

H.-P. Hegetschweizer	Editorial	■ 251
<hr/>		
Thema/Question du jour		
Dominik Gasser	Schweizerische ZPO: Checkliste für Tag 1	■ 255
Christian Lüscher/ David Hofmann	La procédure ordinaire dans le Code de procédure civile	■ 261
<hr/>		
Anwaltspraxis/Pratique du barreau		
Alain B. Lévy	Le devoir d'information de l'avocat	■ 265
Dominik Zehntner	Bei Straftat im Ausland weder Entschädigung noch Genugtuung	■ 276
Philipp do Canto	Fallstricke der Fristwahrung im Verwaltungsrecht	■ 280
<hr/>		
Rechtsprechung/Jurisprudence		
<hr/>		
Rechtsetzung/Législation		
<hr/>		
Anwaltsrecht/Droit de l'avocat		
Georg Naegeli	Darf man im Prozess lügen?	■ 292
<hr/>		
SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux		
	Der SAV teilt mit/La FSA vous informe	■ 298
<hr/>		
Agenda		
		■ 301

Impressum

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

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

Zitervorschlag/Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2010, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2010, p. 201 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
Zürichsee Werbe AG
Seestrasse 86
8712 Stäfa
Tel. 044 928 56 11
Fax 044 928 56 00
info@zs-werbeag.ch
www.zs-werbeag.ch

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

Preise/Prix
Jährlich/Annuel: Fr. 198.–, € 141.–
Studenten/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
© Gestaltung, Umsetzung und Grafik
by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des 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.

La teigne

Citation de mémoire: «quand tu sautes du toit d'un immeuble de 18 étages, jusqu'au premier étage (vertical en descendant) tu peux te dire: jusqu'ici, tout va bien» (M. Kassovitz, La Haine, film, dans les années 1990). Quand le client est une vérole, on attend aussi le dernier moment.

BON, QUOI? Encore . . . là il y a Nadal contre Melzer, deux sets à un, 40-15 . . . Vous n'aviez pas consulté M^e X avant de venir à moi qui vous avais éjectée à coups de trique en me faisant payer mes honoraires contre vous par l'office des poursuites?

Oui, mais mon nouvel avocat est insuffisant et mou. Maître, je vous explique.

OK mais fissa.

Je paie 32.80 francs par mois pour des factures de natel de mon mari et puis il a pas payé l'assurance complémentaire en 2009 et puis il a volé le frigo et le congélateur alors j'ai porté plainte pénale mais j'ai toujours pas de frigo. Et la passoire aussi. Comment je peux faire à manger moi sans passoire. Ca se voit que c'est pas lui qui s'occupe des enfants. Même la télé il l'a prise.

Passionnant . . . vrai que c'est particulièrement cruel le coup de la télé, parce qu'à cause de ça vous avez raté le passing de Melzer à 40-30 . . . excusez-moi si je regarde ailleurs, il s'agit d'un écran de contrôle; notre étude est gravement menacée par des terroristes libyens alors nous mettons des joueurs de tennis au rez-de-chaussée, qui sont en réalité des enrégés du GIGN, pour surveiller l'ascenseur . . . donc pour revenir à votre cas dramatique et passionnant qui relève manifestement de la cour de Strasbourg de trucs de droits de l'homme et tout ça vous avez dit à mon assistante que vous étiez séparés. Y a-t-il une décision genre mesures machin matrimoniales, si oui, depuis quand, combien?

Trois.

J'ai dit COMBIEN de FRIC, le nombre de gamins je m'en tap . . . rhââ . . . mais pourquoi il a mis son deuxième service dans le couloir, c'est pas possible une chose pareille, servir côté couloir sur un point impair contre un gaucher qui a un revers de panzer???

. . .

Bon, quoi encore? je veux dire il paye quoi, sur quelle somme disponible? Pour le nombre de gamins et tout ça on verra . . . une autre fois, ouais, une fois . . . mais pourquoi il monte au filet sur son premier service!?!? Grrr. Oui . . . Donc . . . excusez-moi,

je suis déconcentré par ce passing shot misérable, il devait se pencher beaucoup plus . . . Donc vous, vous venez pour cet arbitrage fiscal international dans le domaine du pétrole?

Il paye 3 000 au total et il gagne 3 300.

My God, sob . . ., moi aussi je redescends sur terre, comme Melzer après sa balle de set . . . Bon, bon, bon . . . Eh bien c'est bien, ça, non, 3 000? Ou bien? Sur la feuille datant de votre précédente apparition à mon étude avant que vous ne pensiez que X pourrait soutirer une contribution encore plus juteuse à votre mari je lis que vous êtes au chômage alors que vous êtes apte au placement à 100%, que les services sociaux vous versent 2 000 francs par mois, votre mari 2 500 et tout ça, Aïe, là, dommage, l'arbitre est aveugle ou vendu: elle était out. Donc en gros vous pompez 5 000 balles par mois et vous vous plaignez de votre précédent avocat qui n'a pas obtenu plus. Et quand c'était moi je lui avais pompé 2 500 et vous m'avez quitté en me disant que j'étais nul. Pour aller chez X. Ah! avantage Melzer. X fait mieux que moi et vous le répudiez comme un malpropre?

Entre-temps on m'a dit que vous étiez le meilleur. Et puis en plus mon mari est représenté par M^e Y. D'ailleurs, j'ai une question: c'est normal qu'elle soit dans le même club de jass que mon mari? Je suis sûre qu'elle couche avec. Enfin, je veux dire elle a le droit?

Il a été jugé le 28 mai 1932 que le fait d'être co-sociétaire d'un club de prière presbytérien n'était pas un motif d'indignité déontologique. Du même club de tennis non plus, et à propos Melzer a gagné le deuxième set. Bon sinon vous avez quelque chose d'un peu plus consistant?

Non, c'est la voisine qui les a vus sortir du club en discutant une fois.

Je voulais dire consistant à geindre que vous ne raclez que 5 000 francs par mois alors que votre mari en gagne la moitié.

Non, pas la moitié: il gagne 3 300 brut. Et puis il m'a emmenée une fois chez un de ses amis qui m'avait traitée de pute il y a une dizaine d'années.

Quel odieux malotru, quel immonde scélérat. Cet individu n'avait décidément aucune perception des choses.

Eh bien, Maître, sachez que je vais porter plainte contre vous: vous n'écoutez rien de ce que je dis, vous ne me soutenez pas, même pas pour que je récupère enfin ma passoire.

Hans-Philippe Hegetschweizer

Idée (vécue): notre servante Stéphanie

Dominik Gasser*

Schweizerische ZPO: Checkliste für Tag 1

Stichworte: Zivilprozessrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Übergangsrecht, Rechtsmittel, E-filing, Bundesgerichtsgesetz, SchKG

I. Entstehungsgeschichte

Expertenkommission¹: Einsetzung 1999; Ablieferung des Vorentwurfs mit Begleitbericht im Oktober 2002

Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 2006

Parlamentarische Beratung: Ständerat (Januar 2007 bis Juni 2007), Nationalrat (August 2007 bis Juni 2008), Differenzbereinigung (Juni bis Dezember 2008), Schlussabstimmung am 19. 12. 2008

Inkrafttreten 1. 1. 2011

II. Überblick²

1. Teil: «Allgemeiner Teil» (Art. 1 bis 196), insb. Zuständigkeit, Verfahrensgrundsätze, Rechtshängigkeit, Prozessleitung, Parteilehre, Klagearten, Zeitbestimmungen, prozessuale Formen, Kosten, Beweisrecht
2. Teil: «Besonderer Teil» (Art. 197 bis 352): Schlichtungsverfahren, erstinstanzliches Verfahren (und Verfahrensarten), Rechtsmittel, Vollstreckung
3. Teil: Nationale Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 353 bis 399): «Gesetz im Gesetz»; das geltende Konkordat wird obsolet
4. Teil: Schlussbestimmungen (Art. 400 bis 408), inkl. Übergangsrecht

III. Anspruch der ZPO

Kodifikation des Zivilprozessrechts (systematische, grundsätzlich abschliessende Ordnung). Doch meist nur knappe Regelungen. ZPO damit präzisierungsbedürftig.

* Rechtsanwalt, Partner Bratschi Wiederkehr & Buob, Bern/Zürich/St. Gallen/Basel/Zug; Lehrbeauftragter an der Universität Luzern. Es handelt sich um das Manuskript des Referats am Schweizerischen Anwaltsstag vom 4. 6. 2010 in Lugano. Der Telegrammstil folgt aus dem Titel (Checkliste). Die Checkliste ist selbsterklärend, doch sollte sie unbedingt zusammen mit dem Gesetzestext abgearbeitet werden.

1 Mitglieder (16): Prof. Dr. Thomas Sutter-Somm, Basel (Präsident); Dr. Christine Baltzer-Bader, Liestal; Prof. Dr. Jürgen Brönnimann, Bern; avv. Bruno Cocchi, Lugano; Fürspr. Dominik Gasser, Bern; Prof. Dr. Jacques Haldy, Lausanne; Prof. Dr. Franz Hasenböhler, Basel; av. Dominique Henchoz, Genève; Dr. Fabienne Hohl, Fribourg; Dr. Sabine Kofmehl-Ehrenzeller; St. Gallen; Prof. Dr. Christoph Leuenberger, St. Gallen; Niccolò Raselli, Lausanne; RA Viktor Rüegg, Luzern; Prof. Dr. Henri-Robert Schüpbach, Neuenburg; Dr. Vital Schwander, Schwyz; Prof. Dr. Karl Spühler, Zürich.

2 Für den Einstieg: DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, DIKE-Verlag, Zürich/St. Gallen 2010; JACQUES HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, Basel 2009; DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, Le Code de procédure civile, Bern 2009.

Präzisierung wie und durch wen? Primär durch Lehre und Praxis, also v. a. durch Auslegung (freiheitliches Konzept). Sodann durch Bundesgesetzgebung (Ausführungsverordnungen). Geplant sind eine Verordnung zum elektronischen Verkehr sowie eine Verordnung zu Musterformularen.

Grundsätzlich nicht durch (auslegendes) kantonales Ausführungsrecht!

IV. Gibt es noch kantonales Zivilprozessrecht?

Vier kantonale «Reservate»

1. Gerichtsorganisation (ZPO 3)
2. Sachliche und funktionelle Zuständigkeit (ZPO 4), dabei aber substanzielle Vorgaben von ZPO und BGG:
 - (i) Einzige kantonale Instanzen (ZPO 5–8). Dazu gehört neu auch ein Handelsgericht: also kein kantonales Rechtsmittel mehr gegen das Urteil eines Handelsgerichts (auch kein ausserordentliches), sondern direkt und exklusiv Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.
 - (ii) Im Übrigen gilt die sog. *double instance* (BGG 75): Jeder erstinstanzliche Entscheid ist an eine obere kantonale Instanz weiterziehbar. Also keine beliebigen einzigen kantonalen Instanzen mehr (z. B. bei hohem Streitwert); aber auch keine «endgültigen» Entscheide unterer kantonalen Gerichte mehr (z. B. bei kleineren Streitwerten). Ausnahmen: gewisse Inzidenzentscheide, z. B. über die Wiederherstellung (ZPO 149), Bewilligung des Rechtsvorschlages (SchKG 265 a I)
3. Tarife für die Gerichts- und Parteikosten (ZPO 96)

Vorgaben der ZPO: Kostenarten, Pauschalsystem, Vorschusspflicht (wer und wie viel), Kautions-, Kostenverteilung und -liquidation, unentgeltliche Rechtspflege

Kostenvorschuss durch klagende Partei (ZPO 98); Verrechnung der Gerichtskosten mit den geleisteten Vorschüssen (ZPO 111), d. h. keine Rückerstattung an die siegreiche Klägerin! Ausnahme bei unentgeltlicher Rechtspflege der beklagten Partei (ZPO 122)
4. Einzelne Fragen der Parteivertretung (unten XV)

V. Übergangsrecht oder: «Umsteigen bitte!»

Grundsätze

1. *Kein Umsteigen in voller Fahrt*: Ein am 1. 1. 2011 bereits hängiges Verfahren wird nach dem betreffenden kantonalen Prozessrecht zu Ende geführt (ZPO 404 I). Das Prozessrecht – die

Spielregeln – werden nicht während der laufenden Instanz gewechselt. Wer also vor dem 1.1.2011 nach kantonalem Prozessrecht eine Eingabe macht (Schlichtungsgesuch, Klage, Gesuch im Summarverfahren, Rechtsmittel), kann davon ausgehen, dass seine Eingabe auch noch im Jahr 2011 nach kantonalem Prozessrecht behandelt wird.

Die kantonalen ZPOs werden am 1.1.11 also keineswegs unbeachtlich!

2. *Aber umsteigen zwischen den Instanzen:* Ein Gerichtsentcheid, der im Jahr 2011 eröffnet wird, ist mit den Rechtsmitteln der CH-ZPO anzufechten, und zwar auch dann, wenn die erste Instanz noch mit der kantonalen ZPO gearbeitet hat (ZPO 405 I). Der Zeitpunkt der Entscheideröffnung (nicht etwa der Verfahrensbeginn noch im Jahr 2010 oder früher) bestimmt das Menü der Rechtsmittel.
Beim Umsteigen ist zu beachten: Die Rechtsmittelfrist kann erst zu laufen beginnen, wenn eine schriftliche Entscheidbegründung zugestellt ist (ZPO 311 I, 321 I). Am besten wird es daher sein, wenn die Gerichte im Jahr 2011 alle Entscheide – auch jene der altrechtlichen Verfahren – einheitlich nach den Regeln der CH-ZPO eröffnen (ZPO 239).
3. Für im Jahr 2011 *neu angehobene Verfahren* gilt ausnahmslos die CH-ZPO (ZPO 404 I).
4. Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben, wenn sich das Forum entweder aus dem alten (GestG) oder neuen Recht (ZPO 9 ff.) herleiten lässt (ZPO 404 II).
5. Die Gültigkeit einer Gerichtsstandsklausel bestimmt sich nach ihrem «Geburtsrecht» (ZPO 406).

Beispiele

1. Gesuch um Sühnevorstand/Aussöhnung, eingereicht im Jahr 2010; Verhandlung im Jahr 2011
Für die Durchführung des Sühneversuchs gilt bisheriges Recht (dies auch dann, wenn das Sühnebegehren nach der betreffenden kantonalen Prozessordnung keine Rechtshängigkeit zu begründen vermochte).³ Der Friedensrichter/Aussöhnungsrichter hat somit seine «alten» Kompetenzen (ZPO 210 ff. sind nicht anwendbar); für die Erscheinungspflicht und die Vertretung gilt bisheriges Recht.
Es wird eine «altrechtliche» Weisung/Klagebewilligung erteilt (mit altrechtlicher Gültigkeitsdauer).
Achtung «Umsteigen»: Die Klage ist dann nach der CH-ZPO einzureichen (zutreffende Verfahrensart beachten, unten IX und X). Denn die «Instanz» Schlichtungsbehörde/Aussöhnungsrichter ist mit Erteilung der Weisung/Klagebewilligung abgeschlossen: Die nächste Instanz ist das urteilende Gericht.

³ Im kantonalen Prozessrecht begründet das Schlichtungsgesuch zumeist keine Rechtshängigkeit (Ausnahme z. B. ZPO LU 197), im internationalen Verhältnis dagegen immer (IPRG 9 II). Um hier nicht unnötige Unsicherheiten zu schaffen, ist der Terminus «Rechtshängigkeit» in ZPO 404 I nicht rechtstechnisch, sondern in einem intertemporalrechtlichen Sinne zu verstehen: Gemeint ist ganz einfach, dass eine bereits befasste Instanz (Friedensrichter oder Gericht) mit dem Prozessrecht weiterarbeiten darf und soll, das zur Zeit ihrer Anrufung gegolten hat.

2. Klage/Gesuch, eingereicht im Jahr 2010, Verhandlungen, Beweisführung und Entscheid im Jahr 2011
Prozess läuft nach den Regeln der bisherigen kantonalen ZPO bis zum Abschluss der Instanz (Entscheid). Vielleicht wechselt aber – je nach kantonaler Reorganisation – die sachliche Zuständigkeit oder die Adresse des Gerichts. Die Kantone sind nicht verpflichtet, parallele Behördenstrukturen zu erhalten. Alle Prozesshandlungen erfolgen grundsätzlich nach dem bisherigen kantonalen Recht (z. B. ein Fristerstreckungs- oder Wiedereinsetzungsgesuch).
Die Frage, ob ein Aussöhnungsversuch notwendig war, beurteilt sich nach bisherigem Recht (kein rückwirkendes Schlichtungsobligatorium; ZPO 197).
Achtung «Umsteigen»: Wenn der Entscheid im Jahr 2011 eröffnet wird, ist er nach der CH-ZPO anzufechten. Das gilt auch für die Anfechtung einer prozessleitenden Verfügung, die ab 2011 im Rahmen eines kantonalrechtlichen Prozesses ergeht (ZPO 319 Bst. b).
3. Ein im Jahr 2011 eröffneter Entscheid eines Handelsgerichts (ZPO 6) unterliegt direkt und exklusiv der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht (BGG 72, 75), auch wenn der Prozess noch nach kantonaler Ordnung begann und ablief.
4. Ladungsbegehren zu einem Berner Kompetenzverfahren⁴, eingereicht im Jahr 2010, Verhandlung im Jahr 2011
Verhandelt wird nach Berner ZPO; der Entscheid ist dann aber durch Beschwerde nach CH-ZPO 319 Bst. a anzufechten: volle Rechtskontrolle (ZPO 320) statt nur «Verletzung von klarem Recht» (ZPO BE 360).
5. Gesuch um provisorische Rechtsöffnung (SchKG 82), eingereicht 2010
Wenn der Entscheid erst 2011 ergeht, unterliegt er der Beschwerde nach ZPO 319 Bst. a (vgl. ZPO 309 Bst. b Z. 3) – das kantonalrechtliche Rechtsmittel (ob grosszügiger oder restriktiver als die CH-ZPO), spielt nicht mehr.
6. Ein kantonales Rechtsmittel, das im Jahr 2010 eingereicht wurde, wird im Jahr 2011 nach bisherigem kantonalem Prozessrecht entschieden.

