden ist: Auf das *Verbot der reinen Beteiligung am Prozessgewinn*. Der angefügte Halbsatz, das Verbot des Honorarverzichts bei Prozessverlust, ist blosser Verdeutlichung. Ihm kommt kein eigenständiger Regelungsgehalt zu. Ein konsistenter Inhalt der Bestimmung von Art. 12 lit. e BGFA ergibt sich nur bei einer engen Anwendung.

Je freier Klient und Anwalt bei der Honorarvereinbarung sind, desto wichtiger ist die Pflicht des Anwalts, der Anwältin, den Klienten über die Elemente der Honorarbestimmung *aufzuklären und zu informieren*.<sup>75</sup> Der Klient muss in der Lage sein, die Vor- und Nachteile der verschiedenen Entschädigungsmodelle für das konkrete Mandat zu beurteilen und zu entscheiden, ob er einem erfolgsabhängigen Honorar zustimmt.

Gerade bei den Honoraren ist es nicht einfach, einen gangbaren Weg zwischen Regulierung und Vertragsfreiheit zu finden. Der Liberalisierungsprozess weg von der staatlich geregelten Gebühr hin zum frei vereinbarten Honorar ist noch nicht abgeschlossen. Er verlief und verläuft nicht konsequent, was biswei-

69 Vorn 6.1.

70 SCHWANDER (Fn. 4), S. 600 ff.

71 Allerdings wäre die praktische Bedeutung eines solchen Verbots gering (vgl. vorn VI.2 a.E.).

72 Vgl. auch vorn VI.1 c.

73 Vorn 7.1; SCHILLER (Erfolgshonorar, Fn. 17), S. 358.

74 A.M. SCHWANDER (Fn. 4), S. 589, 601 f.; FELLMANN (Fn. 21), Art. 12 BGFA N 118 ff., 121.

75 Art. 398 OR; Art. 12 lit. a und i BGFA; NATER (Fn. 28), S. 37 ff.; SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 1622 f.

len zu inkonsistenten und fragwürdigen Regelungen geführt hat. Das zeigt sich auch bei Art. 12 lit. e BGFA. Es wäre wohl sinnvoll gewesen, im Zug der mit dem BGFA gewollten Liberalisierung auf Verbote bestimmter Honorarvereinbarungen ganz zu verzichten. Das würde jedoch eine umfassende Information des Klienten erfordern, damit dieser beurteilen und entscheiden kann,

welche Entschädigungsart für ihn vorteilhaft ist. Wenn übersetzte Honorare auf ungenügende Information und Aufklärung des Klienten zurückzuführen sind, sollten diese konsequent korrigiert werden. Die Anwälte sollten in diesen Fällen auch disziplinarische Sanktionen zu gewärtigen haben. ■

Isabel von Fliedner\*

## Le secret professionnel de l'avocat et le blanchiment: notes de droit comparé

**Mots clés :** Blanchiment d'argent, droit comparé, UE, Canada, secret professionnel, autorégulation

L'évolution du secret professionnel de l'avocat eu égard au foisonnement de lois relatives au blanchiment, à l'entraide en matière pénale et à l'entraide administrative, notamment en relation avec la fraude fiscale, est certainement un thème d'actualité. Pour ceux qui traitent de longue date avec les administrations, il était clair que les instruments créés pour découvrir l'acheminement des fonds pour le financement du terrorisme allaient rapidement servir à d'autres buts, une fois que la brèche était ouverte «pour une bonne cause».

Voici comment le conflit entre la protection du client par le secret professionnel, d'une part, et la poursuite dudit client en vertu des lois sur le blanchiment, d'autre part, a été traité et résolu dans trois juridictions différentes.

### I. Union européenne

Lors d'une conférence internationale sur le blanchiment organisée au Canada le 15 octobre 2001, Peter Csonka, avocat et administrateur principal à la Direction des affaires juridiques du Conseil de l'Europe, déclarait:

*Les pays doivent s'assurer que leurs lois préventives en matière de blanchiment d'argent soient assez larges pour soumettre les banques, courtiers, avocats, comptables et concessionnaires automobiles (!). Les avocats, tout particulièrement, résistent à l'obligation de dénoncer les clients qui font du blanchiment d'argent.*

Depuis le 10 juin 1991, le Parlement et le Conseil européens ont émis diverses directives visant la lutte contre le blanchiment. Ces directives ont été transposées dans les droits nationaux de divers pays.

En Europe, les avocats sont des personnes assujetties directement aux autorités auxquelles il faut dénoncer les soupçons de blanchiment, telles que le TRACFIN<sup>1</sup> en France.

Depuis le 4 décembre 2001, l'Union européenne s'est dotée d'une directive<sup>2</sup> qui impose aux avocats une obligation de délation de leurs clients en cas de soupçons de blanchiment, assortie de l'interdiction d'en informer le client. De nombreux barreaux nationaux ont saisi la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) pour obtenir que les avocats soient relevés de ces obligations, en arguant qu'elles violaient les droits de la défense.

La CJCE jugea, le 26 juin 2007<sup>3</sup>, que cette obligation de déclaration de soupçon n'est pas incompatible avec le droit au procès équitable dans la mesure où ces obligations (des avocats) restent hors du cadre de leurs activités judiciaires.

En France, l'institution de la C.A.R.P.A. remplace les comptes «trust» des avocats en Suisse; on peut lire sur le site internet la concernant:<sup>4</sup>

*Les fonds, valeurs ou effets perçus par les avocats pour le compte de leurs clients sont déposés sur un compte ouvert au nom de la Caisse des règlements pécuniaires des avocats (CARPA) dans les écritures d'une banque ou d'une caisse de dépôts et consignations où sont centralisés les dépôts et les opérations.*

*Les écritures liées à l'activité de chaque avocat sont retracées dans un sous-compte individuel au nom de l'avocat.*

*Les mouvements comptables sont gérés affaire par affaire à l'intérieur de chaque sous-compte cabinet.*

*Les avocats ne peuvent procéder à des règlements pécuniaires à leurs clients que par l'intermédiaire de la CARPA, la CARPA étant un acteur obligatoire des règlements pécuniaires.*

*L'avocat titulaire d'un compte à la CARPA de son barreau, compte alimenté par les fonds, effets ou valeurs reçus par*

\* Avocate, lic. oec. HEC St-Gall, PYTHON & PETER Avocats, Genève.

1 TRACFIN (Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers clandestins) est un organisme du ministère des finances français chargé de la lutte contre le blanchiment d'argent.

2 Directive 91/308/CEE, Prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux.

3 Affaire C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophones et al. Contre Conseil des ministres.

4 <http://www.classaction.fr/menu-gauchelinfocarpa.php>

*l'avocat à l'occasion de l'exercice de sa profession, doit être en mesure de présenter à tout moment les fonds au versement desquels ses clients peuvent prétendre.*

*L'avocat ne peut prélever sur ce compte que les honoraires qui lui sont dus et avec l'accord de ses clients, et en outre, uniquement par un transfert sur son compte professionnel, soit par chèque, soit par virement.*

*Par ailleurs, il ne peut y avoir de transfert de fonds entre le sous-compte individuel ouvert dans une caisse et les sous-comptes ouverts dans d'autres caisses au nom de l'avocat lorsque celui-ci dispose de plusieurs cabinets, non plus que des transferts d'un sous-compte affaire à un autre.*

*Les règlements des sommes revenant aux clients ne sont pas réalisés par des chèques établis par l'avocat lui-même, mais, à sa demande, par la CARPA.*

*La CARPA a ainsi la possibilité de vérifier, opération par opération, que la provision est constituée, ce qui permet d'éviter tout incident de paiement et offre aux justiciables la garantie que les fonds leur revenant leur seront effectivement versés.*

Enfin, il semblerait que les CARPA doivent exiger des précisions sur l'identité du client, l'origine des fonds, leur destination et l'identité des bénéficiaires.

On se demande, avec une telle structure, comment les avocats peuvent encore assister à la commission de blanchiment d'argent ou y participer activement et pourquoi le devoir de dénonciation n'est pas imposé à la CARPA. La réponse de nos confrères français est qu'il y a lieu de dénoncer les clients lorsqu'ils doivent leur donner des conseils et établir des consultations ou qu'ils rédigent des contrats et conventions en vertu de «techniques juridiques dont on laisse entendre qu'elles sont trop souvent utilisées dans le blanchiment d'argent» . . . Donc nos confrères français et autres européens doivent s'abstenir de donner des conseils de structures financières ou sociétaires qui pourraient sembler suspectes à leurs autorités, sans même qu'ils aient pu observer un flux de fonds dans cette structure ou dans leurs Etudes d'avocat!

La CJCE<sup>5</sup> jugea que la directive ne violait pas les droits de la défense dès lors qu'elle ne s'applique aux avocats que lorsqu'ils assistent leurs clients dans la préparation ou la réalisation de certaines transactions essentiellement d'ordre financier, ou lorsqu'ils agissent pour le compte de leurs clients dans toute transaction financière ou immobilière, donc dans des affaires qui n'ont pas de lien avec une procédure judiciaire. Et la CJCE de préciser que l'avocat a l'obligation de dénoncer son client au TRACFIN lorsqu'il *fournit des conseils juridiques à des fins de blanchiment de capitaux, soit qu'il est conscient du fait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques à de telles fins.*<sup>6</sup>

5 CJCE Affaire C-305/05.

6 CJCE Affaire C-305/05.

## II. Canada<sup>7</sup>

Le Canada a adopté le 29 juin 2000 une Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes. Plusieurs dispositions visaient à restreindre drastiquement le droit à la confidentialité des informations transmises par les clients à leurs avocats. Elle imposait aux avocats, notamment, une obligation de dénoncer

- Les transactions «douteuses» (art. 7)
- Toute transaction en espèces de CAD 10 000 ou plus.

La loi interdisait également à l'avocat d'informer son client de ce qu'il l'avait dénoncé (art. 8).

Ainsi, l'avocat devenait un délateur au bénéfice du gouvernement, de sorte qu'il perdait son rôle de rempart du citoyen à l'encontre des visées du gouvernement.

La Fédération des ordres professionnels intenta de nombreuses procédures judiciaires pour obtenir l'annulation de ces dispositions, en plaidant qu'elles détruisaient l'indépendance de l'avocat et portaient un préjudice majeur au système judiciaire. Suite à ces procédures, la Cour Suprême, dans un arrêt de principe, a rappelé que l'avocat est un officier de justice, soit une institution inhérente au système judiciaire canadien. C'est cette institution qu'il a fallu redéfinir par rapport à la loi sur le blanchiment. La Cour Suprême commença sa démarche avec la considération suivante:<sup>8</sup>

*Si le public se demande si les renseignements confidentiels communiqués par un client à un avocat seront divulgués ou s'il soupçonne qu'ils pourraient l'être, le système ne peut pas fonctionner normalement.*

Le système démocratique basé sur la séparation des pouvoirs et reconnaissant l'indépendance au système judiciaire nécessite, pour l'obtenir

1. L'indépendance de la magistrature
2. L'indépendance du Barreau
3. La publicité des débats.

Par conséquent, lorsque l'avocat devient un agent d'information du gouvernement, il ne peut plus faire partie du système judiciaire – il devient un organe de la branche exécutive.

Au Canada, le secret professionnel protège le client et non pas l'avocat, et la jurisprudence l'a confirmé à plusieurs reprises. Il s'applique dans les causes pénales comme dans les causes civiles.

Il est absolu à l'exception des cas où la preuve est faite d'une absolue nécessité de passer outre à ce principe fondamental. Et cette absolue nécessité a été définie par la Cour Suprême et les tribunaux comme suit: non seulement est-il nécessaire d'avoir une législation qui retire expressément le bénéfice de la confidentialité au citoyen pour que les tribunaux puissent ordonner la

7 Le chapitre relatif au Canada et la jurisprudence citée sont tirés d'un exposé du 30 octobre 2009 de M. le Bâtonnier FRANCIS GERVAIS au 53<sup>e</sup> Congrès de l'Union Internationale des Avocats à Séville.