VI. Wie hebe ich ab dem 1.1.11 Klage an?

Grundsatz: durch ein Schlichtungsgesuch (ZPO 197, 202)

Schlichtungsversuch obligatorisch! Einvernehmlicher Verzicht künftig erst ab CHF 100 000 zulässig (ZPO 199 I); einseitige Verzichtsmöglichkeit nur bei Auslandsdomizil oder unbekanntem Aufenthalt des Beklagten (ZPO 199 II)

Zuständig: Schlichtungsbehörde (z. B. Friedensrichter)

Schlichtungsgesuch begründet Rechtshängigkeit (ZPO 62): Daher fixiert und sperrt es das Forum (ZPO 64 I Bst. b) – und es wahrt bundesrechtliche Verjährungs- und Verwirkungsfristen (ZPO 64 II)!

⁴ Mündliches Verfahren bis CHF 8 000 mit endgültigem Entscheid des Gerichtspräsidenten (ZPO BE 294 ff.).

Ziel: Einigung der Parteien (ZPO 208); wenn keine Einigung erzielt werden kann:

- Klagebewilligung (ZPO 209)
- Urteilsvorschlag (ZPO 210 f.) bis CHF 5 000
- Entscheid («Abspruch»; ZPO 212) bis CHF 2 000

Schlichtungsbehörde hat neu also auch Entscheidkompetenzen.

Ausnahme: direkte Klage an das zuständige Gericht (ZPO 198)

1. insb. Ehescheidung: Das gemeinsame Begehren bzw. die Scheidungsklage geht direkt an das Scheidungsgericht (ZPO 274).
2. insb. SchKG-Streitigkeiten, die heute im sog. «beschleunigten Verfahren» zu beurteilen sind (SchKG 25); das beschleunigte Verfahren als solches gibt es nicht mehr.
3. insb. bei den einzigen kantonalen Instanzen/Handelsgericht (ZPO 5 und 6)
4. (naturgemäss) im Summarverfahren

Wenn das ordentliche Verfahren spielt und demnach eine Klageschrift zu verfassen ist (ZPO 221), ist dies bei kurzen gesetzlichen Klagefristen (z. B. SchKG 250) mit hohem Fristendruck verbunden (ZPO 144 I); Rettung über das Novenrecht (unten IX).

Alternative zur staatlichen Schlichtung: Mediation

Freie Wahl der Parteien, statt des Schlichtungsverfahrens eine (private) Mediation durchzuführen (ZPO 213 I).

Gemeinsamer Antrag bei der Schlichtungsbehörde (ZPO 213 II), dann werden auch durch die Mediation Rechtshängigkeit begründet und Fristen gewahrt.

Jederzeit freie und einseitige Widerruflichkeit der Mediation – dann kommt es zur Klagebewilligung (ZPO 213 III). Mediationsklausel insofern schwächer als Schiedsklausel (ZPO 61)

Ev. Homologierung der erzielten Einigung (ZPO 217)

Kosten der Mediation tragen die Parteien (ZPO 218 I): grundsätzlich keine unentgeltliche Mediation; Ausnahme: nichtvermögensrechtliche Kinderbelange (ZPO 218 II, 297 II, BG-KKE⁵ 8, 14)

VII. Verfahrensarten

1. ordentliches Verfahren (ZPO 220 ff.)
2. vereinfachtes Verfahren (ZPO 243 ff.)
3. summarisches Verfahren (ZPO 248 ff.)
5. familienrechtliche Verfahren (ZPO 271 ff.)

VIII. Ordentliches Verfahren

Klassischer Zivilprozess, beherrscht von der Verhandlungsmaxime (ZPO 55 I)

Die Verhandlungsmaxime wird jedoch gemildert durch eine gerichtliche Fragepflicht (ZPO 56) und die Beweisführung von Amtes wegen in gewissen Fällen (ZPO 153 II; ähnlich heute viele kantonale ZPOs).

Strukturierter (formalisierter) Ablauf (unten IX)

Anwendungsgebiet

1. Vor den unteren Gerichten in den vermögensrechtlichen Streitigkeiten über CHF 30 000 (ZPO 243 I)
2. Vor den einzigen kantonalen Instanzen (ZPO 5 ff.): Immaterialgüterrecht, Wirtschaftsprivatrecht, Handelsgerichtsbarkeit, prorogierte obere Instanz. Ausnahme: allfälliges Sozialversicherungsgericht (ZPO 7)
3. Soweit sinnvoll: als subsidiäre Ordnung (ZPO 219)

IX. Ablauf des ordentlichen Verfahrens

Einleitung (Vorbereitungsstadium/«Behauptungsstadium»)

1. Schriftenwechsel (SW)
 - Klage (ZPO 221), Klageantwort (ZPO 222 f.). Substantiierungslast (ZPO 221 I); substantiierte (nicht nur pauschale) Bestreitung (ZPO 222 II). Rechtliche Erwägungen erlaubt (ZPO 221 III)
 - Ev. schriftliche Replik und Duplik (ZPO 225)
 - Ev. Widerklage (ZPO 224); sie kann auch schon im Schlichtungsverfahren erhoben werden (ZPO 209 II Bst. b).
2. Ev. Instruktionsverhandlung (ZPO 226)
 - Zweck: Vorbereitung der Hauptverhandlung (Weitere) Aufbereitung des Prozessstoffes, Ergänzen der Sachvorbringen und Beweisanträge (Funktion einer mündlichen Replik/Duplik). Dabei freies Novenrecht (ZPO 229), aber Kostensanktion bei unnötigen Weiterungen (ZPO 108)
 - Die Verhandlung kann auch als sog. «Referentenaudienz» abgehalten werden, mit oder ohne Beweisabnahme (ZPO trennt das Behauptungs- und Beweisstadium nicht strikte). Je nachdem kann so bereits in der Instruktionsverhandlung Spruchreife herbeigeführt werden. Alsdann kann direkt entschieden und braucht keine Hauptverhandlung mehr durchgeführt zu werden (ZPO 233).
 - Vergleichsverhandlungen (s. auch ZPO 124 III)
3. «Expressvariante»: nach dem einfachen SW kann auch direkt zur Hauptverhandlung geladen werden.

Grosse Flexibilität (Anpassung an den Einzelfall bzw. an bisherige kantonale Gepflogenheiten)

Im Vorbereitungsstadium herrscht freies Novenrecht (neue Tatsachenvorbringen und Beweisanträge). So kann nachgereicht und nachgebessert werden, wenn wegen einer kurzen gesetzlichen Klagefrist zunächst nur grob substantiiert werden konnte (oben VI). Auch Klageänderung möglich (ZPO 227)

⁵ BG über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen vom 21. 12. 2007.

Hauptverhandlung («Beweisstadium»)

1. Erste Parteivorträge
Novenrecht (neue Tatsachenvorbringen und Beweisanträge)
 - beschränkt, sofern sich die Parteien bereits im Vorbereitungsstadium mindestens je zweimal haben äussern können (ZPO 229 I)
 - unbeschränkt bei der «Expressvariante», wenn also das Gericht nach dem einfachen SW direkt zur HV lädt (ZPO 229 II): sonst kein volles Replikrecht
 - unbeschränkt, wenn die Untersuchungsmaxime gilt (ZPO 229 III)
 Klageänderung weiterhin möglich (ZPO 230), sofern durch (zulässige) neue Tatsachen und Beweismittel bedingt
2. Beweisverfahren (Beweisverfügung, ZPO 154), soweit noch nötig (ZPO 231); ev. nochmals Vergleichsverhandlungen (ZPO 124 III)
3. Schlussvorträge (Plädoyers, ZPO 232); verzichtbar; Parteien können stattdessen schriftliche Plädoyers («Denkschriften») einreichen (parallele Frist).

Entscheidstadium (ZPO 236 ff.)

Urteilsberatung öffentlich oder geheim (kantonales Recht, ZPO 54)

Eröffnung des Entscheides (zwei Möglichkeiten):

1. Nur des schriftlichen Dispositivs, ohne schriftliche Begründung (ZPO 239 I)
Entweder Aushändigen des Dispositivs gleich an der HV (mit kurzer mündlicher Begründung) oder Zustellung des Dispositivs nach Schluss der Verhandlung (ohne jede Begründung)
Aber nachliefern einer schriftlichen Begründung auf Verlangen einer Partei (ZPO 239 II). Der entsprechende Antrag ist binnen 10 Tagen seit Eröffnung des Dispositivs zu stellen (sonst wird Verzicht auf die Hauptrechtsmittel fingiert!).
2. Zustellung eines schriftlich begründeten Entscheides
PM: ab 1. 1. 2011 sollten alle Entscheide auf diese Weise eröffnet werden – also auch die Entscheide in Prozessen, die noch nach kantonalem Prozessrecht durchgeführt werden! Denn es spielen die neuen Rechtsmittel der CH-ZPO (oben V).

X. Vereinfachtes Verfahren

Anwendungsfeld und Profil

1. Gewöhnliche vermögensrechtliche Streitigkeiten bis und mit CHF 30 000 (ZPO 243 I)
2. Bestimmte Materien des «sozialen Privatrechts» (ZPO 243 II), hier teilweise sogar streitwertunabhängig

Nachfolger des heutigen «einfachen und raschen Verfahrens»

Vorherrschende Mündlichkeit, dadurch weniger formalisiert. Aber Achtung: auch dem vereinfachten Verfahren geht ein Schlichtungsversuch bei der Schlichtungsbehörde voraus (ZPO 197)!

Vereinfachte Klage (ZPO 244)

Keine schriftliche Klagebegründung nötig (ZPO 244 II); vergleichbar mit einem Betreibungsbegehren (SchKG 67), sogar mündlich möglich

Beilagen: «verfügbare Urkunden» (ZPO 244 III Bst. c)

Beweisanträge selbstverständlich zulässig (z. B. Antrag auf Vorladung eines Zeugen)

Keine schriftliche Klageantwort, sondern direkt Vorladung beider Parteien zur Verhandlung

Gerichtsverhandlung

Mündliche Begründung der Klage, mündliche Klageantwort

Verhandlungsmaxime (ZPO 55 I), gemildert durch eine akzentuierte richterliche Fragepflicht (ZPO 247 I). Verstärkte materielle Prozessleitung als Korrelat zur vorherrschenden Mündlichkeit

(Abgeschwächte) Untersuchungsmaxime in den Materien des sozialen Privatrechts (ZPO 247 II)

Vergleichsverhandlungen (ZPO 124 III)

Beweisverfügung (ZPO 154) und Beweisabnahme, soweit Beweismittel am Termin zur Hand: v. a. Urkunden, Parteibefragung bzw. Beweisaussage (ZPO 191 ff.), ev. auch bereits vorgeladene oder mitgebrachte Zeugen (ZPO 170 II)

Plädoyers und Entscheid, wenn am ersten Termin spruchreif (Idealvorstellung, ZPO 246 I). Andernfalls (wird die Regel sein) Beweisverfügung und Ansetzen eines zweiten Termins

Abdriften ins ordentliche Verfahren

Nicht jeder Streit, der wegen seines Streitwerts ins vereinfachte Verfahren gehört, wird tatsächlich «einfach» sein. Deshalb steht es dem Kläger frei, eine Klageschrift einzureichen (ZPO 244 II). Dann beginnt und verläuft das vereinfachte Verfahren grundsätzlich wie das ordentliche (ZPO 245 II). Das Gericht kann auch von sich aus einen Schriftenwechsel und Instruktionsverhandlungen anordnen (ZPO 246 II).

XI. Rechtsmittel – Menu der CH-ZPO

Zwei Hauptrechtsmittel: Berufung und Beschwerde

Sodann Revision, Erläuterung und Berichtigung

Also keine «Einheitsbeschwerde» nach Vorbild des BGG

XII. Berufung (ZPO 308 ff.)

Eigenschaften

Vollkommen; Berufungsgründe sind «unrichtige Rechtsanwendung» und «unrichtige Feststellung des Sachverhaltes» (ZPO 310). Zudem (beschränktes) Novenrecht (ZPO 317)

Suspensiv (ZPO 315), aber Möglichkeit, die vorzeitige Vollstreckung zu bewilligen (ZPO 315 II), dies auch bei der Vollstreckung von Geldforderungen (definitive Rechtsöffnung somit neu auch dann, wenn Entscheid formell noch nicht rechtskräftig, SchKG 79, 80 I)

Kein Suspensiveffekt bei vorsorglichen Massnahmen und beim Gegendarstellungsrecht (ZPO 315 IV)

Reformatorisch, ausnahmsweise kassatorisch (ZPO 318)

Also klar ordentlicher Charakter: zwar keine komplette Neuaufnahme des Prozesses, aber «Fortsetzung»

Anfechtungsobjekt

1. End- und Zwischenentscheide (ZPO 236 f.) aller Verfahrensarten
2. Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (exkl. Arrest nach SchKG; der Entscheid über die Arresteinsprache unterliegt immer nur der Beschwerde)

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten muss der Streitwert mindestens CHF 10 000 betragen (ZPO 308 II); nicht-vermögensrechtliche Angelegenheiten sind demgegenüber immer berufungsfähig.

Ausnahmen (ZPO 309): Von vorneherein nicht berufungsfähig sind Entscheide des Vollstreckungsrichters sowie alle SchKG-Summarsachen, wie z. B. definitive und provisorische Rechtsöffnung, Arrest, Entscheide des Konkurs- und Nachlassrichters. In diesen Fällen aber Beschwerde möglich (ZPO 319 ff.)

Verfahren der Berufung

Die Berufung ist einzulegen als schriftlich begründete Rechtschrift (ZPO 311) beim *iudex ad quem* (Rechtsmittelinstanz). Das ist für viele Kantone neu! Keine bloss (unsubstantiierte) Berufungserklärung mehr beim *iudex a quo*

Frist grundsätzlich 30 Tage (ZPO 311), bei Summarentscheidungen nur 10 Tage (ZPO 314). Die Frist läuft entweder ab Zustellung des schriftlich begründeten Entscheids oder (sofern der Entscheid vorerst nur im Dispositiv eröffnet wurde) ab der nachträglichen Zustellung der schriftlichen Entscheidungsbegründung. Achtung: Die schriftliche Begründung rechtzeitig (innen 10 Tagen seit Eröffnung des Dispositivs!) verlangen, sonst wird Verzicht auf das Rechtsmittel angenommen (ZPO 239 II)!

Schriftliche Berufungsantwort (ZPO 312); Anschlussberufung möglich (ZPO 313), ausser bei Summarentscheidungen (CH-ZPO 314)

Für viele Kantone neu: Schriftenwechsel vor der Berufungsinstanz! Sodann keine mündliche Verhandlung nötig, denn Entscheid auf Grund der Akten möglich (ZPO 316).

XIII. Beschwerde (ZPO 319 ff.)

Eigenschaften

Nicht suspensiv; aber Möglichkeit, die Vollstreckung (nicht die Rechtskraft) aufzuschieben (ZPO 325)

Unvollkommen: Beschwerdegründe sind unrichtige Rechtsanwendung (hier noch wie Berufung) und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (Sachverhaltsüberprüfung also beschränkt; ZPO 320). Geht insgesamt trotzdem weiter als viele bisherige kantonale a. o. Rechtsmittel.

Obergericht hat im Wesentlichen die gleiche Kognition wie das Bundesgericht bei der Beschwerde in Zivilsachen (BGG 95 ff.)

Kassatorisch, ausnahmsweise reformatorisch (ZPO 327)

Also klar ausserordentlicher Charakter (Klammerbemerkung: der heute angenommene «ordentliche» Charakter der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht wird deswegen zu überdenken sein.)

Anfechtungsobjekt

1. End- und Zwischenentscheide sowie vorsorgliche Massnahmen, die nicht berufungsfähig sind (ZPO 319 Bst. a), gleichgültig welcher Verfahrensart (Beschwerde hier subsidiär zur Berufung)
 - z. B. Entscheide der Schlichtungsbehörde (ZPO 212), eines Amts- oder Bezirksgerichts unter Streitwert CHF 10 000, SchKG-Summarsachen (ZPO 309)
2. sog. Inzidenzentscheide/prozessleitende Verfügungen (ZPO 319 Bst. b) – Beschwerde hier primär
 - Z. 1: ohne weiteres, wenn das Gesetz es vorsieht («qualifizierte» prozessleitende Verfügungen), z. B. Entscheid über den Ausstand (ZPO 50), die Intervention (ZPO 75), die Zulassung der sog. Streitverkündungsklage (ZPO 82 IV), den Kostenvorschuss (ZPO 103), die unentgeltliche Rechtspflege (ZPO 121), die Sistierung des Prozesses (ZPO 126)
 - Z. 2: nur unter der Voraussetzung, dass ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht («gewöhnliche» prozessleitende Verfügungen), z. B. Vorladung, Beweisverfügung, Fristerstreckung
3. Rechtsverzögerung (ZPO 319 Bst. c)

Beschwerdeverfahren

Beschwerde ist einzulegen beim *iudex ad quem* als schriftlich begründete Rechtschrift (ZPO 321).

Frist: 30 Tage (ZPO 321 I); im Summarverfahren und bei Anfechtung prozessleitender Verfügungen nur 10 bzw. 5 Tage (ZPO 321 II, SchKG 185)

Schriftliche Beschwerdeantwort (CH-ZPO 322); Anschlussbeschwerde nicht möglich (ZPO 323)

Grundsätzlich Novenausschluss (ZPO 326)

Mündliche Verhandlung oder Entscheid aufgrund der Akten (CH-ZPO 327 II)

XIV. Vollstreckung

Wie bisher Dualismus

Vollstreckung von Geldforderungen nach SchKG (ZPO 335 II)

Wichtigste Neuerungen

1. Keine «Mini-Rechtsöffnung» mehr (SchKG 79 II aufgehoben); diese Erleichterung gilt auch für ausserkantonale Entscheide, die vor dem 1. 1. 2011 ergangen sind.

2. Gleichbehandlung aller schweizerischen Verfügungen (SchKG 80 II Z. 2): Die ausserkantonalen Verfügungen werden den innerkantonalen und Bundesverfügungen gleichgestellt (das betreffende Konkordat [ehemals SR 281.22] wird obsolet). Diese Verbesserung gilt auch für ausserkantonale Verfügungen, die noch vor dem 1. 1. 2011 erlassen wurden.
3. Neue definitive Rechtsöffnungstitel: vollstreckbare öffentliche Urkunde (SchKG 80 II Z. 1^{bis}); Urteilsvorschlag (ZPO 210 f.); homologierte Einigung nach Mediation (ZPO 217)

Realvollstreckung nach ZPO (Art. 336 ff.)