8 [1990]3 R.C.S. 1235, *Succession MacDonald c. Martin*.

levée du secret professionnel, mais encore les dispositions légales le permettant doivent-elles toujours être interprétées de façon restrictive.

### A. Levée du secret professionnel

La jurisprudence canadienne a admis, par le passé, les motifs suivants pour lever le secret professionnel:

- La communication a pour objet la commission d'une infraction ou est faite en vue de commettre une infraction<sup>9</sup>
- Pour des raisons de sécurité publique<sup>10</sup>
- Pour des raisons de santé ou de sécurité lorsque une ou plusieurs personnes identifiables sont clairement exposées à un danger grave et imminent<sup>11</sup>.

En outre, le droit canadien reconnaît la renonciation par son bénéficiaire.

### B. Contestation de la loi antiblanchiment

Les Barreaux des dix provinces canadiennes ont introduit des contestations flanquées de requêtes en mesures provisionnelles pour empêcher l'application des dispositions légales concernant les avocats.

Les Tribunaux ont suspendu l'application de la loi. Cette décision de première instance fut confirmée par les tribunaux supérieurs lorsque le gouvernement fit appel. La paralysie de la législation par les tribunaux amena le gouvernement à reconsidérer sa position. Le 20 mars 2003 il déclara ne pas conserver le régime prévu pour les avocats.

### C. L'issue

En 2004, la Fédération des Barreaux adopta un règlement-type interdisant aux avocats de manipuler des sommes dépassant CAD 7 500.—.

La nouvelle proposition de législation du gouvernement en 2007 fut encore rejetée par les avocats, qui refusaient de collecter des informations détaillées sur leurs clients pour les transmettre ensuite aux autorités.

La Fédération des Barreaux adopta, le même année, un règlement-type concernant l'identification du client, qui détaille l'ensemble des informations que l'avocat doit recueillir concernant son client, sans que ces données fassent l'objet d'une transmission quelconque.

En résumé, on peut dire qu'au Canada, le contrôle du blanchiment au sein de la corporation des avocats est resté aux mains du Barreau et que la profession exclut les affaires purement financières de la sphère d'activité de l'avocat.

## III. Suisse

La Suisse a adopté encore une autre solution, consistant à scinder en deux les activités des avocats. Ceux qui exercent exclusivement dans le domaine du contentieux ainsi que dans les autres activités typiques de la profession sont soumis au secret professionnel, dont la violation est sanctionnée par l'art. 321CPS.

Les activités commerciales par lesquelles les avocats interviennent et qui comportent l'acceptation, la gestion, le dépôt de sommes d'argent, la gestion de sociétés et de comptes bancaires pour le compte de tiers (clients ou contreparties de clients), tombent sous l'égide de l'intermédiation financière et sont soumises à la surveillance instituée par l'art. 3 lit. g de la Loi sur le blanchiment d'argent (LBA).

*Sont en outre réputées intermédiaires financiers les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers, en particulier les personnes qui:*

*g. conservent ou gèrent des valeurs mobilières.*

La situation est décrite en détail par un arrêt du Tribunal fédéral 2A.375/2005 et le présent exposé se limitera aux critères qui distinguent la législation suisse par rapport aux solutions adoptées par l'UE et par le Canada.

- En premier lieu, l'application de la LBA ne se fait pas en fonction de la *profession*, mais de l'*activité* réellement exercée par l'avocat
- En vertu de l'art. 9 al. 2 LBA, les avocats ne sont pas soumis à l'obligation de communiquer leurs soupçons (dénoncer leurs clients) dans la mesure où ils sont astreints au secret professionnel
- Par contre, ils doivent dénoncer des opérations douteuses lorsqu'elles relèvent de leur activité commerciale ou d'intermédiaire financier
- La création d'un organisme d'autorégulation crée un «tampon» entre l'Etat à la recherche de renseignements et l'avocat qui doit protéger la confidentialité à l'égard de son client
- Les avocats qui exercent des activités d'intermédiaires financiers doivent s'affilier à l'organisme d'autorégulation et tenir des dossiers LBA, à défaut de quoi ils encourent les sanctions pénales (anciennement l'art. 36 LBA, abrogé et remplacé par l'art. 44 LFINMA qui dispose):

IV. **Art. 44** Exercice de l'activité sans autorisation, reconnaissance, agrément ou enregistrement

*<sup>1</sup> Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque, intentionnellement, exerce sans avoir obtenu d'autorisation, de reconnaissance, d'agrément ou d'enregistrement une activité soumise à l'obligation d'obtenir une autorisation, une reconnaissance, un agrément ou un enregistrement en vertu des lois sur les marchés financiers.*

*<sup>2</sup> Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 250 000 francs au plus.*

<sup>9</sup> R.C. Campbell, [1999] 1 R.C.S. 565.

<sup>10</sup> Solosky c. La Reine [1980] 1 R.C.S. 821.

<sup>11</sup> Smith c. Jones, [1999] R.C.S. 455.

<sup>3</sup> En cas de récidive dans les cinq ans suivant une condamnation entrée en force, la peine pécuniaire est de 45 jours-amende au moins.

- Les contrôles dans les Etudes d'avocats sont confiés à des organes de révision soumis au secret professionnel comme les avocats et leurs rapports doivent être rédigés de manière suffisamment anonyme pour qu'aucune information protégée par le secret ne soit divulguée.

Selon M<sup>e</sup> Gross, président de l'OAR FSA/FSN, l'introduction de ces organismes d'autorégulation permet de conserver le secret professionnel des avocats. Toutefois, leur existence ne relève pas l'avocat de son obligation de dénoncer son client, selon l'art. 9 al. 1<sup>er</sup> LBA. Il vaut ici la peine de se rappeler son contenu:

(i) **Art. 9** Obligation de communiquer

1 L'intermédiaire financier informe immédiatement le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent au sens de l'art. 23 (bureau de communication):

- a. s'il sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires:

1. ont un rapport avec une des infractions mentionnées aux art. 260<sup>ter</sup>, ch. 1, ou 305<sup>bis</sup> CP<sup>[23]</sup>,
  2. proviennent d'un crime,
  3. sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle,
  4. servent au financement du terrorisme (art. 260<sup>quinquies</sup>, al. 1, CP);
- b. s'il rompt des négociations visant à établir une relation d'affaires en raison de soupçons fondés conformément à la let. a.<sup>[24]</sup>

1<sup>bis</sup> Dans toute communication effectuée en vertu de l'al. 1, le nom de l'intermédiaire financier doit apparaître; en revanche, le nom des employés chargés du dossier peut ne pas être mentionné, pour autant que le bureau de communication et l'autorité de poursuite pénale gardent la possibilité de prendre rapidement contact avec eux.<sup>[25]</sup>

2 Les avocats et les notaires ne sont pas soumis à l'obligation de communiquer leurs soupçons dans la mesure où ils sont astreints au secret professionnel en vertu de l'art. 321 du code pénal. ■

## Zur Erinnerung

Fortsetzung von Seite 26

**Diskonteur:** die Bank, die einen Wechsel diskontiert.

**Bestechen:** Fälle von Art. 288 StGB. Täter ist eine Privatperson; geht der Adressat auf das Angebot ein, ist auch Art. 315 StGB (sich bestechen lassen) anwendbar. Den in Frage kommenden Personenkreis nennt das Gesetz. Entscheidend ist, ob der Adressat eine öffentlichrechtliche Aufgabe wahrnimmt. Ein Richteramt üben nicht nur Richter als Behördenmitglieder und Beamte aus, sondern auch Geschworene, Angehörige eidgenössischer und kantonaler Rechtsmittelinstanzen (Steuerkommissionen usw.) und ähnliche Behörden (z.B. die Kartellkommission). Schiedsrichter sind auch Schiedsgutachter. Amtlich bestellte Sachverständige sind Fachleute, die unter der Wahrheitspflicht von Art. 307 StGB (falsches Zeugnis usw.) den Justizbehörden Feststellungen und Schlüsse über rechtserhebliche Tatsachen übermitteln. Übersetzer sind nach Art. 307 StGB in die Pflicht genommene Sprachkundige, die aus einer Fremdsprache in die Amtssprache übersetzen; Dolmetscher besorgen den Verkehr zwischen Gerichten und Schwerhörigen bzw. Taubstummen. Das Gesetz umschreibt die Tathandlung. Vorteil kann jede für den Adressaten günstige Leistung materieller oder immaterieller Art sein, die diesen besserstellt. Der Vorteil darf dem Adressaten nicht gebühren; auf das Vorgehen des Täters kommt es nicht an. Die Amts- bzw. Dienstpflichtverletzung besteht in der Missachtung ei-

ner dem Adressaten vorgeschriebenen Pflicht. Nicht massgebend ist, ob es sich um eine Straftat oder um ein Disziplinarvergehen handelt (Massstab kann z.B. Art. 22 BtG sein). Das Anerbieten des Täters muss erkennbar auf eine Pflichtverletzung abzielen. Das Delikt ist mit der Tathandlung (anbieten usw.) vollendet; beendet ist es, wenn der Adressat auf das Ansinnen eingeht oder gar eine pflichtwidrige Amtshandlung vornimmt. Subjektiv ist Vorsatz gefordert. Der Täter muss die Eigenschaft der zu bestechenden Person und die Pflichtwidrigkeit der angesonnenen Handlung kennen und mit Wissen und Willen den Adressaten beeinflussen. Geschenke und andere Zuwendungen sind gemäss Art. 59 StGB einzuziehen.

**Fakultativklausel:** ein multilaterales Abkommen macht die Annahme einzelner Bestimmungen von einer ausdrücklichen Erklärung der einzelnen Staaten abhängig. Noch weiter geht die Europäische Sozialcharta, die jedem Mitgliedstaat erlaubt, eine bestimmte Anzahl der darin aufgezählten Bestimmungen als für ihn verbindlich auszuwählen.

**Fakultativprotokoll:** Bestimmungen, deren Annahme nur von einem Teil der Partner eines multilateralen Abkommens gewünscht wird, werden von diesen in einem Fakultativprotokoll übernommen.

**ratifizieren:** genehmigen, insbes. einen völkerrechtlichen Vertrag in Kraft setzen.

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



# Der SAV teilt mit La FSA vous informe

Beat von Rechenberg\*

## Rechts- und sinnwidriger Patententzug?

In der AwR 11–12/2009, S. 511, hat der SAV-Vorstand sein Anliegen vorgetragen, dass einschlägig vorbestrafte Anwälte nicht weiterhin gegen aussen als solche in Erscheinung treten dürfen. Die kantonalen Anwaltsgesetze sollen im Rahmen der Anpassung an die eidgenössischen Prozessgesetze entsprechend angepasst werden und, soweit dies nicht schon bereits in verschiedenen Kantonen geschehen ist, den Patententzug ausdrücklich vorsehen. Die Kompetenz der Kantone zum Erlass von Vorschriften über den Entzug des Anwaltspatents wurde vom SAV durch ein Gutachten der Professoren *Walter Fellmann* und *Paul Richli* im Detail abgeklärt und belegt.

Im Publikationsorgan des Bernischen Anwaltsverbandes «in dubio» 5\_2009, S. 216 ff. wird unter dem Titel «Die Rechts- und Sinnwidrigkeit kantonalen Regelungen des Patententzugs» die Kompetenz der Kantone erneut in Frage gestellt, insbesondere auch unter Verweis auf Art. 3 BGFA (in Kraft seit dem 1. Juni 2002), welche Bestimmung einen «Vorbehalt» enthalte, der nur den Erwerb des Anwaltspatents, aber nicht dessen Entzug, den Kantonen zuweise. Zudem wird hergeleitet, dass das Anwaltspatent «ein Rechtsinstitut des Bundesrechts» sei und deshalb grundsätzlich durch das Bundesrecht zu regeln sei. Schliesslich wird der Sinn eines Patententzuges für kriminelle Anwälte angezweifelt.

Um weiteren Verwirrungen vorzubeugen, soll hier kurz zu diesen erneuten Vorbringen nochmals Stellung genommen werden.