1. Direkte Vollstreckung schweizweit: Bereits das urteilende Gericht kann die notwendigen Vollstreckungsmassnahmen anordnen (ZPO 236 III, 337).
Obsiegende Partei kann sich dann direkt an Vollzugsbehörde wenden, z. B. zwecks Herausgabe einer Sache oder Vollzug einer Exmission. Dies erfordert eine klare Abfassung des Urteilsdispositivs (klarer Auftrag an die Vollzugsbehörde)!
2. «Indirekte Vollstreckung» durch Vollstreckungsgesuch (ZPO 338 ff.): kontradiktorisches Summarverfahren vor dem Vollstreckungsgericht, das dann die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen anordnet (ZPO 343).
3. Taxation (ZPO 345)

XV. Anwaltsrecht

Anwaltsgeheimnis

Besonderer Schutz der Anwaltskorrespondenz: Schritt in Richtung «Legal Privilege» (ZPO 160 I Bst. b, StPO 264). Keine Editionsspflicht, weder der Anwältin (so schon heute) noch des Klienten (bedurfte offenbar der Klarstellung). Der Gewahrsam an den Dokumenten (Anwalt, Klientin oder Drittperson) und ihr Lagerort (Anwaltskanzlei, Klientendomizil oder sonstwo) spielen keine Rolle.

«Anwaltliche Korrespondenz» sind Dokumente, welche im Rahmen der «berufsmässigen Vertretung» (meint: der berufsspezifischen Tätigkeit des Anwalts) erstellt worden sind: sei es vom Anwalt selber, sei es von der Klientin oder von Dritten – aber jeweils mit Blick auf das berufsspezifische Mandat (Konnektivität).

Die berufsspezifische Tätigkeit umfasst Beratung und Litigation.

Anwaltsgeheimnis gilt nur für die freiberufliche (sprich: unabhängige) Anwaltschaft, nicht für den *Inhouse Counsel* (sog. Unternehmensjuristen).

Parteivertretung (3 Grundsätze)

1. Sofern postulationsfähig (ZPO 69), darf jede Person ihren Prozess selber führen (kein Anwaltszwang).
2. Jede Person darf ihre Vertretung frei wählen (ZPO 68 I): entweder eine beliebige Vertrauensperson (Gelegenheitsmandat, Gefälligkeit) oder eine berufsmässige Vertretung (kein Anwaltsmonopol).
3. Die berufsmässige Vertretung ist bestimmten (qualifizierten) Personen vorbehalten (ZPO 68 II).
 - (i) Registrierte Anwälte (Bst. a) sind von Bundesrechts wegen in der ganzen Schweiz für alle Verfahren legitimiert.
 - (ii) Soweit es das kantonale Recht vorsieht (und beschränkt auf das betreffende Kantonsgebiet): sog. Sachwalter und Rechtsagenten (Bst. b; entsprechende Patente in GE, LU, SG, VD), d. h. ev. auch juristische Laien. Aber nicht für alle Verfahren, sondern maximal für das Schlichtungs-, das vereinfachte und das summarische Verfahren. Das kantonale Recht kann dieses Menu beschränken, aber nicht erweitern.
 - (iii) «Gewerbmässige Vertreter» nach SchKG 27 (Bst. c) für die betreffenden SchKG-Inzidenzverfahren in der ganzen Schweiz
 - (iv) «Beruflich qualifizierte Vertreter» (Bst. d), d. h. Verbandsjuristen: vor (allfälligen) kantonalen Miet- und Arbeitsgerichten

XVI. Weitere Neuigkeiten

- Gerichtsstand am Vertragserfüllungsort (ZPO 31)
- Hauptintervention (ZPO 73)
- Streitverkündungsklage (ZPO 16, 81 f.)
- Verbandsklage (ZPO 89), aber keine Sammelklage
- Elektronische Form für die Eingaben an das Gericht (ZPO 130) und die gerichtlichen Zustellungen (ZPO 139)
Achtung: Eingabe gilt erst als erfolgt, wenn der *Empfang* bis spätestens um 24.00 h des letzten Tages vom betreffenden Informatiksystem *bestätigt* worden ist (ZPO 143 II, BGG 48 II). Anders als bei der klassischen Postaufgabe genügt rechtzeitigiges Absenden somit nicht. Diese unglückliche Regel wird bei *last minute*-Sendungen nicht unbedingt für Entspannung sorgen.
- Rechtsschutz in klaren Fällen («Befehlsverfahren», ZPO 257)
- Schutzschrift (ZPO 270)
- Vollstreckbare öffentliche Urkunde (ZPO 347 ff.)
- Schiedsgerichtsbarkeit: z. B. Formerleichterung für die Schiedsvereinbarung (ZPO 358), Anordnung vorsorglicher Massnahmen durch das Schiedsgericht (ZPO 374), Zuständigkeit des Schiedsgerichtes zur Behandlung der Verrechnungseinrede (ZPO 377), direkte Schiedsbeschwerde an das Bundesgericht (ZPO 389) ■

Christian Lüscher* et David Hofmann**

La procédure ordinaire dans le Code de procédure civile

Mots clés : CPC, procédure civile, procédure ordinaire, audiences, nova

Introduction

Le Code de procédure civile (CPC), adopté par l'Assemblée fédérale le 18 décembre 2008¹, entrera en vigueur le 1er janvier 2011². Comportant 408 articles, il est particulièrement bien structuré, de sorte que le praticien devrait s'y retrouver rapidement; les premiers ouvrages ou articles approfondis de doctrine ont d'ores et déjà paru³. Le CPC contient quatre parties: la première (art. 1–196) contient les principes généraux, les dispositions spéciales se trouvent dans la deuxième partie (art. 197–352), la troisième partie est consacrée à l'arbitrage (art. 353–399) et la quatrième aux dispositions finales (art. 400–408).

La procédure ordinaire est régie par le titre 3 de la deuxième partie, plus précisément par les articles 219 à 242 CPC. Même si, du point de vue quantitatif, elle ne sera pas la plus utilisée,⁴ la procédure ordinaire représente le fondement de la procédure civile. En effet, conformément à l'article 219 CPC, les articles 220 à 242 s'appliquent non seulement à la procédure ordinaire, mais aussi «*par analogie, aux autres procédures, sauf disposition contraire de la loi*».

I. Le déroulement de la procédure ordinaire

La détermination de la procédure applicable (ordinaire, simplifiée, sommaire, droit de la famille) est importante. En effet, plusieurs actes procéduraux (p. ex: demande reconventionnelle; modification de la demande) ne sont admissibles que s'ils s'inscrivent dans le même type de procédure.

Ni les parties, ni le tribunal ne peuvent choisir en quelle procédure une cause est instruite. C'est le CPC qui impose la procédure applicable. La procédure ordinaire est applicable «par défaut», lorsqu'une autre procédure ne l'est pas. De manière

schématique – et volontairement simpliste – la procédure ordinaire s'applique en principe aux affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse est supérieure à 30 000 francs (art. 243, al. 1 *a contrario*), plusieurs domaines (dont l'essentiel du droit du bail) étant exclus. Elle s'applique aussi aux causes traitées en instance unique selon les articles 5, 6 et 8 CPC (art. 243, al. 3 *a contrario*).

1. La demande

Sous réserve d'exceptions (art. 198), la procédure ordinaire «au fond» est précédée par la procédure de conciliation (art. 197 ss). Elle commence par le dépôt de la demande écrite – sous forme «papier» ou électronique (art. 130) – au greffe du tribunal (art. 220), dans un délai de 3 mois (sauf pour l'essentiel du droit du bail, où il est de 30 jours) après la délivrance de l'autorisation de procéder (c'est-à-dire le constat de l'échec de la conciliation). La demande est soumise à des exigences strictes, puisqu'elle doit contenir (art. 221, al. 1): la désignation des parties et, le cas échéant, celle de leur représentant⁵ (lettre a), les conclusions (lettre b), l'indication de la valeur litigieuse (lettre c), les allégations de fait (lettre d), l'indication, pour chaque allégation, des moyens de preuves proposés (lettre e), la date et la signature (lettre f). La motivation juridique n'est pas exigée (art. 221, al. 3), mais il est évident qu'une demande bien motivée reçoit un meilleur accueil des tribunaux.

La demande ne doit pas nécessairement être le même document que celui déposé en conciliation.⁶ L'objet du litige (parties, conclusions) doit cependant rester identique.

La demande doit être accompagnée (art. 221, al. 2): d'une procuration, lorsqu'il y a représentation (lettre a),⁷ de l'autorisation de procéder (lettre b), et des pièces disponibles (lettre c), présentées de manière organisée avec un bordereau (lettre d). Tant la demande que les pièces doivent être déposées en un nombre suffisant d'exemplaires (art. 131): un pour le tribunal et un pour chaque partie adverse.

Après réception de la demande, le tribunal vérifie si les exigences de recevabilité⁸ sont remplies (art. 59, 60, 132), exige une avance de frais de la part du demandeur (art. 98), puis no-

* Avocat, LL. M., Conseiller national, Etude ZPG Ziegler Poncet Grumbach Carrard Lüscher, Genève.

** Docteur en droit, titulaire du brevet d'avocat, Genève.

1 FF 2009 21; RO 2010 1739.

2 RO 2010 1835.

3 FRANÇOIS BOHNET, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II, p. 185–322; DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – Kurzkomentar, Zurich 2010; JACQUES HALDY, La nouvelle procédure civile suisse – Introduction pour les praticiens et les étudiants, Bâle 2009; DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, Le Code de procédure civile, Berne 2009, p. 241–252; LUCA MARAZZI, Erranze alla scoperta del nuovo Codice di procedura civile svizzero, RDS 2009 II, p. 323–437; ISAAC MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht – eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zurich 2010.

4 De nombreux dossiers LP seront traités par voie de procédure sommaire (art. 251 CPC), notamment les décisions en matière de mainlevée, de faille, de séquestre et de concordat; le droit de la famille est régi par des dispositions particulières (art. 271 CPC).

5 Au sujet de la représentation dans le CPC, voir PIERRE SCYBOZ, Les parties et leurs représentants dans le Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 – Bref aperçu, Revue de l'avocat 2009, pp. 13–17.

6 Pour faciliter la conciliation, la requête peut être formulée oralement au greffe (art. 202) ou sur un formulaire mis à disposition par les autorités (art. 400, al. 2).

7 Selon le texte clair de la loi, le dépôt de la procuration est obligatoire, ce qui constituera une nouveauté dans certains cantons.

8 BOHNET (2009), pp. 211 ss.

tifie la demande au défendeur et lui fixe un délai pour déposer une réponse écrite (art. 222, al. 1). Les exigences en matière de réponse sont identiques à celles de la demande. Le défendeur a l'obligation d'exposer précisément quels faits allégués sont admis et lesquels sont contestés (art. 222, al. 2). La réponse est communiquée au demandeur (art. 222, al. 4). L'indication précise des faits admis, respectivement contestés permettra au tribunal d'administrer les preuves de manière optimale; en effet, la preuve ne porte que sur les faits «*pertinents et contestés*» (art. 150, al. 1).⁹

Le tribunal peut ordonner, sur demande des parties,¹⁰ un second échange d'écritures (art. 225); il dispose d'un large pouvoir d'appréciation en la matière. Le refus par le tribunal ne constitue pas une décision – même incidente – susceptible d'appel ou de recours. Il ne s'agit pas davantage d'une ordonnance d'instruction susceptible de recours. Cette limitation des moyens de droit s'explique par le fait que la procédure est dans sa première phase.

L'ampleur et la précision des offres de preuves proposées par les parties pourraient donner lieu à des problèmes d'interprétation. Selon nous, il suffit, pour que les exigences de l'art. 221, al. 2, lettres c et d soient remplies, que la partie adverse et le tribunal puissent identifier quelles sont précisément, pour chaque fait allégué, les preuves qui seront offertes lors de la suite de la procédure; les modalités pratiques de mise en œuvre ne doivent pas encore être décrites. Ainsi, les faits doivent être présentés de la manière la plus complète possible et tous les titres doivent être fournis. S'ils le jugent utile à ce stade, les plaideurs solliciteront d'ores et déjà une inspection (art. 181) ou une expertise (art. 183). Pour les déclarations d'un tiers ne pouvant être prouvées par pièces, ils indiqueront qu'un témoignage est sollicité. En revanche, il n'est pas nécessaire de donner l'adresse du témoin ou de suggérer des noms d'experts. A notre sens, une liste séparée des preuves sollicitées (art. 221, al. 2, lettre d) n'est pas nécessaire,¹¹ car difficile à réaliser; il suffit d'indiquer dans la partie «*En fait*» de la demande, pour chaque fait allégué, le ou les moyens de preuves proposés (art. 221, al. 1, lettre e). Selon nous, et à cette condition, les parties ne sont pas tenues à prendre des conclusions préalables en matière de preuve.

2. Les types d'audiences

La procédure ordinaire connaît plusieurs types d'audiences: dans l'ordre chronologique, les débats d'instruction (art. 226), les premières plaidoiries (art. 228), les audiences d'administration des preuves (art. 231) et les plaidoiries finales (art. 232). Des débats d'instruction peuvent avoir lieu en tout temps (art. 226, al. 1).¹²

Après l'échange d'écritures, le tribunal convoque les parties pour une audience de (premiers) débats d'instruction. Il s'agit de

la première audience, à laquelle participent les avocats ou les avocats-stagiaires.¹³ La présence des parties elles-mêmes ne nous semble pas indispensable.¹⁴ Bien que contraire à la systématique légale, la demande d'une partie visant à obtenir un second échange d'écritures pourrait être formulée lors de cette audience. Les débats d'instruction permettent de faire le point sur l'évolution de l'instruction de la cause et d'organiser la suite de la procédure de la manière la plus rationnelle. Ils visent aussi à actualiser la demande de moyens de preuves en fonction des faits admis, respectivement contestés après l'échange d'écritures. Des débats d'instruction ultérieurs peuvent être considérés, selon qui y participe, soit comme des audiences de comparution des mandataires, soit comme des audiences d'administration des preuves.

Après les (premiers) débats d'instruction, le tribunal ouvre les débats principaux:¹⁵ lors des premières plaidoiries, les parties présentent oralement leurs conclusions (art. 228, al. 1). Le moment de l'ouverture des débats principaux, qui doit être formalisé (inscription au procès-verbal), est très important pour l'admission ultérieure des faits nouveaux. Dans les cas peu complexes, le tribunal peut convoquer une seule audience de débats d'instruction et de premières plaidoiries: à l'audience, le passage de l'une à l'autre doit être clairement signalé aux parties.¹⁶

Après ces (éventuelles) premières plaidoiries, le tribunal procède à l'administration des preuves (art. 231). Il s'agit probablement de la phase la plus longue de la procédure. Elle peut inclure des audiences, en particulier pour entendre des témoins (art. 169 ss) et/ou les parties (art. 191 ss).

Lorsque toutes les mesures d'instruction ont été accomplies, le tribunal ordonne les plaidoiries finales (art. 232). La règle est que les plaidoiries sont orales (avec réplique et duplique envisageables à la même audience). L'exception veut que les parties renoncent à l'oralité et déposent des conclusions écrites. Ce dépôt est alors simultané et unique; à notre sens, il n'y a pas de réplique/duplique écrite.¹⁷ De plus, le législateur a clairement exclu le cumul de plaidoiries orales et écrites;¹⁸ une partie de la doctrine – que nous ne suivons pas – envisage que les parties, avec l'accord de l'autre partie et du tribunal, puissent déposer des notes de plaidoiries en plus de leur plaidoirie orale¹⁹.

Le tribunal peut être composé d'un juge unique ou de plusieurs juges, conformément à l'organisation judiciaire cantonale (art. 3). Même dans les juridictions collégiales, la conduite du

9 Sur la preuve, voir FRANÇOIS VOUILLOZ, La preuve dans le Code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC), PJA 2009, pp. 830–848.

10 Compte tenu de la maxime des débats (art. 55, al. 1), il est difficilement imaginable que le tribunal l'ordonne *sponte sua*.

11 *Contra*: GASSER/RICKLI (2010), § 4 ad art. 221 CPC.

12 Voir aussi GASSER/RICKLI (2010), § 1 ad art. 226 CPC; MEIER (2010), pp. 339–340; MARAZZI (2009), p. 395.

13 Si le droit cantonal leur permet d'agir au nom et sous la responsabilité de leur maître de stage: BOCN 2008, p. 648; HOFMANN/LÜSCHER (2009), p. 50; SCYBOZ (2009), p. 15, note 33.

14 Au contraire de la procédure de conciliation, où l'art. 204 impose en principe la comparution personnelle des parties.

15 Les parties peuvent d'un commun accord renoncer aux débats principaux (art. 233).

16 Si un deuxième échange d'écritures a lieu, le début des débats principaux est reporté.

17 Voir aussi MARAZZI (2009), p. 400; *contra*: GASSER/RICKLI (2010), § 2 ad art. 232 CPC; MEIER (2010), p. 342.

18 BOCN 2008, p. 966.

19 GASSER/RICKLI (2010), § 1 ad art. 232 CPC.

procès – c'est-à-dire notamment les débats d'instruction – peut être confiée à un seul juge (art. 124, al. 2).²⁰ Les audiences d'administration des preuves peuvent aussi être conduites par un seul juge (art. 155, al. 1; voir cependant aussi l'art. 155, al. 2). Ainsi, seules les premières plaidoiries²¹ et les éventuelles plaidoiries finales doivent avoir lieu devant le tribunal *in corpore*.