### Rechtswidrigkeit?

Das Bundesgericht hat *nach* Erlass des BGFA und trotz des angeblichen «Vorbehalts» in Art. 3 BGFA zur Frage des Entzugs des Anwaltspatents wiederholt in anderem Sinne Stellung genommen und festgehalten, dass das Patent von den Kantonen entzogen werden kann:

*«Beim Anwaltspatent handelt es sich um eine Polizeibewilligung, die bei fehlender Voraussetzung entzogen werden kann . . . Das Bundesgericht hat in ständiger Praxis auch mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar erklärt, dass die Kantone die Erteilung des Rechtsanwaltspatents . . . von gewissen persönlichen Voraussetzungen abhängig machen. Die Beschränkung des Zugangs zum Beruf des Rechtsanwalts auf*

*vertrauenswürdige Kandidaten dient sowohl dem Schutz des rechtsuchenden Publikums als auch der Rechtspflege überhaupt und liegt mithin im öffentlichen Interesse . . . Gleiches gilt hinsichtlich des Patententzugs.»* (BGE vom 30. Juni 2006 (2P. 159/2005), E. 3.2 und E. 3.3; im gleichen Sinne: BGE vom 13. April 2005 (2P. 274/2004) E.1)

Im gleichen Sinne äussert sich die aktuelle Lehre (*François Bohnet/Vincent Martenet*, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, N 548 ff.).

Für Bundesgericht und Lehre ist damit die kantonale Kompetenz fraglos gegeben. *Walter Fellmann/Paul Richli* erläutern in der letzten Anwaltsrevue die rechtliche Grundlage für diese Kompetenz: Solange der Bundesgesetzgeber über bestimmte Rechtsfragen noch nicht legiferiert hat, schafft er damit «nachträglich derogierende Bundeskompetenz», die die Kantone über die in Art. 3 BGFA ausdrücklich genannten Bereiche zur Gesetzgebung, namentlich über Patententzug, berechtigt (vgl. AR 11–12 2009, S. 542 ff.).

### Schrotschuss oder gezielte Massnahme?

Es ist bei einzelnen kantonalen Behörden eine gewisse, schwer nachvollziehbare Zurückhaltung festzustellen, das an sich von allen Seiten anerkannte Ziel «kein einschlägig verurteilter Anwalt soll als Rechtsanwalt auftreten» in die Gesetzgebung umzusetzen. Es wird dem SAV «Schrotschuss» vorgeworfen und angeregt, mit einer gezielten Massnahme, insbesondere durch Revision des BGFA, das erwünschte Ziel einfacher und schneller anzupeilen. Es wird dabei übersehen, dass eine Legiferierung des Patententzugs im Rahmen des BGFA ohne dessen grundlegende Revision nicht ins Ziel führt, weil im BGFA nur die forensische Anwaltstätigkeit geregelt wird. Das wird auch von den Verfechtern der «gezielten Massnahme statt Schrotschuss» eingesehen, indem eingeräumt wird, dass «der Geltungsbereich des Gesetzes (BGFA) . . . erweitert werden» müsste («in dubio» 5\_09, S. 229). Hier schliesst sich der SAV-Vorstand an: Das heutige BGFA müsste auch auf nur beratend tätige Rechtsanwälte erweitert werden. Dies bedeutet aber – wie erwähnt – eine grundlegende Revision des BGFA, die im Rahmen eines eidgenössischen Anwaltsgesetzes früher oder später kommen und über die vom SAV-Vorstand auch schon heute nachgedacht wird. Vorläufig ist es aber nicht soweit und der SAV-Vorstand meint, dass der offenbare Missstand schneller durch die Anpassung der kantonalen Gesetze im Rahmen der laufenden Revisionsverfahren betreffend eidgenössische Prozessgesetze bewirkt werden kann. Deshalb hat der SAV mit Unterstützung vieler kantonalen Verbände zwangsläufig einen «Schrotschuss» auf rund 20 kantonale Anwaltsgesetze abgegeben, die den Entzug noch nicht

\* Vizepräsident SAV, Zürich.

oder nur unvollständig vorsehen. Es sollen sich strafrechtlich einschlägig vorbestrafte Anwälte, gegen die ein Berufsausübungsverbot nach Art. 17 BGFA ausgesprochen wurde und die sich auf die reine Beratungstätigkeit zurückziehen, auch nicht als blosser Rechtsberater mit dem Titel «Rechtsanwalt» irreführend bezeichnen dürfen.

Es wird nicht übersehen, dass die vom SAV beauftragten Experten *Walter Fellmann* und *Paul Richli* zum Schluss kommen, dass ein Patententzug durch die kantonale Aufsichtsbehörde auch ohne ausdrückliche kantonale Regelung möglich wäre, weil eine Polizeibewilligung jederzeit entzogen werden kann (vgl. AwR 11–12/2009, S. 545/6). Eine ausdrückliche Regelung empfiehlt sich aber sehr. Dem SAV liegen schriftliche Stellungnahmen von Aufsichtsbehörden vor, die der Meinung sind, dass sie das Patent ohne ausdrückliche kantonale Grundlage nicht entziehen können. Von einer Aufsichtsbehörde erhielt der SAV mitgeteilt, dass sie es als genügend erachte, wenn ein wegen Vermögensdelikten verurteilter Rechtsanwalt mit einem Berufsausübungsverbot nach Art. 17 BGFA (das heisst mit einem Verbot zum Auftritt vor Gerichten) belegt wird. In diesem Zusammenhang wird im «in dubio» mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass ein solches Berufsausübungsverbot im Register publiziert werde und dass jede rechtsuchende Person ein Recht auf Auskunft hat, ob gegen eine Anwältin oder einen Anwalt ein Verbot verhängt ist (Art. 10 Abs. 2 BGFA). Die Publikation des Verbots im Register greift jedoch nach Meinung des SAV zu kurz, weil es den betreffenden Anwalt nicht hindert, sein Briefpapier und seine Kanzleitafel mit der Bezeichnung «Rechtsanwalt» zu versehen und weiterhin unter diesem Titel beratend tätig zu sein. Dies ist störend, weil der Rechtsuchende den vorbestraften und mit einem Berufsverbot belegten Anwalt so nicht als Gefahrenquelle erkennen kann. Denn der Rechtsuchende wird nicht im Anwaltsregister die Überprüfung gemäss Art. 10 Abs. 2 BGFA vornehmen. Hier gilt es im Interesse des Rechtsuchenden Klarheit zu schaffen.