3. La décision

«Dès que la cause est en état d'être jugée», le tribunal met fin au procès²² et rend une décision (art. 236, al. 1). Cette décision («*Entscheid*», «*decisione*»), terme de droit administratif qui peut surprendre en procédure civile, correspond à la notion de jugement ou d'arrêt. Les exigences de contenu d'une décision sont détaillées (art. 238). Parmi celles-ci, la motivation n'est cependant pas immédiatement imposée. Autrement dit, le tribunal peut communiquer une décision oralement aux parties (art. 239, al. 1, lettre a), la motivation n'ayant lieu que sur demande dans un délai de 10 jours²³ (art. 239, al. 2); le tribunal peut aussi notifier un dispositif écrit. A l'inverse, il n'est nullement interdit au tribunal de motiver directement sa décision.²⁴

Actuellement, certaines décisions sont motivées de manière très brève. Le CPC n'indique pas ce qu'est une «*motivation*»: chaque partie doit comprendre les raisons qui ont conduit à l'adoption d'un dispositif déterminé. Si une partie considère que la motivation est insuffisante, la voie de l'appel (art. 310, lettre a) ou du recours (art. 320, lettre a) lui est ouverte. Concrètement, le grief relèvera de la violation du droit (art. 239, al. 2).

La motivation est obligatoire lorsque la décision peut directement faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral (art. 112, al. 1 LTF; art. 239, al. 3 CPC); tel est notamment le cas lorsque le tribunal statue en instance cantonale unique.

II. Questions choisies

1. Le rôle des parties

La procédure ordinaire est régie par le principe de la maxime des débats (art. 55): les parties allèguent les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produisent les preuves qui s'y rapportent. Les parties tiennent donc un rôle actif. A l'inverse, les initiatives du tribunal sont limitées, en particulier quant à l'étendue de l'administration des preuves.

Ce rôle actif des parties s'illustre *inter alia* par une éventuelle demande de second échange d'écritures, des offres de preuves claires, une éventuelle demande d'audience (débats d'instruction)

pour clarifier certaines questions, ou par une éventuelle demande de dépôt de «*plaidoiries écrites*».

Le rôle prédominant des parties ne délie pas le tribunal de son obligation d'examiner d'office (art. 60) si les conditions de recevabilité de la demande (art. 59, 98, 101, 131, 132) sont remplies. Le défendeur peut formuler des observations à ce sujet dans sa réponse.

2. Les faits nouveaux

La problématique des faits nouveaux a créé une divergence entre le Conseil des Etats²⁵ et le Conseil national²⁶. La solution trouvée, résultant d'un compromis proposé par la majorité de la commission des affaires juridiques du Conseil national, est respectueuse tant des droits des parties que de l'exigence de célérité de la procédure.²⁷ De manière générale, les faits nouveaux – qu'il s'agisse de *nova* proprement ou improprement dits – doivent être invoqués sans retard (art. 229, al. 1; art. 317, al. 1, lettre a):

- Les *nova* proprement dits (ceux qui interviennent au cours de la procédure) sont admis s'ils sont postérieurs à l'échange d'écritures ou à la dernière audience d'instruction.²⁸
- Les *nova* improprement dits (ceux qui existaient déjà) ne sont admis que s'ils ne «*pouvaient être invoqués antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise*» (art. 229, al. 1, lettre b). Autrement dit, pour les *nova* improprement dits, il faut vérifier s'ils sont excusables ou non.

Comme un oubli est possible lors de la rédaction d'une écriture (qu'il s'agisse de la demande ou de la réponse), le législateur a considéré qu'une «*deuxième chance*» devait toujours être offerte aux parties. Celle-ci peut être exercée lors du second échange d'écritures, de la première audience de débats d'instruction, ou enfin (et à titre subsidiaire) lors de l'ouverture des débats principaux (art. 229, al. 2).

Lorsque le tribunal doit établir les faits d'office, ce qui est rare en procédure ordinaire, les *nova* sont admis jusqu'aux délibérations (art. 229, al. 3). Cette règle revêt néanmoins une grande importance dans les autres procédures qui appliquent à titre subsidiaire les règles de la procédure ordinaire.²⁹

3. Les conclusions nouvelles

La demande peut être modifiée: le demandeur peut formuler des conclusions nouvelles (art. 227) à certaines conditions. Il faut tout d'abord que le type de procédure reste le même. Ensuite, la prétention nouvelle doit présenter un lien de connexité avec la

20 Voir JACQUES HALDY, Principes et nouveautés du Code de procédure civile suisse, RJJ 2008, pp. 239–262, en particulier pp. 244–246.

21 GASSER/RICKLI (2010), § 1 ad art. 228 CPC.

22 Sous réserve d'un appel ou d'un recours. A ce sujet, voir FRANÇOIS CHAIX, Introduction au recours de la nouvelle procédure civile fédérale, SJ 2009 II, pp. 257–273.

23 En l'absence de réaction des parties dans ce délai, la décision entre en force. Voir aussi MARAZZI (2009), p. 403.

24 HOFMANN/LÜSCHER (2009), p. 149; GASSER/RICKLI (2010), § 2 ad art. 239 CPC; JÜRGEN BRÖNNIMANN, Die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. 12. 2008 – ein Überblick, recht 2009, p. 90.

25 BOCE 2007, pp. 528–530, 2008, pp. 728–729 et p. 883.

26 BOCN 2008, pp. 964–967, pp. 1629–1631 et pp. 1633–1634.

27 Pour un schéma, voir HOFMANN/LÜSCHER (2009), p. 147. Voir aussi MEIER (2010), pp. 343–347.

28 S'ils existaient déjà avant l'échange d'écritures ou avant la dernière audience, ce ne seraient pas des *nova* proprement dits, mais des *nova* improprement dits.

29 Voir par exemple, en procédure simplifiée, les cas énumérés à l'art. 247, al. 2, où le tribunal établit les faits d'office.

demande initiale ou la partie adverse doit consentir à la modification de la demande (art. 227, al. 1). Enfin, si les débats principaux ont débuté, la modification doit reposer sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 230).

4. Le défaut de réponse/l'absence à une audience

Les règles en matière de défaut de réponse (art. 223) sont favorables au défendeur défaillant. Le tribunal lui fixe un bref délai supplémentaire pour le dépôt de la réponse. A l'issue de ce délai, la procédure suit son cours, que le défendeur se soit manifesté ou non; la notion de défaut telle que la connaissent certaines procédures cantonales disparaît. La suite de la procédure dépend de la complexité du litige: ainsi, le tribunal peut-il ouvrir les débats principaux ou rendre immédiatement une décision finale.

En cas d'absence d'une partie (ou des deux) lors des premiers débats d'instruction, la procédure suit son cours (art. 147, al. 2).

En cas d'absence d'une partie lors des débats principaux (soit lors des premières plaidoiries, de l'administration des preuves ou des plaidoiries finales), la procédure se poursuit. Le tribunal statue «sur les actes de la partie comparante et sur le dossier» (art. 234 al. 1 CPC). En cas d'absence de toutes les parties lors des débats principaux, la procédure devient sans objet et est radiée du rôle; le tribunal répartit les frais judiciaires entre les parties (art. 234 al. 2 CPC), chacune en assumant la moitié.

5. La demande reconventionnelle

Dans sa réponse, le défendeur peut former une demande reconventionnelle (art. 224), c'est-à-dire formuler lui-même des prétentions à l'égard du demandeur. Une demande reconventionnelle n'est possible que si la prétention du défendeur est soumise à la même procédure que la demande principale (art. 224, al. 1). En revanche, il n'y a pas d'exigence de connexité – sauf en matière de for (art. 14) – entre les prétentions de la demande principale et celles de la demande reconventionnelle.

Il faut distinguer l'obligation de rester dans le même type de procédure de la question de la compétence matérielle du tribunal saisi. Selon l'organisation judiciaire cantonale, la compétence des tribunaux peut en effet dépendre de la valeur litigieuse des prétentions. Lorsque la valeur litigieuse de la demande reconventionnelle dépasse la compétence matérielle du tribunal, les deux demandes sont transmises au tribunal compétent (art. 224, al. 2).

En lien avec les «prétentions croisées», les plaideurs et le tribunal examineront attentivement les possibilités offertes par les articles 126 (suspension de la procédure) et 127 (renvoi pour cause de connexité). A notre sens, conformément aux principes

généraux du CPC, ces dispositions doivent aussi s'interpréter comme s'opposant à un mélange des types de procédure.

6. Le procès-verbal

Les exigences détaillées en matière de procès-verbal (art. 235, al. 1) s'appliquent à toutes les procédures (art. 219). Le procès-verbal consigne uniquement la substance des déclarations des personnes entendues; il ne s'agit donc pas d'une retranscription «mot à mot». De même, les éléments qui figurent déjà dans un acte écrit d'une partie ne sont pas repris (art. 235, al. 2). Il faut néanmoins mentionner dans le procès-verbal tous les éléments importants d'une déclaration.³⁰

Le procès-verbal peut être rédigé «à la volée» par le greffier seul ou sur dictée du juge instructeur; ce dernier choisit librement la manière qui lui convient le mieux. Le procès-verbal doit être signé par celui qui l'a rédigé, c'est-à-dire le greffier. Comme des demandes de rectification sont envisageables (art. 235, al. 3), une partie ou un témoin peut *a fortiori* demander que certains propos soient spécifiquement retranscrits. La décision en matière de rectification du procès-verbal est une ordonnance d'instruction attaquable par recours, si elle cause un préjudice difficilement réparable (art. 319, lettre b, chiffre 2).³¹

Les déclarations des parties et des témoins peuvent être enregistrées de manière électronique (audio, DVD, vidéo, etc.). Cela n'est possible qu'en complément – et non en remplacement – du procès-verbal écrit. Les parties (art. 53, droit d'être entendu) et le tribunal ont accès à cet enregistrement, à tout stade de la procédure (même en appel); cas échéant, des frais peuvent être mis à charge d'une partie, si cette demande est dilatoire ou tardive (art. 108). En cas de contestation portant sur les propos figurant dans le procès-verbal, les déclarations enregistrées seront un moyen utile pour obtenir la rectification.

III. Conclusion

Les premières expériences que vivront les acteurs du procès civil permettront de découvrir quels sont les domaines dans lesquels les tribunaux devront à leur tour faire œuvre de législateur. Dans la procédure ordinaire, le rôle essentiel sera tenu par les parties, le juge se limitant à conduire formellement le procès. A l'issue de la procédure, le tribunal devra trancher de manière pragmatique, à la lumière des principes généraux, les questions encore ouvertes. ■

30 MARAZZI (2009), p. 401.

31 GASSER/RICKLI (2010), § 9 ad art. 235 CPC.

Alain B. Lévy*

Le devoir d'information de l'avocat

Mots clés : Devoir d'information, responsabilité contractuelle, responsabilité extracontractuelle, responsabilité pénale, responsabilité disciplinaire

I. Introduction

L'avocat exerce une profession libérale et offre à ses clients des services relevant principalement de deux types: le conseil juridique et la représentation en justice. Quel que soit le type de service, la relation contractuelle entre l'avocat et le client constitue un mandat. En conséquence, le droit des obligations détermine en premier lieu les devoirs de l'avocat mandataire envers son mandant, en particulier son devoir d'information.

Le client n'a pas seulement un droit de recevoir des informations de son avocat, mais il a lui-même aussi l'obligation de lui en fournir. L'inobservation de cette obligation pourra avoir pour conséquence de modifier ou de restreindre le devoir d'information de l'avocat et le cas échéant de limiter sa responsabilité.

La profession d'avocat, à l'instar de celle de médecin, de banquier ou encore d'assureur, occupe dans la société une position particulière pour deux raisons. D'une part, la défense des droits d'un justiciable est une composante essentielle de l'Etat de droit. D'autre part, comme auxiliaire de la justice, l'avocat est en relation avec des tiers dont les intérêts sont protégés, notamment les parties adverses, les confrères, les magistrats et l'Etat lui-même. Il est donc justifié que l'exercice de la profession soit soumis à une autorisation et à un contrôle étatique, notamment au moyen de règles professionnelles contenues dans la loi sur la libre circulation des avocats¹ (LLCA) et par des règles déontologiques émanant de la profession. Ces cauteles ont pour corollaire le monopole de la représentation en justice. Les normes professionnelles et déontologiques constituent la seconde source principale du devoir d'information de l'avocat aux côtés d'autres sources légales ou principes généraux du droit, particulièrement envers des tiers.

En qualité de confident nécessaire, l'avocat est lié à son client par le secret professionnel protégé par le code pénal et la LLCA pour la plus large part de ses activités, particulièrement celles qui relèvent spécifiquement du barreau. Cette obligation de secret, parallèlement au devoir de discrétion découlant du mandat, concerne la question de l'information dans la mesure où elle li-

mite, voire exclut le devoir d'information que l'avocat peut avoir à l'égard de tiers.

La présente contribution examinera les fondements du devoir d'informer (II), l'objet et le contenu de l'information due (III), puis l'information due par le client et aux tiers (IV) et enfin la responsabilité pour la violation du devoir d'information (V).

II. Les fondements du devoir d'informer

1. Le droit des obligations

Les relations entre l'avocat et son client sont indiscutablement régies par le droit du mandat lorsqu'elles ont pour objet une activité relevant de la profession d'avocat, qu'il s'agisse d'une activité protégée ou non par le monopole, ou d'une activité typique ou non de la profession.

La principale disposition légale relative aux obligations du mandataire, l'article 398 al. 2 CO, se borne à prescrire lapidairement la bonne et fidèle exécution du mandat, ce que l'on traduit ordinairement par l'obligation de diligence et l'obligation de fidélité. En matière d'information, l'article 400 al. 1 CO dispose que le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion à la demande du mandant, ce qui est toutefois très loin de couvrir tous les aspects du devoir d'information, de l'avocat en particulier.²

On peut débattre des questions de savoir si les obligations d'information et de conseil du mandataire découlent du devoir de diligence ou de celui de fidélité, ou encore si le devoir de fidélité s'impose à tous les mandataires ou seulement à ceux qui ont qualité d'intermédiaire ou de fiduciaire.³

Peu importe ici car, tel étant le cas de l'avocat, le devoir de fidélité s'impose à lui en toute hypothèse. A cet égard, il faut relever que ce devoir découle du statut de l'avocat, non de la nature du service qui lui est demandé.⁴

* Avocat au barreau de Genève, docteur en droit, professeur titulaire à la faculté des sciences économiques de l'Université de Fribourg, ancien Président de la Fédération Suisse des Avocats. L'auteur tient à adresser tous ses remerciements à son associé Jean-Pierre Augier pour sa précieuse collaboration dans l'élaboration de cette contribution. Première publication de l'article in: Chappuis/Winiger (édit.), *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2009, p. 35–58, complété ici par un chapitre relatif à l'information due aux héritiers.

1 Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) du 23 juin 2000, RS 936.61.

2 W. FELLMANN, *Berner Kommentar, Obligationenrecht Bd VI.2.4*, OR 394–406, *Der einfache Auftrag*, Bern 1992 (cité ci-après FELLMANN BK), art. 398 N° 146 et art. 400 N°s 53–54; R. H. WEBER, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, art. 1–529 OR, 4^e éd., Bâle 2007, (cité ci-après WEBER BaK), art. 400 N° 1; F. WERRO, *Commentaire romand, Code des obligations I*, CO art. 1–529 (cité ci-après WERRO CR), art. 400 N°s 4–5. Cf. également P. TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Zurich 2003 (cité ci-après TERCIER), N°s 4690 et 4699.

3 C. BRETTON-CHEVALIER, *Les rétrocessions perçues par l'avocat*, in: *Défis de l'avocat au XXI^e siècle*, Genève 2008, p. 207–55, p. 211; WERRO CR, art. 398 N°s 13, 16 et 27; cf. également FELLMANN BK, art. 398 N° 409; TERCIER N° 4689; WEBER BaK, art. 398 N° 9.

4 BRETTON-CHEVALIER, op. cit. p. 213; cf. également C. LOMBARDINI, *la responsabilité civile de l'avocat vis-à-vis des clients*, in: *Défis de l'avocat au XXI^e siècle*, Mélanges en l'honneur de Madame le Bâtonnier Dominique Burger, Genève 2008, p. 517 ss, p. 528.

Dans le quasi silence de la loi, c'est donc à la jurisprudence civile ainsi qu'à la doctrine qu'il incombe de définir et cerner le devoir contractuel d'information, sa portée générale et ses contenus particuliers. On examinera donc plus loin quelles sont les normes de comportement que le mandat impose en la matière à l'avocat, notamment à la lumière des règles professionnelles et déontologiques.

Les règles professionnelles et déontologiques auxquelles l'avocat est par ailleurs tenu, à l'instar de règles de l'art, sont en effet propres à servir de critères pour déterminer l'étendue de certaines des obligations contractuelles envers le client ainsi que le niveau de la diligence requise.⁵ En outre, il faut admettre que le mandat conclu entre le client et son avocat comprend a priori l'engagement de ce dernier de respecter les règles professionnelles, en tout cas dans la mesure où celles-ci ont une portée bénéficiant au client.

On peut en déduire que la violation d'une telle règle professionnelle présume la violation d'un devoir contractuel, avec pour conséquence que l'avocat aurait alors pour se libérer à prouver que la règle dépasse les exigences générales ou concrètes du mandat. A l'inverse, le respect de la norme professionnelle devrait présumer l'absence de violation, de sorte que ce serait alors au client de prouver que la règle est insuffisante au regard du droit du mandat ou du cas particulier.⁶

2. Les règles professionnelles

Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, dont le but n'est pas seulement de garantir cette libre circulation mais également d'unifier et de fixer les principes applicables à la profession d'avocat en Suisse, le droit fédéral régit de manière exclusive les règles professionnelles auxquelles est soumis l'exercice de la profession.⁷

Il n'y a donc en la matière plus place pour le droit cantonal, ce dernier, comme par exemple la loi genevoise sur la profession d'avocat, n'ayant dès lors plus d'autre vocation que celle de législation d'application de la loi fédérale. Il n'est pas question non plus d'une application directe des règles déontologiques, auxquelles renvoyaient expressément certaines lois cantonales. La LLCA conduit ainsi à opérer une distinction claire entre règles professionnelles, édictées par l'Etat, aujourd'hui la Confédération, et les règles déontologiques émises par les organisations professionnelles, ordres d'avocats ou barreaux.⁸

Les règles professionnelles régissent l'activité d'avocat dans un but d'intérêt public, afin de protéger à la fois la confiance que le public doit pouvoir faire à la profession, les intérêts des parti-

culiers qui ont recours aux services de l'avocat, ainsi que le fonctionnement de la justice dont les avocats sont les auxiliaires. Elles sont notamment le corollaire du monopole que l'Etat concède à l'avocat.⁹ Tous les avocats y sont soumis quel que soit le canton au registre des avocats duquel ils sont inscrits, et qu'ils appartiennent ou non à un ordre d'avocats.¹⁰

La transgression des règles professionnelles est sanctionnée par une responsabilité disciplinaire instituée par la loi. Elle l'est indirectement seulement par la responsabilité à l'égard du client, dans la mesure où, comme on l'a indiqué ci-dessus, les règles en cause se trouvent comprises dans le droit du mandat, soit qu'elles permettent de préciser l'étendue des obligations découlant de la loi, soit qu'on les considère comme incluses dans les conditions du contrat conclu avec l'avocat.