### Sinnwidrigkeit?

Es wird im «in dubio» die Frage gestellt, ob es verhältnismässig sei, dem kriminellen Anwalt parallel zum Berufsausübungsverbot (d.h. Verbot der forensischen Tätigkeit) das Patent zu entziehen («in dubio» 5\_2009, S. 226 ff.). In diesem Zusammenhang wird sogar von «Sinnwidrigkeit» der kantonalen Regelung des Patententzugs gesprochen. Weiter wird beklagt, dass ohne juristische Lizentiate patentierte bernische (und weitere?) Fürsprecherinnen und Fürsprecher bei Patententzug ohne Berufsabschluss dastehen würden («in dubio» 5\_2009, S. 225). Ob eine Sanktion verhältnismässig ist oder nicht, ist eine Ermessensfrage. Ist es verhältnismässig, einem Anwalt, der Klientengelder veruntreut, nicht nur ein Berufsausübungsverbot, d.h. ein Verbot der forensischen Tätigkeit aufzuerlegen, sondern ihm auch die Möglichkeit zu nehmen, gegenüber dem ratsuchenden Publikum weiterhin als Patentinhaber aufzutreten? Die Frage stellen, heisst sie beantworten: Der Patententzug macht nicht nur Sinn, er drängt sich geradezu auf.

### Berufsverbot durch den Strafrichter gemäss Art. 67 StGB?

Die Kritiker des kantonalen Patententzugs weisen auf Art. 67 StGB hin, laut welchem ein Strafrichter ein Berufsverbot aussprechen kann («in dubio» 5\_2009, S. 228). In diesem Zusammenhang erwähnt die Botschaft als Adressat des neuen Art. 67 StGB den Anwalt, der seinem inhaftierten Mandanten Waffen zuleitet (vgl. Botschaft AT StGB BBl 1999, S. 2105). Dazu zwei Gedanken:

*Erstens* regelt das BGFA in Art. 17 das Berufsverbot für Anwältinnen und Anwälte. Es dürfte sich damit um eine «lex specialis» (Disziplinar-massnahme des BGFA geht der Straf-massnahme nach StGB vor) handeln. Man wollte wohl kaum in Art. 67 StGB und Art. 17 BGFA parallele Berufsverbotsverfahren vorsehen. Als die Botschaft zum AT StGB im Jahre 1999 geschrieben wurde, konnte der Verfasser die «lex specialis»-Problematik nicht sehen. Auch in der Botschaft zum BGFA wird diese Frage nicht angesprochen (vgl. Botschaft BGFA BBl 1999, S. 6013 ff.), weil die zwei Gesetzgebungsverfahren BGFA und AT StGB parallel gelaufen sind. Abschliessend muss aber die hier diskutierte Frage nicht abgeklärt werden. Denn *zweitens* liegt es nicht im Interesse des Anwaltsstandes, dass ein so schwerwiegender Eingriff wie der Patententzug vom Strafrichter beurteilt wird. Nach Meinung des SAV-Vorstandes ist es angemessen, wichtig und richtig, dass über den Patententzug durch die mit dem Anwaltsberuf vertraute kantonale Aufsichtsbehörde befunden wird, was durch die vom SAV angestrebte Anpassung der kantonalen Anwalts-gesetze erreicht werden wird. Zudem ist zu beachten, dass die Aufsichtsbehörde auch noch allfällige weitere, ausserhalb des Strafverfahrens liegende Vorfälle im Rahmen des Disziplinierungs- und Entzugsverfahrens mitberücksichtigen kann und muss, was der Strafrichter nicht kann.

### Der Fachanwalt SAV als Hinderungsgrund für den Patententzug?

Es wird im «in dubio» schliesslich zu bedenken gegeben, dass zum Erreichen der Schutzwirkung des Patententzugs zusätzlich erforderlich wäre, dass der Vorstand des SAV den kriminell gewordenen Fachanwälten SAV die Führung dieses Titels entzieht («in dubio» 5\_2009, S. 227). Genau dies wird der Vorstand des SAV gestützt auf § 19 des Reglements Fachanwalt SAV tun (das Reglement Fachanwalt findet sich auf der Website [www.swisslawyers.com](http://www.swisslawyers.com)).

### Schweizerischer Anwaltstag 2010/ Journée suisse des avocats 2010

Vorankündigung: Der Schweizerische Anwaltstag 2010 findet am 4. Juni 2010 in Lugano statt./Préavis: La journée suisse des avocats 2010 aura lieu le 4 juin 2010 à Lugano.

## News «Fachanwalt SAV/ Fachanwältin SAV»

### Spezialisierungskurs im Arbeitsrecht

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich führt in Zusammenarbeit mit den Universitäten Basel und St. Gallen sowie dem Schweizerischen Anwaltsverband im Zeitraum von *Ende August 2010 bis Mitte März 2011 den dritten Spezialisierungskurs im Arbeitsrecht* (120 Stunden zuzüglich notwendige Vor- und Nachbearbeitung) durch. Bei Bestehen der abschliessenden schriftlichen Prüfung wird das «Certificate of Advanced Studies der Universität Zürich in Arbeitsrecht» verliehen. Die erfolgreiche Absolvierung dieses Kurses stellt eine der Voraussetzungen dar, um den *Fachanwaltstitel* zu erlangen. Die Kursdaten lauten wie folgt:

Mittwoch, 25.08.2010	Einführungsveranstaltung (Nachmittag)
Freitag/Samstag, 03./04.09.2010	Block I
Freitag/Samstag, 17./18.09.2010	Block II
Freitag/Samstag, 22./23.10.2010	Block III
Freitag/Samstag, 12./13.11.2010	Block IV
Freitag/Samstag, 10./11.12.2010	Block V
Freitag/Samstag, 07./08.01.2011	Block VI
Freitag/Samstag, 28./29.01.2011	Block VII
Freitag/Samstag, 04./05.03.2011	Block VIII
Samstag, 19.3.2011	schriftliche Prüfung

Kursort ist schwergewichtig Zürich. Es finden mindestens zwei Wochenendkurse mit Übernachtung statt.

Anmeldeschluss ist der 31. März 2010.

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

### Spezialisierungskurs im Erbrecht

Der *vierte Spezialisierungskurs im Erbrecht* (120 Stunden zuzüglich notwendige Vor- und Nachbearbeitung) wird im Zeitraum von Ende August 2010 bis Ende März 2011 durchgeführt werden. Die Kursdaten lauten wie folgt:

Donnerstag–Samstag, 26.–28.08.2010
Donnerstag–Samstag, 21.–23.10.2010
Donnerstag–Samstag, 25.–27.11.2010
Donnerstag–Samstag, 13.–15.01.2011
Donnerstag–Samstag, 17.–19.03.2011
Samstag, 2.4.2011: schriftliche Prüfung

Kursort wird grundsätzlich Zürich sein; die Orte der Wochenendkurse werden zu gegebener Zeit bekannt gegeben werden.

*Anmeldeschluss* ist der 31. März 2010.

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

### Spezialisierungskurs im Haftpflicht- und Versicherungsrecht

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Luzern führt in Zusammenarbeit mit der Universität Zürich sowie dem Schweizerischen Anwaltsverband im Zeitraum von *September 2010 bis Juli 2011 den dritten Spezialisierungskurs im Haftpflicht- und Versicherungsrecht* (120 Stunden zuzüglich notwendige Vor- und Nachbearbeitung) durch. Dieser Kurs bietet eine intensive, interaktive Auseinandersetzung mit Fragen des Sozialversicherungsrechts, des privaten Versicherungsrechts sowie des vertraglichen und des ausservertraglichen Schadensrechts. Den Schwerpunkt bilden dabei Personenschäden. Bei Bestehen der abschliessenden schriftlichen Prüfung wird das «Certificate of Advanced Legal Studies (Haftpflicht- und Versicherungsrecht)» der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern verliehen. Die erfolgreiche Absolvierung dieses Kurses stellt eine der Voraussetzungen dar, um den *Fachanwaltstitel* zu erlangen. Die Kursdaten lauten wie folgt:

Samstag, 25.09.2010	1. Block
Samstag, 09.10.2010	1. Block
Samstag, 30.10.2010	1. Block
Samstag, 13.11.2010	1. Block
Freitag/Samstag, 26./27.11.2010	1. Block
Samstag, 08.01.2011	2. Block
Samstag, 22.01.2011	2. Block
Samstag, 05.02.2011	2. Block
Samstag, 26.02.2011	2. Block
Freitag/Samstag, 11./12.03.2011	2. Block
Samstag, 30.04.2011	3. Block
Samstag, 14.05.2011	3. Block
Samstag, 28.05.2011	3. Block
Samstag, 18.06.2011	3. Block
Freitag/Samstag, 01./02.07.2011	3. Block
Samstag, 09.07.2011	schriftliche Prüfung

*Anmeldeschluss* ist der 30. April 2010.

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



## Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

### Zivilrecht/Droit civil

16.04.2010	1. Zürcher Stiftungsrechtstag: Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
------------	--	--------	--

### Handelsrecht/Droit commercial

19.01.2010	2. Leasingseminar- Grundfragen und neue Herausforderungen	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
09.03.2010	Retrozessionen, Provisionen und ähnliche Vermittlungsvergütungen	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
26.03.2010	Produktsicherheit in der anwaltlichen Praxis: Was bringt das neuen Produktsicherheitsgesetz?	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
11.06.2010	Vergabetagung 2010	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch

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

01.06.2010	Neuer Zivilprozess – Einführung mit Zürcher Praktikern	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch
16.06.2010	Neuer Zivilprozess – Einführung mit Zürcher Praktikern	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch
21.09.2010 + 28.09.2010	Neuer Zivilprozess – Fallbesprechung mit Zürcher Praktikern	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch
22.09.2010 + 06.10.2010	Neuer Zivilprozess – Fallbesprechung mit Zürcher Praktikern	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch
30.09.2010 + 07.10.2010	Neuer Zivilprozess – Fallbesprechung mit Zürcher Praktikern	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch

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

17.11.2010	Neuer Strafprozess	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch
------------	--------------------	--------	--

### Öffentliches Recht/Droit public

28.01.2010	3. Tagung zum Datenschutz – Jüngste Entwicklungen	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
26.02.2010	LL.M. International Tax Law (Nachdiplomstudiengang: Dauer: 3 Semester)	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
März/mars 2010	Formation continue de droit de la santé/Weiterbildungslehrgang Gesundheitsrecht Université de Neuchâtel SSPH+	Neuchâtel	Institut de droit de la santé, Mme E. Bloudanis-Leuenberger, Université de Neuchâtel, Av. du 1 <sup>er</sup> -Mars 26, 2000 Neuchâtel, Tél. 032 718 12 78, Fax 032 718 12 81, eva.bloudanis-leuenberger@unine.ch, www.unine.ch/ids
14.04.2010	Reform der Zürcher Verwaltungsrechtspflege	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch

### Diverses/Divers

01.03.–03.03.2010	Wirtschaftsmediation – Grundlagen	Glattbrugg	SGO Training, Jeannine Kistler, Flughafenstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, Fax 044 809 11 40, jeannine.kistler@sgo.ch
10.03.–12.03.2010	Mediationstraining GT I/10 Teil 1	Zürich	Egger, Philips + Partner AG, Frau Rosmarie Hofer, Fraumünsterstrasse 19, 8001 Zürich, Tel. 044 218 60 10, Fax 044 218 60 19, rosmarie.hofer@eggerphilips.ch, www.eggerphilips.ch
18.03.–19.03.2010	Mediationsweiterbildung SAV/Formation continue de la FSA	Münchenwiler/ Murten	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fa# 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
18.03.–20.05.2010	Fachkurs «Gerichtsnahe Mediation» (3 × 2 Tage)	Luzern	Hochschule Luzern – Wirtschaft, Institut für Betriebs- und Regionalökonomie IBR, Frau Brigitte Wägli, Tel. 041 228 40 28, brigitte.waegli@hslu.ch, www.weiterbildung.hslu.ch
30.03.2010	4. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsrecht Korruption in Staat und Wirtschaft	Zürichhorn	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch

18.04.–20.04.2010	6th International Conference 2010 – Thought Leaders in Brand Management	Lugano	Università della Svizzera italiana, Jennifer Hayes, Conference Manager, Via Giuseppe Buffi 13, 6900 Lugano, Tel. 058 666 46 05, Fax 058 666 47 39, jennifer.hayes@unisi.ch, www.brand-management.usi.ch
07.05.–26.06.2010	English Course for Lawyers	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
17.05.–19.05.2010	Wirtschaftsmediation – Grundlagen	Glattbrugg	SGO Training, Jeannine Kistler, Flughafenstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, Fax 044 809 11 40, jeannine.kistler@sgo.ch
17.05.–02.10.2010	Kernausbildung Wirtschaftsmediator SGO (SAV/SKWM)	Glattbrugg	SGO Training, Jeannine Kistler, Flughafenstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, Fax 044 809 11 40, jeannine.kistler@sgo.ch
21.–22.05.2010	Gerichtsnaher Mediation: Shuttle Mediation/Herausforderung ZPO	Glattbrugg	SGO Training, Jeannine Kistler, Flughafenstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, Fax 044 809 11 40, jeannine.kistler@sgo.ch
25.05.–28.05.2010	Mediationstraining GT I/10 Teil 2	Zürich	Egger, Philips + Partner AG, Frau Rosmarie Hofer, Fraumünsterstrasse 19, 8001 Zürich, Tel. 044 218 60 10, Fax 044 218 60 19, rosmarie.hofer@eggerphilips.ch, www.eggerphilips.ch
ab 27.05.2010	Certificate of Advanced Studies CAS -Volkswirtschaft	Luzern	Hochschule Luzern – Wirtschaft, Institut für Betriebs- und Regionalökonomie IBR, Zentralstrasse 9, Postfach 2940, 6002 Luzern, Tel. 041 228 41 11, Fax 041 228 41 12, regi.hochuli@hslu.ch, www.hslu.ch
Mai 2010–Dez. 2011	Mediation in Wirtschaft, Arbeitswelt und Öffentlichem Bereich – Diverse Module	St. Gallen	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
03.06.–05.06.2010	Conférence annuelle de PEOPIL	Genève	Pan-European Organisation of personal Injury Lawyers, c/o Hornung Hovageman avocats, 20 Rue Général Dufour, 1204 Genève, Tel. 022 809 64 64, Fax 022 809 64 65, d.hornung@hhavocats.ch, www.peopil.com
04.06.2010	Schweizerischer Anwaltsstag 2010/Journée suisse des avocats 2010	Lugano	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
14.–15.09.2010	Praxistraining PT I/10 «Advanced Mediation»	Zürich	Egger, Philips + Partner AG, Frau Rosmarie Hofer, Fraumünsterstrasse 19, 8001 Zürich, Tel. 044 218 60 10, Fax 044 218 60 19, rosmarie.hofer@eggerphilips.ch, www.eggerphilips.ch
20.–22.09.2010	Wirtschaftsmediation – Grundlagen	Glattbrugg	SGO Training, Jeannine Kistler, Flughafenstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, Fax 044 809 11 40, jeannine.kistler@sgo.ch
21.–23.10.2010	Wirtschaftsmediation – Grundlagen	Glattbrugg	SGO Training, Jeannine Kistler, Flughafenstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, Fax 044 809 11 40, jeannine.kistler@sgo.ch
21.10.2010–05.03.2011	Kernausbildung Wirtschaftsmediator SGO (SAV/SKWM)	Glattbrugg	SGO Training, Jeannine Kistler, Flughafenstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, Fax 044 809 11 40, jeannine.kistler@sgo.ch
04.11.2010	Bi-Annual Meeting 2010 für Mediatorinnen und Mediatoren SAV	Bern	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
19.–20.11.2010	Gerichtsnaher Mediation: Shuttle Mediation/Herausforderung ZPO	Glattbrugg	SGO Training, Jeannine Kistler, Flughafenstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, Fax 044 809 11 40, jeannine.kistler@sgo.ch
26.11.2010	Mediationsausbildung SAV	Bern	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com

## Verschiedene Veranstaltungen/Autres manifestations

### International

WS 2009/2010	Weiterbildender Masterstudiengang Gewerblicher Rechtsschutz (LL.M.)	Düsseldorf, Deutschland	Zentrum für Gewerblichen Rechtsschutz, Universitätsstrasse 1, DE-40 225 Düsseldorf, Tel. 0 049 211 81 11 587, Fax 0 049 211 81 11 741, info@gewrs.de, www.gewrs.de
15.–16.02.2010	Effective Judicial Protection in European Law	Paris	ERA Academy of European Law; Metzger Allee 4, D-54295 Trier, Tel. +49 (0) 651 937 37 0, Fax +49 (0) 651 937 37 90, info@era.int, www.era.int
14.06.–25.06.2010	International Commercial Law Seminar	Köln, Deutschland	International Programs, School of Law an UC Davis Extension, 1333 Research Park Drive, Davis CA 95618-4852, Tel. 001 (530) 757 8596, Fax 001 (530) 757 8596, lawinfo@unexmail.ucdavis.edu, www.extension.usdavis.edu/international/law
11.07.–07.08.2010	Orientation in U.S.A. Law	Davis, California, USA	International Programs, School of Law an UC Davis Extension, 1333 Research Park Drive, Davis CA 95618-4852, Tel. 001 (530) 757 8596, Fax 001 (530) 757 8596, lawinfo@unexmail.ucdavis.edu, www.extension.usdavis.edu/international/law
09.–20.08.2010	The Global Trading System	Davis, California, USA	International Programs, School of Law an UC Davis Extension, 1333 Research Park Drive, Davis CA 95618-4852, Tel. 001 (530) 757 8596, Fax 001 (530) 757 8596, lawinfo@unexmail.ucdavis.edu, www.extension.usdavis.edu/international/law