La LLCA régit certes de manière exclusive la profession d'avocat en Suisse mais on ne saurait dire, s'agissant des règles professionnelles, qu'elle le fasse de façon exhaustive.¹¹ En effet, si plusieurs des règles posées à l'article 12 de cette loi sont assez précises, il en est d'autres de portée beaucoup plus générale, en particulier celle (lit. a) selon laquelle l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence.

Le devoir d'information par exemple ne fait l'objet d'une disposition que sur un de ses aspects ponctuels, celui des honoraires (lit. i), les autres obligations en matière d'information devant être déduites de la notion générale de soin et diligence, notion dont il appartient le cas échéant à la jurisprudence disciplinaire de détailler la portée.

Les normes déontologiques gardent par conséquent une certaine portée juridique dans la mesure où elles peuvent aider à interpréter et préciser les règles professionnelles.¹² Cependant, les dispositions de la LLCA doivent d'abord chercher à s'appliquer de manière autonome.¹³ En outre, la référence à des règles déontologiques suppose qu'il s'agisse de normes reflétant une opinion largement répandue au niveau national.¹⁴

3. Les normes déontologiques

L'unification des règles professionnelles au niveau suisse a en particulier pour but d'assurer la libre circulation des avocats en soumettant ceux-ci à des normes uniformes de comportement quel que soit le canton où ils déploient leur activité. Il en découle que l'ordre juridique ne saurait se satisfaire de règles déontologiques matériellement différentes d'un canton à l'autre.¹⁵

C'est donc afin d'unifier les règles déontologiques sur tout le territoire de la Confédération que la Fédération suisse des avocats (FSA) a adopté le 10 juin 2005 un Code suisse de déonto-

5 FELLMANN BK, art. 398 N° 173; TERCIER N° 4670; WERRO CR, art. 398 N° 14; cf. également B. CHAPPUIS, Signification et fonction des règles déontologiques, in: *Droit suisse des avocats*, Berne 1998, p. 127 ss, p. 129.

6 TERCIER N° 4671.

7 Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 28 avril 1999, FF 1999 (cité ci-après Message), p. 5335 et 5355; A. B. LÉVY, Le Code Suisse de Déontologie, in: *Défis de l'avocat au XXI^e siècle*, Genève 2008, p. 147 ss, p. 150–151; C. REISER, La Commission du Barreau et la surveillance des avocats sous l'angle de la LLCA et de la LPAv/Ge, in: *SJ 2007 II 237*, p. 239–242.

8 Message, p. 5367; ATF 130 II 270 consid. 3.1.2 p. 275.

9 Message, p. 5339.

10 Message, p. 5367.

11 Cf. Message, p. 5355 et 5368 où le terme d'exclusif serait préférable à celui d'exhaustif.

12 Message, p. 5368 et 5355; REISER, op. cit., p. 242.

13 ATF 130 II 270 consid. 3.1.3 p. 276; ATA/Ge 500/2006 du 19.09.06, in: M. VALTICOS et L. JACQUEMOUD ROSSARI, La jurisprudence de la Commission du barreau 2002–2006, in: *SJ 2007 II 255*, p. 260; LÉVY (note 7), p. 151.

14 ATF 130 II 270 consid. 3.1.1 p. 275; ATA/Ge, ci-dessus note 12, ibidem.

15 Cf. notamment note 7 ci-dessus.

logie (CSD).¹⁶ Les règles de celui-ci s'imposent à tous les membres de la FSA, soit aux avocats eux-mêmes qui appartiennent aux différents ordres cantonaux d'avocats.

Les règles déontologiques, contrairement aux règles professionnelles qui s'imposent à l'ensemble des avocats, ne s'appliquent directement qu'aux membres de l'organisation professionnelle qui les émet. Elles possèdent néanmoins une certaine portée normative à l'égard de tous puisqu'elles peuvent servir à interpréter ou préciser le contenu des règles professionnelles.

A l'instar de la LLCA, le Code suisse de déontologie contient une norme générale (art. 1) selon laquelle l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence et dans le respect de l'ordre juridique. En matière d'information, il est un peu plus précis que la loi puisque, en plus de la question des honoraires (art. 18), il fait obligation à l'avocat d'établir avec son client des relations clairement définies (art. 2 al. 1) et d'informer son client de l'évolution du mandat (art. 2 al. 2).

Il faut en outre relever que le Code de déontologie des avocats européens, édicté par le Conseil des Barreaux de la Communauté Européenne (CCBE) et auquel la FSA a adhéré, s'applique aux avocats suisses membres de celle-ci dans leurs rapports professionnels avec des avocats de l'Union Européenne ou lorsqu'ils y déploient une activité.¹⁷ Le contenu de ce code, quoique plus détaillé, est comparable au Code suisse de déontologie, notamment en matière d'information.

4. L'obligation d'informer des tiers

Si l'avocat a un devoir d'information principalement à l'égard de son client, il n'en est pas moins tenu dans l'exercice de sa profession à certaines obligations d'information à l'égard de tiers, nonobstant la protection du secret professionnel dont bénéficie le client. Ces obligations, sur quelques unes desquelles on reviendra ci-dessous, ont des fondements très divers qui vont des principes généraux du droit, en particulier les règles de la bonne foi et le respect de l'ordre juridique, aux prescriptions ou règles jurisprudentielles plus précises, sur le blanchiment d'argent ou l'obligation de témoigner par exemple, en passant par des règles professionnelles ou déontologiques imposant des devoirs envers le juge ou les confrères.

III. Objet et contenu de l'information due

1. Information et conseil

On distingue généralement, parmi les devoirs découlant de la diligence ou de la fidélité, celui d'information ou de renseignement d'une part et celui de conseil et de mise en garde d'autre part, devoirs considérés comme des obligations accessoires, mais non moins importantes.¹⁸ En substance, la différence entre l'information et le conseil réside en ce que la première consiste

à fournir des données, des renseignements de fait, alors que le second consiste à donner des avis et des conseils. S'agissant de la profession d'avocat, ces distinctions sont toutefois relatives.¹⁹

En effet, le conseil, à côté de la représentation en justice, est le service typique de l'avocat, de sorte qu'il constitue le plus souvent l'objet même du mandat, donc une obligation principale.²⁰ Cela est également valable pour l'information dans la mesure où l'avocat est amené, dans le cadre du conseil, à fournir des données au client, ne serait-ce déjà que sur l'état de la législation ou de la jurisprudence. Par conséquent, information et conseil sont étroitement liés et il est souvent difficile de déterminer si une obligation particulière incombant à l'avocat relève de l'une ou l'autre.

Il convient donc d'adopter ici une conception large du devoir d'information, celle-ci incluant en particulier le devoir de mise en garde ou de donner certains conseils essentiels indépendamment de l'objet du mandat. Ce devoir d'information au sens large sera examiné d'abord quant aux principes directeurs et ensuite quant à quelques aspects ponctuels de l'activité d'avocat.

2. Les principes directeurs

a) L'intérêt du client

Le principe cardinal régissant l'activité de l'avocat, notamment son devoir d'information, est celui de l'intérêt du client. Le premier devoir de tout mandataire est en effet de veiller diligemment et fidèlement aux intérêts du mandant.²¹ Le Code de déontologie des avocats européens exprime le principe en ces termes: «*Sous réserve du strict respect des règles légales et déontologiques, l'avocat a l'obligation de toujours défendre au mieux les intérêts de son client*». Il doit ainsi entreprendre tout ce qui peut être utile à son mandant et naturellement s'abstenir de tout acte qui pourrait être préjudiciable à ce dernier.²²

La défense des intérêts du client connaît donc une limite générale, celle du respect de l'Etat de droit. Le Code suisse de déontologie (art. 1) stipule ainsi que l'avocat exerce sa profession «*dans le respect de l'ordre juridique*». Il en découle que l'avocat ne doit pas inciter ou aider son client à violer la loi, question qui concerne cependant plus le conseil que l'information. Dans ce second domaine, le respect de l'ordre juridique se traduit par certaines obligations à l'égard de tiers, comme on le verra ci-dessous.

b) L'utilité de l'information

L'utilité de l'information est le critère essentiel qui en détermine l'objet et l'obligation de fournir des renseignements. L'avocat doit ainsi informer son mandant «*de tout ce qui est important pour lui*» (et ce «*en relation avec le mandat*», ce qu'on verra

16 Sur la genèse du CSD, LÉVY (note 7), p. 152–153.

17 Art. 14 et 15; cf. Message, p. 5368.

18 Cf. notamment TERCIER N^{os} 4690–4691; WEBER BaK, art. 398 N^o 26; WERRO CR, art. 398 N^o 13 et 16–18.

19 F. SOLDATI, Il dovere di informazione dell'avvocato nei confronti del cliente, in: Droit suisse des avocats, Berne 1998, p. 219 ss, p. 221.

20 WERRO CR, art. 398 N^o 16.

21 Art. 398 al. 2 CO.

22 FELLMANN BK, art. 398 N^{os} 23–24; TERCIER N^o 4687; WEBER BaK, art. 398 N^o 8.

plus loin).²³ On pourrait parler ici d'information pertinente et nécessaire. Doit en particulier être considérée comme telle celle dont le client a besoin pour prendre les décisions qui lui reviennent, notamment les options stratégiques, et pour donner des instructions adéquates.²⁴

Comme pour la mesure de la diligence en général, savoir ce qui dans un cas concret constitue une information importante ou nécessaire doit être déterminé selon des critères objectifs et en fonction des circonstances particulières à l'espèce.²⁵ Pour déterminer des critères objectifs, les règles professionnelles, les normes déontologiques et les usages de la profession joueront un rôle important.

c) *Le cadre contractuel du devoir*

Les critères d'intérêt et d'utilité conduisent à un second principe relatif à l'objet de l'information due, celui de son cadre contractuel. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'avocat doit informer son mandant de ce qui est important pour lui «*en relation avec le contrat*».²⁶ La question délicate est de déterminer jusqu'où va la notion de relation avec le mandat. Il est évident que l'avocat doit faire part à son client de toutes les informations utiles qui concernent précisément l'affaire qui lui est confiée.

Mais on peut se demander si le devoir d'information s'étend plus largement, au-delà de l'affaire confiée, à tous renseignements en possession de l'avocat et qui devraient lui apparaître utiles, eu égard aux intérêts de son client en général. Il en résulterait que l'avocat, du seul fait d'être consulté, serait tenu de veiller dans leur ensemble aux intérêts de son mandant. Une telle extension du devoir d'information irait trop loin car elle ferait de l'avocat le tuteur de son client²⁷ et ne serait guère compatible avec le droit du mandat.

Le mandataire est bien responsable de la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 399 al. 2 CO), soit de l'affaire dont il est chargé ou des services promis (art. 394 al. 1). La question ne concerne donc pas l'étendue du devoir d'information, mais l'étendue du mandat, laquelle est déterminée par la convention des parties ou par la nature de l'affaire (art. 396 al. 1).²⁸ Dans la majorité des cas, le mandat de l'avocat ne fait pas l'objet d'un accord spécifique, de sorte que ce sera la nature de l'affaire, soit à nouveau les circonstances concrètes, qui détermineront l'étendue du devoir d'information.²⁹

Cependant, la notion de relation avec l'affaire confiée est sujette à interprétation et peut soulever des problèmes délicats.³⁰ Par exemple, l'avocat chargé de rédiger un contrat et de conseiller sur le contenu de celui-ci doit-il s'enquérir et informer

son client des conséquences fiscales de l'opération? Doit-il de même rechercher des informations et renseigner son client sur la valeur de l'objet du contrat ou la solvabilité du cocontractant? A défaut de vouloir ou pouvoir examiner lui-même de telles questions, l'avocat sera bien inspiré, au regard de son devoir de conseil et de mise en garde, d'attirer l'attention du client et de l'inviter au besoin à consulter un fiscaliste ou à rechercher lui-même des renseignements.³¹

Il convient par ailleurs de réserver les cas extrêmes où l'avocat, totalement en-dehors du cadre de son mandat ou simplement et à l'occasion de celui-ci, aurait connaissance de faits concernant son client et à propos desquels l'omission d'information et de mise en garde serait génératrice de responsabilité extracontractuelle. La question revient à examiner toute la problématique de l'illicéité objective voire de la responsabilité fondée sur la confiance.

d) *Les compétences de l'avocat et du client*

En qualité de mandataire professionnel spécialisé, de surcroît au bénéfice d'un monopole, jouissant d'une autorité accrue en vertu de ses connaissances et de sa position, l'avocat est soumis à un devoir d'information particulier à l'égard de son client.³² Il en découle notamment que le principe selon lequel la diligence requise dépend des compétences du mandataire connues du mandant³³ n'a qu'une portée très limitée. Le mandataire doit en effet posséder les compétences qu'on est en droit d'exiger de toute personne diligente, de sorte que l'avocat ne doit pas accepter un mandat qu'il n'est pas en mesure d'assumer correctement.³⁴ Le devoir d'information de l'avocat est susceptible de varier en fonction des qualités du client, en ce sens qu'elle doit être adaptée à l'expérience, aux connaissances et à la compréhension de celui-ci, en particulier dans la perspective des décisions et des instructions qui lui appartiennent.³⁵ Le devoir d'information ne se concrétisera pas de la même manière si son destinataire est le service juridique d'une grande entreprise ou un profane sans aucune expérience des affaires.

e) *La qualité des informations*

L'information due, selon les critères d'utilité et d'importance ou de nécessité précédemment évoqués, est généralement décrite comme devant être complète, exacte et dispensée à temps.³⁶ Il faut ajouter qu'elle doit être spontanée.³⁷ Les renseignements doivent être complets dans la mesure du nécessaire, ne pas être tronqués ou comporter de lacunes. Leur exactitude s'entend

23 TF 4C.398/2006 du 13.2.2007 consid. 3.

24 FELLMANN BK, art. 398 notamment N^{os} 160, 168 et 171; TERCIER N^o 4690; WERRO BaK, art. 398 N^o 17.

25 ATF 134 III 534 consid. 3.2.2 p. 538; ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, consid. 1 b p. 195; cf. également LOMBARDINI (note 4), p. 525.

26 TF 4C.398/2006 du 23.2.2007 consid. 3; FELLMANN BK, art. 398 N^o 168; WERRO CR, art. 398 N^o 17.

27 Cf. TF 4C.336/2001 du 22.1.2002 consid. 3b

28 FELLMANN BK, art. 398 N^o 145; TERCIER N^o 4633; WEBER BaK, art. 398 N^o 9.

29 FELLMANN BK, art. 398 N^{os} 168, 171 et 173.

30 FELLMANN BK, art. 398 N^o 413.

31 TF 4C.42/2006 du 28.2.2006 consid. 2.2.

32 Cf. notamment ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, consid. 2 a p. 303.

33 ATF 134 III 534 consid. 3.2.2., p. 538; ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, consid. 1 c p. 195.

34 TF 4C.80/2005 du 11.8.2005 consid. 2.2.1; FELLMANN BK, art. 398 N^{os} 408–411; LOMBARDINI, (note 4), p. 524.

35 W. FELLMANN, Die Haftung des Anwaltes, in: Droit suisse des avocats, Berne 1998, p. 185 ss (cité ci-après FELLMANN Haftung), p. 200 s.; SOLDATI (note 19), p. 224.

36 TF 4C.398/2006 du 13.2.2007 consid. 3; WERRO, art. 398 N^o 17.

37 ATF 115 II 62 = JT 1989 I 539 consid. 3 a et 3 d p. 542 et 544; SOLDATI (note 19), p. 223; WEBER BaK, art. 400 N^o 2; WERRO CR, art. 400 N^o 4.

avant tout de leur véracité. Leur fourniture à temps implique souvent qu'elle le soit régulièrement.

L'information doit être donnée par l'avocat de manière spontanée et pas seulement à la requête du client. C'est là que le devoir d'informer se distingue et va au-delà de l'obligation de fournir les renseignements nécessaires à rendre compte de la gestion selon l'article 400 al. 1 CO. Naturellement, la faute de l'avocat qui non seulement n'informe pas son client spontanément, mais de surcroît ne donne pas suite à sa demande, sera d'autant plus lourde.

Comme indiqué ci-dessus, l'information porte sur des faits alors que le conseil implique un avis, les deux étant étroitement imbriqués dans les services de l'avocat. L'exigence d'une information complète et exacte ne peut donc s'appliquer par analogie au conseil que dans une mesure limitée. D'une part, seules les données factuelles et les bases juridiques du conseil sont soumises à cette exigence. D'autre part, l'avocat ne sera tenu pour responsable d'un conseil erroné que dans la mesure où celui-ci était déraisonnable, en particulier parce qu'il procède d'une appréciation manifestement fautive des faits, d'une interprétation insoutenable de la loi ou d'une méconnaissance de la jurisprudence et de la doctrine.³⁸

Le risque inhérent à l'activité d'avocat, dont il faut tenir compte du point de vue de sa responsabilité³⁹ à côté de circonstances particulières telles que la complexité et la difficulté de l'affaire traitée, devrait cependant être susceptible d'atténuer aussi dans une certaine mesure la rigueur de l'exigence d'une information complète et exacte. Là encore tout dépendra de l'appréciation du cas d'espèce.

f) *L'étendue temporelle du devoir*

Le devoir d'information s'étend naturellement à toute la durée de l'exécution du mandat. Il existe cependant dès avant la conclusion du contrat et peut perdurer après la fin de celui-ci. Au stade de la formation du contrat, lors des premiers contacts avec le client qui envisage de lui confier un mandat, l'avocat doit déjà lui fournir certains renseignements, notamment en ce qui concerne ses honoraires et la « faisabilité » a priori du mandat. Le défaut d'information à ce stade est donc susceptible de fonder une responsabilité pour *culpa in contrahendo*.⁴⁰

Même après la fin du mandat, la reddition de comptes, le règlement des honoraires et la clôture du dossier, on peut admettre que l'avocat assume encore un devoir résiduel d'information,⁴¹ s'il parvient à sa connaissance des faits importants pour le client et en relation directe avec le mandat qui lui avait été

confié. La durée d'un tel devoir résiduel devrait cependant rester limitée.

g) *Limitation conventionnelle du devoir*

En vertu de la liberté contractuelle et vu le caractère essentiellement dispositif du droit du mandat, les parties peuvent aménager leurs relations et obligations respectives, notamment dans une convention écrite, selon un contrat standard ou par référence à des conditions générales. Si cette pratique est courante dans plusieurs domaines, chez les banquiers ou architectes par exemple, tel n'est traditionnellement pas le cas dans la profession d'avocat. On constate toutefois depuis quelques années, sous l'influence de l'internationalisation de la profession, que certains grands cabinets font signer à leurs clients des conventions sous forme de lettre précisant notamment l'objet du mandat, la rémunération et le for en cas de litige. Sans tomber dans l'excès d'une convention fleuve, une telle pratique, ou simplement une lettre confirmant en particulier au client l'objet du mandat, peut apparaître opportune dans la perspective de circonscrire le devoir d'information.

Il serait théoriquement possible qu'un tel contrat de mandat comporte, dans les limites de l'article 100 CO, des clauses exonérant l'avocat de sa responsabilité, en général ou sur certains points particuliers, à raison de la négligence légère. Juridiquement, de telles clauses poseraient plusieurs questions non clairement résolues:⁴² premièrement, la profession d'avocat est-elle une industrie concédée par l'autorité au sens de l'article 100 al. 2 CO? Deuxièmement, une telle exclusion est-elle compatible avec la nature du contrat de mandat, l'obligation essentielle du mandataire étant la diligence? Troisièmement, une telle exclusion est-elle admissible au regard des règles professionnelles auxquelles est soumis l'avocat?

L'assimilation des professions réglementées, comme celle d'avocat, à une industrie concédée par l'autorité est discutable. Contrairement au cas des banques assimilées à une telle industrie,⁴³ le Tribunal fédéral ne s'est pas penché sur la question et la doctrine reste partagée.⁴⁴ Toutefois, vu en particulier les arguments relatifs à la concurrence et aux situations de monopole qui justifient les restrictions des articles 100 al. 2 et 101 al. 3 CO,⁴⁵ la profession d'avocat, même dans la mesure où elle comprend la représentation en justice, ne devrait pas être soumise à ces restrictions.

Selon une conception défendue en particulier par Gautschi, une exclusion ou limitation de responsabilité serait exclue en matière de mandat, car cela serait incompatible avec la diligence

38 TF 4C.336/2001 du 22.1.2002 consid. 3b; ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, consid. 3 d p. 197; LOMBARDINI (note 4), p. 527; sur la connaissance de la jurisprudence et de la doctrine, cf. ATF 134 III 534 consid. 3.2.3.3, p. 539.

39 ATF 134 III 534 consid. 3.2.2p. 537–538; ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, consid. 1b p. 194; ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, consid. 2a p. 303.

40 FELLMANN BK, art. 398 N° 150.

41 Cf. SOLDATI (note 19), p. 222. Sur l'information due aux héritiers, cf. ci-après ch. IV.3.

42 FELLMANN Haftung, p. 211; LOMBARDINI (note 4), p. 538.

43 ATF 112 II 450 p. 455.

44 Cf. R. H. WEBER, Berner Kommentar, Band VI.I.5, Die Folgen der Nichterfüllung, art. 97–109, Berne 2000 (ci-après WEBER BK), art. 100 N° 116.

45 WEBER BK, art. 100 N° 117–118; L. THÉVENOZ, Commentaire romand, Code des obligations I, CO art. 1–529, Genève/Bâle/Munich 2003 (ci-après THÉVENOZ CR), art. 100 N° 28; cf. aussi S. DU PASQUIER et P. FISCHER, La responsabilité civile de l'avocat dans une étude constituée en personne morale, RSDA 6/2008, p. 548 ss, p. 555.

inhérente à l'obligation de moyens.⁴⁶ Alors que la question a été laissée ouverte par le Tribunal fédéral,⁴⁷ la majorité de la doctrine rejette cependant cette opinion,⁴⁸ avec certaines nuances toutefois,⁴⁹ à juste titre. Des limitations de responsabilité dans le cadre des articles 100 et 101 CO sont donc en principe admissibles, à condition toutefois d'être clairement expliquées et convenues, et de ne pas vider de sa substance la diligence inhérente au mandat.

Au regard des règles professionnelles et déontologiques auxquelles est soumis l'avocat, des limitations de responsabilité apparaissent admissibles dans la mesure toutefois où elles ne vont pas au-delà de ce qui est usuel.⁵⁰ Pourraient donc être admises par exemple une limitation de somme, l'exclusion de certains types de dommage ou le transfert au client de risques particuliers.⁵¹ En revanche, on conçoit mal que sur la base de la différence de régime entre obligé (art. 100 al. 2) et auxiliaire (art. 101 al. 2)⁵² le travail des collaborateurs fasse l'objet d'une exclusion de responsabilité plus étendue.

En pratique, les clauses limitatives de responsabilité, surtout si elles ont un caractère général, n'auront souvent qu'une efficacité relative face au pouvoir d'appréciation du juge. Si celui-ci entend qualifier la faute de grave, la clause sera inopérante vu l'article 100 al. 1 CO. S'il l'estime au contraire légère, il pourra, même en l'absence de clause, écarter la responsabilité en vertu d'une «pesée appréciative» considérant notamment les risques du métier et qualifiant le comportement d'acceptable et non pas d'inacceptable.⁵³

3. Objets particuliers du devoir d'information

Le Code suisse de déontologie (art. 2 CSD) prescrit à l'avocat d'établir avec son client «des relations clairement définies». Il en résulte que l'avocat doit informer d'emblée celui qui le consulte de l'acceptation ou du refus du mandat et au besoin préciser le cadre de celui-ci, les services qu'il envisage de rendre ou ce dont il n'entend pas se charger. A ce stade initial, l'avocat devra faire savoir à son client s'il y a un éventuel risque de conflit d'intérêts. Il lui incombera si nécessaire de donner à son client des précisions sur les limites générales de l'activité d'avocat, le respect de la légalité, l'indépendance, le secret professionnel, la déontologie, etc.⁵⁴

S'agissant en particulier des honoraires, la LLCA stipule (art. 12 lit. i) que, «lorsqu'il accepte un mandat, (l'avocat) in-

forme son client des modalités de facturation et le renseigne périodiquement ou à sa demande sur le montant des honoraires dus». Le Code suisse de déontologie dit pour sa part (art. 18) que «l'avocat informe son client des principes de fixation des honoraires», ce qui implique le refus d'un pactum de quota litis, mais la possibilité d'un pactum de palmario (art. 12 lit. e LLCA et 19 al. 3 CSD). Par analogie, devront également être indiqués les coûts autres que les honoraires, s'ils sont d'une relative importance, susceptibles d'être engendrés par l'exécution du mandat.

La diligence exige ensuite que l'avocat oriente objectivement son client sur le caractère réalisable ou utopique de ses buts ou instructions, sur les avantages ou les inconvénients des mesures qu'il envisage ou souhaite, en d'autres termes sur les risques que comporte l'affaire confiée.⁵⁵ On se trouve là naturellement à la croisée de l'information et du conseil, car l'appréciation du risque repose nécessairement sur des données objectives, dont certaines doivent être fournies par l'avocat, l'état de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine par exemple.

En matière judiciaire,⁵⁶ l'information quant aux risques devra non seulement porter sur l'éventuelle perte du procès au fond, mais également sur les frais de justice et les dépens de la partie adverse auxquels le client pourrait être condamné. Elle devra également porter sur les difficultés et aléas de la procédure, notamment sa durée possible, les voies de recours, etc. Il incombe en particulier à l'avocat de dissuader son client de soutenir des procédures vouées à l'échec, et le cas échéant de lui conseiller la recherche de solutions transactionnelles.

Pendant toute la durée du mandat, il appartient à l'avocat d'informer son client de l'évolution de l'affaire dont il a été chargé (art. 2 al. 2 CSD et 3.1.2. CDAE – Code de déontologie des avocats européens). Cette obligation s'entend de ce qui est utile, c'est-à-dire nécessaire au client pour donner les instructions ou prendre les mesures qui lui incombent. Pour que celui-ci puisse le faire utilement, il faut que l'information soit transmise et reçue à temps. A cet égard, lorsque des délais impératifs, par exemple de recours, sont en jeu, l'avocat doit s'assurer que son client a effectivement été atteint.⁵⁷

Enfin, l'information doit être égale, que l'issue de l'affaire soit favorable ou défavorable au client. L'avocat ne doit en particulier pas taire l'échec des mesures qu'il a prises ou en occulter les conséquences, qu'il n'y soit pour rien ou qu'il en soit responsable.⁵⁸ Dans ce dernier cas, l'avocat est naturellement tenu de relater la situation à son client, ce qui pourra impliquer qu'il lui indique avoir commis une erreur ou une faute, ou encore avoir déclaré le cas à son assurance responsabilité civile.

46 WEBER BK, art. 100 N° 43.

47 ATF 124 III 155 = SJ 1998.689, consid. 3 c p. 698–699.

48 FELLMANN BK, art. 398 N° 515; THÉVENOZ CR, art. 100 N° 18; WEBER BaK, art. 398 N° 34.

49 WEBER BK, art. 100 N° 44; W. WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht 1 art. 1–529, Bâle 2007 (ci-après WIEGAND BaK), art. 100 N° 6.

50 FELLMANN BK, art. 398 N° 515 s.; WEBER BK, art. 398 N° 34 s.; cf. aussi THÉVENOZ CR, art. 100, N° 18 s.

51 WIEGAND BaK, art. 100 N° 6.

52 THÉVENOZ CR, art. 101 N° 38.

53 Cf. notamment ATF 134 III 534 consid. 3.2.1 p. 537–538 et ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, consid. 1 b p. 194–195.

54 FELLMANN Haftung, p. 193–195; FELLMANN BK, art. 398 N° 150–151.

55 ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192 consid. Id p. 195; ATF 124 III 155 = JT 1999 I 125, consid. 3 a p. 132–133.

56 FELLMANN Haftung, p. 194–195; LOMBARDINI (note 4), p. 529; SOLDATI (note 19), p. 226–228.

57 ATF 110 Ib 94 p. 95.

58 Cf. WERRO CR, art. 398 N° 17; SOLDATI (note 19), p. 219–220.

IV. Devoir d'informer du client et information due aux tiers

1. L'information due par le client

Dans son activité de conseil comme dans celle de représentant en justice, l'avocat est largement dépendant des informations, en particulier des données de fait, qui lui sont fournies par son client.⁵⁹ Les explications données peuvent non seulement manquer d'objectivité mais être lacunaires ou erronées, par inadvertance ou à dessein, le dossier remis être incomplet, certaines pièces être sans pertinence voire fausses. Si tel est le cas, les conseils de l'avocat, les informations qu'il donne lui-même et les démarches qu'il entreprend peuvent en être gravement affectées.

La fourniture d'une information défaillante imputable au mandant pourra avoir plusieurs sanctions, que ce soit par application des principes sur la demeure du créancier (art. 91 CO) ou sur l'inexécution (art. 97 CO) ou encore sur le dommage subi du fait de l'exécution du mandat (art. 402 al. 2 CO). On pourra y voir soit un facteur faisant supporter au client les risques pouvant affecter la prestation de l'avocat ou empêchant le client d'invoquer l'inexécution, le manque de diligence de son mandataire, soit une faute concomitante ou exclusive atténuant la diligence requise ou libérant le mandataire, soit encore, dans des cas extrêmes, une faute pouvant obliger le client à indemniser son avocat du dommage éventuel résultant pour ce dernier de l'information défaillante.

En dehors du paiement des honoraires (art. 294 al. 2 CO), du remboursement des impenses et de la libération des obligations (art. 402 al. 1 CO) ainsi que de la réparation du dommage (art. 402 al. 2 CO), le droit du mandat n'impose expressément pas d'obligation au mandant. Néanmoins, que ce soit au regard de la nature synallagmatique du contrat, des règles sur la demeure du créancier (art. 91 CO) ou selon les exigences de la bonne foi (art. 2 CC), il faut admettre que le mandant a l'obligation, ou à tout le moins l'incombe, de mettre son mandataire en mesure d'exécuter le mandat dont il sera chargé. Il faut en déduire notamment l'obligation pour le client de remettre à son avocat tous les documents nécessaires au mandat et de lui donner des explications exactes.

Cependant, il faut également admettre que l'avocat ne doit pas se fier aveuglément aux informations que lui donne son client. Il lui incombe donc de vérifier celles qui doivent lui paraître douteuses ou qui sont capitales, soit en procédant lui-même à des vérifications dans la mesure du possible, par exemple auprès des registres publics, soit en demandant à son client des précisions ou confirmations.⁶⁰ La crédibilité des informations fournies par le client pourra naturellement dépendre de la personnalité et des compétences de celui-ci.

2. L'information due aux tiers

Le secret professionnel, comme le dit le Code de déontologie des avocats européens (art. 2.3.1) est un «*droit et devoir fondamental et primordial de l'avocat*». Il sert non seulement les intérêts du client, mais également ceux de l'avocat lui-même et de l'administration de la justice.⁶¹ Sa violation est sanctionnée par le droit pénal (art. 321 CP) et il soustrait en particulier l'avocat à l'obligation de témoigner ou de déclarer, même dans l'hypothèse où son client l'y autoriserait. On peut en outre considérer le secret comme l'un des garants de l'indépendance de l'avocat, autre principe essentiel de la profession.⁶² L'article 13 LLCA stipule ainsi que «*l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession*».

La notion d'exercice de la profession s'entend des activités typiques de l'avocat, par opposition à celles que l'on peut qualifier de commerciales. Le secret professionnel protège ainsi non seulement l'activité judiciaire relevant du monopole de l'avocat mais aussi son activité de conseil extrajudiciaire. Sont en revanche soustraites à la protection du secret, ou plus exactement soumises à l'obligation de renseigner, les activités considérées comme atypiques à la profession, en particulier la gérance de fortune ou la gestion de fonds, les activités d'intermédiaire financier au sens de la loi sur le blanchiment d'argent, ainsi que dans plusieurs cas l'administration de sociétés.⁶³ Cela étant, même dans les domaines où il peut être obligé de témoigner ou de renseigner l'autorité, l'avocat reste lié par le secret professionnel à l'égard des autres tiers et en toute hypothèse par un devoir contractuel de discrétion. Dans les situations où il serait susceptible de devoir témoigner ou renseigner, ou lorsque la question est douteuse, l'avocat devrait en informer son mandant.

Le secret professionnel dû au client s'impose «*à l'égard des tiers*» (art. 13 LCCA) autrement dit «*à l'égard de quiconque*» (art. 15 CSD). Il faut naturellement réserver les exceptions qui découlent du mandat lui-même ou des instructions du client. Il est en effet fréquent que le mandat confié comprenne une obligation pour l'avocat de fournir ou transmettre des renseignements à des tierces personnes. Cela ne constitue cependant pas à proprement parler un devoir d'information envers des tiers. L'avocat peut par ailleurs être contractuellement tenu envers son client de fournir des informations adéquates aux correspondants à l'étranger ou sous-mandataires spécialisés qu'il met en œuvre, ou encore aux avocats parallèlement ou conjointement mandatés pour l'affaire. Il va de soi qu'il doit également informer correctement les auxiliaires dont il répond.

L'activité judiciaire implique pour l'avocat l'obligation de donner certaines informations au juge ou à la partie adverse, cela en vertu du droit procédural ou des règles professionnelles et déontologiques. De telles communications doivent être consi-

59 Cf. TF 4C.398/2006 du 13. 2. 2007 consid. 4; LOMBARDINI (note 4), p. 528.

60 ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, consid. 3 b p. 304–305; cf. aussi FELLMANN BK, N° 415.

61 Message, p. 5396.

62 ATF 130 II 87 consid. 4.1 p. 93.

63 Message p. 5369; A. B. LÉVY, L'avocat en tant que gestionnaire de fortune, in: Droit suisse des avocats, Berne 1998, p. 515 ss, p. 522–525.

dérées comme autorisées par le mandat d'agir en justice. Au besoin, l'avocat devra rappeler à son client qu'il lui est en particulier interdit de sciemment donner au juge une information fautive ou de nature à l'induire en erreur, ou encore d'user envers la partie adverse de procédés contraires à la loyauté et aux règles de la bonne foi.⁶⁴

Certaines dispositions légales obligent le détenteur du secret professionnel à renseigner l'autorité. Pour les avocats, mais selon leur activité, tel est le cas de la loi sur la prévention du blanchiment d'argent dans le secteur financier⁶⁵ qui impose à tout intermédiaire financier diverses obligations, notamment celle d'informer spontanément l'autorité en cas de soupçons fondés sur l'origine criminelle des fonds, et corollairement de ne pas informer son client de sa communication à l'autorité.⁶⁶ La question essentielle, pas toujours aisée à trancher, est ici encore de distinguer si l'avocat agit dans le cadre typique de sa profession, auquel cas il n'est pas tenu à de telles obligations, ou en qualité d'intermédiaire financier.

L'avocat peut enfin se trouver dans une situation exceptionnelle où la révélation d'un fait couvert par le secret professionnel est indispensable à la protection d'intérêts supérieurs publics ou privés. Il peut en pareilles circonstances se faire délier du secret par son autorité de surveillance, à Genève la Commission du barreau, et, dans ce cas, ne sera pas pénalement poursuivable (art. 321 ch. 2 Code Pénal et art. 12 de la loi genevoise sur la profession d'avocat)⁶⁷.

3. L'information due aux héritiers

Le devoir d'information de l'avocat à l'égard des héritiers de son défunt client pose un problème particulier car ceux-ci ne peuvent être simplement assimilés à des tiers. Il y a lieu de déterminer si l'avocat peut ou doit opposer son secret professionnel aux demandes de renseignements des héritiers. La question relève à la fois du droit du mandat, des successions et du secret professionnel. Le Tribunal fédéral a récemment rendu en la matière deux arrêts dont les solutions pourraient à première vue sembler contradictoires. Le premier, du 15 septembre 2009,⁶⁸ prononcé sous l'angle du droit du mandat, a en effet affirmé la suprématie du secret professionnel, alors que le second, du 7 janvier 2010,⁶⁹ appliquant le droit des successions, a écarté une objection tirée de ce secret. Complétant en particulier un précédent arrêt sur le droit d'être renseigné des héritiers contre un tiers non avocat,⁷⁰ ces deux décisions nous conduisent aux observations suivantes.

a) Secret professionnel et mandat

Quant au droit du mandat, il convient tout d'abord de rappeler, de façon générale, qu'en vertu du principe de la succession uni-

verselle (art. 560 CC) les héritiers sont saisis des prétentions contractuelles qui découlent du mandat et qui subsistent après la fin de celui-ci par la mort du mandant (art. 405 CO), notamment du droit contractuel d'être renseigné.⁷¹ Les prétentions du mandant d'exiger du mandataire qu'il rende compte de sa gestion et qu'il garde le silence à l'égard des tiers passent donc l'une et l'autre aux héritiers. Le mandataire ne saurait par conséquent opposer son obligation de garder le silence à celle de rendre compte aux héritiers.⁷² En bref, sous l'angle du mandat, les héritiers ne sont pas des tiers et le mandataire est tenu de les renseigner.

Le secret professionnel de l'avocat est toutefois d'une nature et d'une portée différentes de l'obligation de discrétion du mandataire. Fondé sur les articles 321 CP et 13 LLCA, il s'en distingue à trois égards. Premièrement, ce secret ne couvre que l'activité typique de l'avocat. Deuxièmement, en tant que *lex specialis*, les dispositions sur le secret professionnel priment les règles générales du contrat de mandat.⁷³ Troisièmement, la révélation du secret n'est licite que dans trois cas:⁷⁴ tout d'abord le consentement du client, ensuite l'autorisation de l'autorité de surveillance (art. 321 ch. 2 CP) – dans ces deux cas l'avocat reste cependant en droit de se taire (art. 13 LLCA) – enfin l'existence d'une disposition légale particulière imposant à l'avocat de renseigner l'autorité ou de témoigner en justice (art. 321 ch. 3 CP).

En d'autres termes, à l'égard des héritiers, ici considérés comme des tiers, le secret professionnel de l'avocat l'emporte sur le droit à l'information hérité du mandat. La solution ainsi retenue par le Tribunal fédéral dans l'arrêt du 15 septembre 2009 mérite sans conteste d'être suivie. Il convient cependant de relever que cette décision ne se prononçait pas sur la portée du droit successoral, en l'espèce étranger, et les informations réclamées à ce stade de la procédure dépassaient ce qui était pertinent sous l'angle successoral et patrimonial. Par ailleurs, on notera que la prééminence du secret professionnel ne s'impose que s'il y a conflit entre l'intérêt des héritiers à l'information et le secret dû au client défunt. Dans de nombreux cas, à commencer par celui de la reprise par les héritiers d'une affaire, créance, contrat ou procès dont l'avocat était chargé,⁷⁵ le consentement à la révélation peut être présumé. Ce consentement par le titulaire du secret n'est au demeurant soumis à aucune forme, de sorte qu'il peut avoir été donné implicitement.⁷⁶

b) Secret professionnel et droit des successions

Quant au droit des successions, la question est de savoir dans quelle mesure celui-ci imposerait à l'avocat de renseigner les héritiers nonobstant le secret professionnel. Le droit privé suisse ne connaissant pas de droit général à être renseigné⁷⁷ et le secret

64 Cf. notamment art. 4.4 CDAE et 27 LPav Ge; SOLDATI (note 19), p. 226.

65 Loi fédérale du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA), RS 955.0.

66 Lévy (note 63), p. 525–528.

67 LPavGe, RSGe E 6 10.

68 ATF 135 III 597.

69 TF 5A_620/2007 du 7.1.2010.

70 ATF 132 III 677 = JT 2007 I 611, consid. 4 p. 618–621.

71 Idem consid. 4.2.4 p. 621 et ATF 133 III 664 consid. 2.5 p. 667.

72 ATF 135 III 597 consid. 3.1 et 3.3.

73 Idem consid. 3.4.

74 Idem consid. 3.3.

75 Cf. art. 405 al. 2 CO.

76 ATF 97 II 369.

77 ATF 132 III 677 = JT 2007 I 611 consid. 4.2.1 p. 619.

professionnel l'emportant sur le droit à l'information hérité du mandat, on l'a vu, il convient de rechercher si les héritiers bénéficiaires, le cas échéant à l'égard de l'avocat du défunt, d'un droit à l'information intrinsèque au droit des successions,⁷⁸ cela en vertu d'une disposition légale voire d'une interprétation jurisprudentielle de la loi.

Tout d'abord, le droit successoral impose seulement aux tiers de donner des renseignements à l'autorité et sur la situation financière du défunt en cas de bénéfice d'inventaire,⁷⁹ ce qui s'applique aussi à la liquidation officielle.⁸⁰ L'avocat serait donc susceptible d'être tenu par cette obligation, et là se trouve la question la plus délicate. Ensuite, la jurisprudence admet un devoir légal de renseigner à charge du tiers qui est potentiellement lié à l'héritier par une obligation de droit successoral, comme un donataire, ou du tiers possesseur de biens de la succession.⁸¹ Tel ne sera toutefois dans la règle pas le cas de l'avocat. Enfin, le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur une éventuelle application analogique aux tiers de l'obligation de renseigner incombant aux héritiers.⁸² A supposer qu'une telle application soit admise de manière générale, elle ne saurait à notre avis être étendue aux avocats sans égard au secret professionnel.

Dans son arrêt précité du 7 janvier 2010, le Tribunal fédéral a confirmé l'obligation d'une société de renseigner le liquidateur officiel sur les libéralités consenties par le défunt en faveur d'un trust. Il a considéré en outre que ladite société, à supposer qu'elle doive être considérée comme l'auxiliaire d'un avocat, ne pourrait se prévaloir du secret professionnel de celui-ci, ce d'autant plus que la planification financière d'une succession sortirait du cadre de l'activité spécifique d'avocat.⁸³ Ce considérant doit à notre avis être critiqué pour les deux raisons suivantes.

D'une part, au niveau de l'argument particulier tiré de l'activité spécifique de l'avocat, il est vrai que l'administration de personnes morales ou la gestion de patrimoine, le cas échéant par l'intermédiaire d'un auxiliaire, notamment dans une perspective successorale, sortent d'un tel cadre. Par contre, le conseil juridique donné au client pour planifier sa succession relève typiquement de la profession d'avocat. Dans le cas d'espèce, il aurait donc été sans doute plus juste de considérer que la société en cause ne pouvait pas être considérée comme un pur auxiliaire de l'avocat, parce qu'étant elle-même impliquée dans la gestion ou l'administration du patrimoine son activité allait au-delà des services typiques d'avocat.

D'autre part, au niveau du principe général, on ne saurait admettre que l'obligation de renseigner l'autorité chargée de l'inventaire ou le liquidateur officiel l'emporte systématiquement sur le secret professionnel de l'avocat. En effet, l'article 581 al. 2 CC, qui stipule que «celui qui possède des renseignements sur la situation financière du défunt doit sous sa responsabilité les

donner à l'autorité si elle le requiert», pose une règle de portée relativement générale qui vise n'importe quel tiers. A défaut pour la loi successorale de stipuler expressément que l'obligation s'impose nonobstant le secret professionnel, les règles relatives à ce dernier doivent être considérées comme *lex specialis*, propres à l'emporter sur celles du droit successoral, à l'instar de ce qui a été jugé par rapport au droit du mandat. Ce raisonnement s'imposerait *a fortiori* dans l'hypothèse où l'on admettrait une obligation générale de renseigner les héritiers.

Certes, le dilemme est important car il faut admettre avec la jurisprudence que le droit des héritiers doit être protégé de manière large.⁸⁴ Or cela implique en principe que leur soient communiqués tous les renseignements pouvant apparaître objectivement pertinents quant à la consistance de la succession, en particulier sur les libéralités entre vifs potentiellement sujettes à réduction ou à rapport.⁸⁵ De plus, ce droit à l'information au sens large n'est pas limité à la situation au jour du décès mais porte aussi sur les affaires antérieures pertinentes.⁸⁶

Toutefois, le secret professionnel constitue, comme on l'a vu à propos de l'information due aux tiers, un droit et devoir fondamental et primordial de l'avocat, essentiel à l'Etat de droit, qui s'impose à lui, à l'égard de quiconque, pour toutes les affaires relevant de l'exercice de sa profession. Ainsi, à la différence du principe prévalant en matière de secret bancaire,⁸⁷ il est admis par la doctrine majoritaire⁸⁸ et dans l'arrêt du 15 septembre 2009⁸⁹ que la faculté de relever l'avocat de son secret est un droit strictement personnel auquel les héritiers ne succèdent pas.

Le dilemme, entre l'intérêt des héritiers et l'intérêt au secret du défunt client voire de tiers, ne peut être à notre avis tranché que dans le cadre de la levée du secret par l'autorité de surveillance, et en définitive de la conscience de l'avocat. Dans les cas où le client a expressément donné à son avocat la consigne de garder certains faits secrets à l'égard de ses héritiers, ou si une telle obligation découle de la nature du mandat confié, ou encore si non seulement le défunt mais aussi un tiers sont les bénéficiaires du secret, ce dernier ne devrait à notre sens pas être révélé, même en matière patrimoniale. Vu cependant l'incertitude juridique régnant sur la question, l'avocat devrait informer son client du risque qu'il soit contraint de renseigner.

V. La responsabilité pour la violation du devoir d'information

1. Responsabilités contractuelle et extracontractuelle, pénale et disciplinaire

La responsabilité découlant de la violation par l'avocat de son devoir d'information à l'égard de son client est essentiellement

78 Idem consid. 4.2.4 p. 621.

79 Art. 581 al. 2 CC.

80 TF 5A_620/2007 du 7. 1. 2010 consid. 7. 1.

81 ATF 132 III 677 = JT 2007 I 611, consid. 4.2.4 p. 621.

82 Idem consid. 4.2.2 et art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC.

83 TF 5A_620/2007 du 7. 1. 2020 consid. 7.3.2.

84 ATF 127 III 396 = JT 2002 I 299, consid. 3 p. 304.

85 Idem ainsi que ATF 132 III 677 = JT 2007 I 611, consid. 4.2.2 p. 620.

86 TF 5A_620/2007 du 7. 1. 2010 consid. 7. 1.

87 ATF 133 II 664 consid. 2.5 et 2.6.

88 ATF 135 III 597 consid. 3.2.

89 Idem consid. 3.3.

une responsabilité contractuelle. Théoriquement, l'avocat pourrait aussi assumer une responsabilité précontractuelle, ce qui devrait toutefois être exceptionnel vu la présomption d'acceptation immédiate du mandat professionnel (art. 395 CO).

Une responsabilité fondée sur la confiance est aussi envisageable. Envers le client, on ne voit guère qu'elle puisse revêtir une portée indépendante. En revanche, elle pourrait être invoquée par un tiers, en particulier pour la délivrance de renseignements erronés.⁹⁰ Vu toutefois les conditions posées par la jurisprudence en la matière, confiance et attentes éveillées puis déçues dans le cadre d'un rapport particulier et proximité chronologique,⁹¹ les cas où l'avocat pourrait être recherché par un tiers pour renseignements ou avis inexacts devraient en principe être limités à celui de «third party Legal opinion», d'avis ou de renseignements propres à avoir des tiers pour destinataires.⁹²

Une violation du devoir d'information est susceptible de constituer un acte illicite engageant la responsabilité extracontractuelle de l'avocat. Toutefois, les règles professionnelles de l'article 12 LLCA visent à réglementer la profession dans un but d'intérêt public et non pas à protéger le patrimoine des clients.⁹³ Par conséquent, la responsabilité délictuelle ne devrait pratiquement concerner que des cas où une infraction pénale a été commise. Pour le client, ce chef de responsabilité ne serait du reste guère utile vu le concours d'actions. A l'égard des tiers en revanche, sous réserve de la responsabilité fondée sur la confiance, la responsabilité de l'avocat ne pourra être engagée que sur la base délictuelle.⁹⁴

Dans des cas exceptionnels, la violation du devoir d'information de l'avocat, que ce soit à l'égard de son client, de tiers ou de l'autorité, qu'il s'agisse d'omission ou de faux renseignements, peut relever du pénal,⁹⁵ notamment d'infractions contre le patrimoine, comme la gestion déloyale ou l'abus de confiance, ou de délits contre l'administration de la justice, en particulier le blanchiment et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières. C'est toutefois dans le cadre disciplinaire professionnel seulement que la plupart des violations du devoir d'information sont poursuivies, indépendamment de leur sanction contractuelle, avec le cas échéant une incidence préjudicielle sur la responsabilité envers le client ou envers les tiers.

2. La responsabilité contractuelle

a) Le régime de responsabilité

La responsabilité contractuelle du mandataire est selon la jurisprudence soumise au régime général de l'article 97 CO.⁹⁶ En

pratique, la responsabilité de l'avocat est presque toujours recherchée à raison de la mauvaise exécution, essentiellement du défaut de diligence. Les cas d'inexécution totale, d'impossibilité ou de demeure apparaissent devoir être marginaux parce que le mandat n'implique pas une obligation de résultat et qu'il peut être révoqué ou répudié en tout temps. La mauvaise exécution du mandat connaît en réalité deux types de sanction; d'une part l'action en dommages-intérêts pour inexécution selon le régime général et d'autre part la perte totale ou partielle du droit aux honoraires.⁹⁷

Aux termes de la jurisprudence, l'action en dommages-intérêts du mandant est donc soumise à quatre conditions classiques que sont la violation du contrat, le préjudice et la causalité ainsi que la faute, qui est présumée mais dont le mandataire est censé pouvoir s'exculper.⁹⁸ La doctrine débat de la condition de faute car, le mandat étant caractérisé par une obligation de moyens, on peut soutenir avec pertinence que la violation du contrat se confond avec la faute, la preuve du défaut de diligence prouvant du même coup la faute.⁹⁹ Il apparaît donc contradictoire de demander d'un côté au mandant de prouver le défaut de diligence et de l'autre au mandataire de prouver qu'il n'a pas commis de faute.

Ce débat apparaît toutefois assez théorique. En pratique, le client qui veut agir contre son avocat supportera le fardeau de la preuve d'une négligence de ce dernier. Il administrera celle-ci en démontrant, d'une part, l'étendue de la diligence qu'il était objectivement en droit d'attendre de son mandataire compte tenu des circonstances et, d'autre part, que celui-ci n'a pas agi conformément à une telle diligence. Si cette preuve est rapportée, la possibilité pour l'avocat d'invoquer une preuve libératoire est quasiment inexistante, sauf dans des situations tout à fait exceptionnelles.

Les conditions relatives au dommage et à la causalité, dont la preuve incombe au mandant demandeur, sont soumises aux principes ordinaires. S'agissant de la responsabilité de l'avocat, notamment pour insuffisance de conseils ou d'informations, il faut en particulier se demander quelle tournure l'affaire aurait prise et comment le patrimoine du mandant aurait évolué si le mandataire n'avait pas violé son devoir.¹⁰⁰ Pour cette causalité hypothétique, il convient de se fonder sur le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie. Jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'a pas fait sienne la jurisprudence allemande selon laquelle le défaut d'information fait présumer que le mandant aurait renoncé à l'affaire s'il avait été correctement informé.¹⁰¹

90 ATF 130 III 345 = SJ 2004.461, consid. 2 p. 464–466; ATF 124 III 363 = JT 1999 I 402, consid. 5 b p. 408.

91 ATF 130 III 345 précité, ibidem; ATF 134 III 449 = JT 2008 I 325, consid. 4.1 p. 327–328; TF 4C.202/2002 du 30.10.2002 consid. 4.1; TF 4C.237/1999 du 4.1.2000 consid. 2 b.

92 DU PASQUIER/FISCHER (note 45), p. 557.

93 DU PASQUIER/FISCHER (note 45), p. 556.

94 FELLMANN Haftung, p. 186.

95 Pour le cas d'un notaire: TF 6B.530/2008 du 8.1.2009 consid. 3.2.

96 Notamment ATF 128 III 22 consid. 2 b p. 24; TF 4C.42/2006 du 28.6.2006 consid. 2.1; TF 4C.193/2001 du 14.5.2002 consid. 2.3.

97 ATF 124 III 423 = JT 1999 I 462, consid. 3 b p. 465–466; ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, consid. 2 a p. 303.

98 ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, consid. 5 a p. 200; TF 4A.38/2008 du 21.4.2008 consid. 2.1; TF 4C.225/2000 du 8.3.2001 consid. 2.a; FELLMANN BK, art. 398 N° 332; FELLMANN Haftung, p. 187; WEBER BaK, art. 398 N° 32.

99 WERRO CR, art. 398 N° 38.

100 ATF 128 III 22 consid. 2 d p. 26 et cc p. 27; ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, consid. 5 a p. 200; ATF 124 III 155 = JT 1999 I 125, consid. 3 d p. 135; TF 4C.256/2006 du 12.10.2006 consid. 5.4; TF 4C.381/2004 du 28.6.2005 consid. 2.1–2.2.

101 TF 4A.38/2008 du 21.4.2008 consid. 2.2–2.5.

b) Le défaut de diligence

L'étendue du devoir de diligence de l'avocat, notamment en matière d'information, se détermine selon des critères objectifs¹⁰² et selon les circonstances du cas particulier¹⁰³. Pour définir la diligence raisonnablement exigible, il convient donc de considérer, en particulier au regard des règles et usances de la profession, quel aurait été le comportement d'un mandataire consciencieux placé dans la même situation.¹⁰⁴ Il est en principe exclu que l'avocat puisse invoquer à sa décharge des circonstances personnelles, en particulier son ignorance du droit ou ses compétences insuffisantes dans un domaine particulier.¹⁰⁵ Sous réserve des particularités du mandat confié, qui peut impliquer des exigences accrues, le critère sera celui de tout avocat ayant des connaissances et une capacité professionnelle moyennes. En bref, l'avocat méconnaît son devoir de diligence si le manquement qui lui est reproché représente la violation de règles généralement reconnues et admises.

Le fardeau de la preuve d'un manquement à la diligence due, qui vaut en pratique preuve à la fois de la violation du contrat et de la faute, incombe au client lésé. En principe, surtout si elle a fait l'objet d'une décision disciplinaire, la violation d'une règle professionnelle ou déontologique, si cette dernière a en tout ou partie pour but de protéger les intérêts du client, démontrera la violation de la diligence due. A l'inverse, le respect de telles règles démontrera l'absence de manquement à la diligence.¹⁰⁶ En effet, vu notamment le caractère très général de la norme professionnelle imposant à l'avocat d'exercer sa profession avec soin et diligence, on imagine mal que faute professionnelle et faute contractuelle ne se recoupent pas.

L'avocat répond en principe de toute faute professionnelle, sa responsabilité n'étant pas limitée à la faute lourde, à la négligence grave, mais étant aussi engagée en cas de faute légère, en particulier par négligence et omission.¹⁰⁷ Le degré de gravité de la faute ne peut influencer que sur l'étendue de la réparation (art. 99 al. 3 et 43 al. 1 CO). De même cette dernière devra le cas échéant tenir compte de la faute concomitante du client, par exemple si celui-ci a fourni à son avocat des renseignements inexacts (art. 44 al. 1 CO).¹⁰⁸ Aussi, si l'on peut à grands traits esquisser les contours de la diligence incombant à l'avocat en matière d'information, tout cas particulier de responsabilité doit en définitive être résolu à la lumière des circonstances concrètes.

Dans ce cadre, le Tribunal fédéral considère que l'avocat «*exerce une activité qui comporte un risque dont il faut tenir*

compte du point de vue de la responsabilité civile», en particulier «*pour qualifier une manière d'agir d'acceptable ou d'inacceptable*». Par conséquent, l'avocat ne répond pas nécessairement de chaque omission qui, rétrospectivement, aurait pu éviter un dommage et il faut tenir compte «*de certaines imperfections humaines mineures qui se manifestent nécessairement lors de l'exercice d'une telle profession empreinte de risques*». ¹⁰⁹ Le risque du métier concerne sans doute d'abord l'activité de conseil de l'avocat, en particulier dans le domaine judiciaire. Toutefois, vu la très fréquente imbrication du conseil et de l'information, les considérants qui précèdent méritent certainement de trouver application en matière d'information.

c) Les conséquences de la responsabilité

Le manquement de l'avocat à son devoir de diligence peut, selon la jurisprudence, être contractuellement sanctionné de deux façons. D'une part, «*la violation objective du devoir de diligence entraîne la perte du droit aux honoraires et au remboursement des frais consentis pour l'exécution du mandat*», en tout ou partie selon que les prestations sont totalement ou partiellement utiles au mandant. D'autre part, si cette violation «*occasionne un dommage au mandant et qu'elle se double d'une faute de l'avocat, le client pourra obtenir des dommages-intérêts*», cela conformément aux dispositions générales sur l'inexécution.¹¹⁰

Même en cas d'exécution défectueuse du mandat, le mandataire a droit à des honoraires pour l'activité qu'il a exercée en conformité avec le contrat. Ce n'est que dans le cas où l'exécution défectueuse est assimilable à une totale inexécution, parce que la prestation se révèle inutile ou inutilisable, que le mandataire perd tout droit à une rémunération. Par ailleurs, lorsque les effets de l'absence de diligence ont été corrigés et qu'il n'en résulte pas de préjudice pour le mandant, le travail du mandataire doit être honoré. De même, si le mandataire prend à sa charge le préjudice causé par la mauvaise exécution, son droit aux honoraires subsiste.¹¹¹

Il peut donc y avoir cumul entre le droit à la réduction des honoraires et celui à des dommages-intérêts, de même qu'il peut y avoir compensation entre créance d'honoraires et prétention en dommages-intérêts. Pour des manquements au devoir d'information, on imagine difficilement la seule réduction ou suppression de la rémunération, à moins que le mandat ait eu pour simple objet la fourniture d'informations ou que l'inexactitude des renseignements donnés ait été découverte par le client avant toute action préjudiciable. En pratique, la violation par l'avocat de son devoir d'information devrait donc déboucher sur le droit à des dommages-intérêts, que le client peut faire valoir lorsque les autres conditions de la responsabilité civile sont remplies.

102 ATF 127 III 328 = JT 2001 I 254, consid. 3 p. 257; ATF 120 III 248 consid. 2 c p. 260; ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, consid. 2 a p. 302.

103 ATF 134 III 534 consid. 3.2.1 p. 538; ATF 127 III 328 = JT 2002 I 92, consid. 1 c p. 195.

104 FELLMANN BK, art. 398 N° 355; TERCIER N° 4665.

105 FELLMANN Haftung, p. 209–210; WERRO CR, art. 398 N° 14 et 40.

106 TERCIER N° 4671.

107 ATF 120 II 248 = JT 1995 I 559, consid. 2 c p. 560; ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, consid. 3 a s. p. 304.

108 ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, consid. 4 b p. 306; TF 4C.193/2001 du 14.5.2002 consid. 2.5.

109 ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, consid. 1b–c p. 194–195, confirmé notamment par ATF 134 III 534 consid. 3.2.2 p. 537.

110 ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, consid. 2 a p. 303.

111 ATF 124 III 423 = JT 1999 I 462, consid. 3 b p. 465–467.

VI. Conclusion

La profession d'avocat s'exerce aujourd'hui dans un monde où l'information sous toutes ses formes tient une place de plus en plus importante. Cela résulte à la fois du développement des technologies, Internet notamment, de l'internationalisation des échanges de toutes sortes et de la complexité croissante des cadres qui gouvernent les rapports sociaux, économiques et juridiques.

L'exercice de la profession n'échappe pas à cette évolution et aux risques qui en découlent. Par rapport à l'activité traditionnelle de représentation en justice, les avocats consacrent une large part de leur travail au conseil voire à des activités extérieures à la profession, comme l'administration de sociétés ou de patrimoines. Parallèlement, la mobilité interne et internationale des avocats va croissant, la profession connaît la concurrence des groupes fiduciaires, les cabinets internationaux se développent et l'on débat des cabinets pluridisciplinaires.

Dans ce contexte général et professionnel, l'avocat d'aujourd'hui n'est pas seulement appelé à recourir aux techniques modernes de l'information et de la communication. Il doit également répondre aux attentes et aux besoins accrus de ses clients d'être régulièrement et précisément informés. Cette exigence est devenue l'un des principaux aspects de l'obligation de diligence de l'avocat en même temps qu'une condition essentielle de la confiance du client.

Avec l'unification des règles professionnelles et déontologiques en Suisse, la violation du devoir d'information sous l'angle de la responsabilité est ainsi appelée à jouer un rôle croissant, peut-être aussi important que celui de la «mauvaise pratique». A l'inverse, l'information dispensée de manière adéquate constituera pour l'avocat une protection contre les griefs de certains clients plus enclins à rechercher leur mandataire qu'à assumer leurs risques. ■

Dominik Zehntner*

Bei Straftat im Ausland weder Entschädigung noch Genugtuung

Stichworte: Opferhilfe, Opferhilfegesetz, unentgeltliche Rechtspflege, Soforthilfe, längerfristige Hilfe, Entschädigung, Genugtuung, Verwirklichungsfrist

Einleitung

Am 1. Januar 1993 ist das Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 4. Oktober 1991 in Kraft getreten. Bereits nach etwas mehr als sieben Jahren setzte der Bundesrat eine Expertenkommission ein, welche am 25. Juni 2002 einen Vorentwurf für eine Totalrevision des Gesetzes¹ präsentierte, der zum neuen Gesetz vom 23. März 2007 führte. Dieser Erlass steht seit dem 1. Januar 2009 in Kraft und wird seine nächste grosse Veränderung bereits im kommenden Jahr erfahren, indem die schweizerische Strafprozessordnung bis dahin in Kraft treten wird. Sämtliche Bestimmungen des Gesetzes, die dem Schutz des Opfers im Strafprozess gegen den Täter dienen und ihm bestimmte Rechte darin einräumen, werden dann in diese Prozessordnung übergeführt werden und aus dem Opferhilfegesetz verschwinden.² Sie werden damit auch von den «Opferrechtsjuristen» zu den «Strafrechtlern» übergehen, welche sich in erster Priorität auf die Täter konzentrieren. Es wird sich zeigen, ob dies für die Opfer zu einem Rückschritt im Sinne eines teilweisen Verlusts ihres durch die Einführung des Opferhilfegesetzes im Strafprozess neu gewonnenen Gewichts bedeuten wird. Zu wünschen wäre natürlich das Gegen-

teil, nämlich dass die «Strafprozessrechtler» gezwungen sein werden, sich vermehrt zu den sich auf die Opferrechte beziehenden Bestimmungen der Strafprozessordnung zu äussern und somit die Opfer verstärkt wahrzunehmen. Die Richterinnen und Richter können die sich auf die Opfer beziehenden Bestimmungen demselben Erlass entnehmen, den sie für die Abwicklung des Verfahrens anzuwenden haben. Auch diese Tatsache könnte helfen, die Wahrnehmung der Opfer und ihrer Anliegen im Strafprozess, dessen primäres Ziel es nach wie vor ist, die Schuld des Angeklagten festzustellen und allenfalls die korrekte Sanktion festzulegen, zu fördern. Die Zukunft wird es zeigen.

I. Was ist unverändert?

Nicht alles wurde im neuen Gesetz verändert. Die Grundstrukturen des ersten Erlasses sind geblieben, indem die darin enthaltenen drei Pfeiler der Beratung, des Schutzes und der besonderen Rechte im Strafverfahren und der Entschädigung und Genugtuung übernommen wurden. Viele grundlegende Regelungen wurden beibehalten, jedoch etwas ausführlicher und unter Berücksichtigung der dazu ergangenen Rechtsprechung redigiert.³ So wurde der Begriff des Opfers nicht verändert. Ein Opfer ist immer noch eine natürliche Person, welche durch eine Straftat in ihrer

* Advokat, indemnité Basel.

1 Erläuternder Bericht der Expertenkommission für die Revision des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 25. Juni 2002.

2 ZEHNTNER, OHG-Kommentar 2009, Einleitung N 11/17.

3 ZEHNTNER (Fn. 2), Einleitung N 9.

körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist.⁴ Die Angehörigen des Opfers wurden vom neuen Gesetz ebenfalls erfasst, auch wenn ihre Rechte nicht mehr in einer generellen Bestimmung, sondern im Rahmen jedes Pfeilers separat aufgeführt werden. Der Inhalt der einzelnen Bereiche, die mit dem ersten Gesetz geschaffen worden sind, blieb weitgehend bestehen und wurde zum Teil etwas detaillierter formuliert.⁵ Dies gilt ebenso für die Subrogation der staatlichen Opferhilfe im Fall ihrer Leistungserbringung und für das Quotenvorrecht gegenüber dem Opfer und ebenfalls leistenden Dritten.⁶ Nach wie vor sind im Beratungspfeiler neben der eigentlichen Beratung durch die Beratungsstellen oder beauftragte Dritte die Soforthilfe und die längerfristige Hilfe in Form offen definierter Leistungen vorgesehen. Die Soforthilfe bleibt wie die Eigenleistungen der Beratungsstellen unentgeltlich.⁷ Sie ist durch ihre zeitliche Dringlichkeit für das Opfer definiert und damit von der nicht stets unentgeltlichen längerfristigen Hilfe abgegrenzt.⁸ Auch die Entschädigung der Opfer ist weiterhin vorgesehen, wobei die Höchstgrenze auf CHF 120 000 angehoben worden ist.⁹

Das Grundprinzip der Subsidiarität der staatlichen Leistungen gegenüber Ansprüchen bei anderen Leistungserbringern bleibt auch im neuen Gesetz bestehen und erfährt in Art. 4 OHG eine Präzisierung.¹⁰ Nur bei der Beanspruchung von Soforthilfe ist es nicht notwendig, zuvor gegenüber dem staatlichen Leistungserbringer glaubhaft zu machen, dass keine oder keine genügenden Leistungen Dritter erbracht werden (Art. 4 Abs. 2 OHG), aber das Prinzip der Subsidiarität gilt auch dort.¹¹ Diese Regelung ist allerdings aus Art. 1 aOHV bereits bekannt.

II. Die Änderungen

Natürlich wird die Totalrevision eines Gesetzes nicht allein zur detaillierteren Formulierung seines Textes durchgeführt. Mit der Totalrevision des Opferhilfegesetzes wurden vielmehr wesentliche Änderungen vorgenommen, welche zum einen Teil die Situation der Opfer verbessern, deren Ansprüche und Rechte zum anderen Teil jedoch in erheblicher Weise einschränken oder gar aufheben. Die wichtigsten dieser Änderungen und ihre Auswirkungen sollen hier kurz umschrieben werden.

1. Verwirkungsfrist

Im alten Gesetz war eine sehr kurze Verwirkungsfrist zur Geltendmachung der Ansprüche des Opfers oder seiner Angehörigen auf eine Entschädigung oder Genugtuung von lediglich zwei Jahren vorgesehen. Das Bundesgericht entwickelte dazu eine Rechtsprechung, mit welcher versucht wurde, die Folgen der Kürze dieser Frist für jene Opfer, die aus verschiedenen Gründen

diese nicht eingehalten haben, aufzuheben. So wurde festgelegt, dass ihnen deren Ablauf nicht entgegen gehalten werden könne, wenn die den Durchführungsorganen obliegende Informationspflicht nicht erfüllt worden ist.¹² Auch wurde der Zeitpunkt einer Tatbegehung aus opferhilferechtlicher Sicht so definiert, dass auch bei einem stark verzögerten Erfolgseintritt die kurze Verwirkungsfrist einen Entschädigungsanspruch nicht verhindern konnte.¹³ Die Situation der minderjährigen Opfer, deren Ansprüche ebenfalls innerhalb der zweijährigen Frist geltend zu machen waren, wurde aber nie befriedigend geklärt. Mit der neuen Regelung wurde nicht nur die Frist, die weiterhin als Verwirkungs- und nicht als Verjährungsfrist ausgestaltet ist, auf fünf Jahre verlängert, sondern für junge Opfer bis zum vollendeten 25. Alterjahr festgelegt.¹⁴ Zudem können die Opfer und Angehörigen ihre Ansprüche bis ein Jahr nach dem endgültigen Entscheid über ihre Zivilansprüche im Strafverfahren oder nach Einstellung desselben noch geltend machen, auch wenn dieser Zeitpunkt mehr als fünf Jahre nach der Tatbegehung liegen sollte und noch keine Entschädigung oder Genugtuung nach dem Opferhilfegesetz beantragt worden ist.¹⁵

2. Erweiterung der Unentgeltlichkeit

Bereits unter dem alten Gesetz war festgelegt, dass das Verfahren zur Beanspruchung einer Entschädigung oder Genugtuung unentgeltlich ist. Neu wurde nun ergänzt, dass diese Unentgeltlichkeit des Verfahrens auch im Rahmen des ersten Gesetzespfeilers gilt. Damit sind sämtliche Verfahren zur Durchsetzung der Ansprüche von Opfern oder ihren Angehörigen gegenüber den staatlichen Stellen vom Prinzip der Unentgeltlichkeit geprägt.¹⁶ Einzig im Falle von mutwilliger Prozessführung ist dies nicht der Fall.¹⁷ Als mutwillig hat dabei das Abstützen auf einen wesentlich oder offensichtlich falschen Sachverhalt oder das Festhalten an einer klar ungesetzlichen Rechtsauffassung zu gelten. Alleinige Aussichtslosigkeit im Sinne der Rechtsprechung zur Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege genügt dafür nicht. Es bedarf zusätzlich eines tadelnswerten Elements.¹⁸

3. Definitive unentgeltliche Rechtspflege

Anders als in anderen Rechtsgebieten ist die Gewährung des Kostenerlasses für das Opfer seit dem 1. Januar 2009 definitiv.¹⁹ Wird einem Opfer oder Angehörigen in einem Straf- oder Zivilprozess gegen den Täter bezüglich die Folgen der Straftat die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, ist diese auch dann nicht mehr rückforderbar, wenn der Empfänger dieser Rechtswohlthat später zu Wohlstand gelangt.

4 ZEHNTNER (Fn. 2), Art. 1 OHG N 3 ff.

5 ZEHNTNER, (Fn. 2), Art. 1 OHG N 48 ff.

6 GOMM, OHG-Kommentar 2009, Art. 7 OHG N 1 ff.

7 ZEHNTNER (Fn. 2), Art. 8 OHG N 2.

8 ZEHNTNER (Fn. 2), Art. 13 OHG N 2.

9 Art. 20 Abs. 2 OHG.

10 GOMM (Fn. 6), Art. 4 N 1 ff.

11 GOMM (Fn. 6), Art. 4 OHG N 19.

12 BGE 123 II 241.

13 BGE 126 II 348; 134 II 308.

14 Art. 25 Abs. 2 OHG.

15 Art. 25 Abs. 3 OHG.

16 Art. 30 Abs. 1 OHG.

17 Art. 30 Abs. 2 OHG.

18 BGE 124 V 285; ZEHNTNER (Fn. 2), Art. 30 OHG N 4 ff.

19 Art. 30 Abs. 3 OHG.

4. Abgrenzungen

Wie bereits für die Abgrenzung der Soforthilfe von der längerfristigen Hilfe kurz angetönt, wurden die Grenzen zwischen den einzelnen Leistungskategorien etwas schärfer gezogen. In Art. 13 Abs. 1 OHG ist nun klar festgehalten, dass die Soforthilfe stets dann zu leisten ist, wenn Dringlichkeit dafür vorliegt. Die Dringlichkeit bezieht sich dabei auf die Bedürfnisse des Opfers, welche mannigfaltiger Natur (Finanzen, juristische Beratung etc.) sein können.²⁰ Eine unmittelbare Nähe zum Zeitpunkt der Begehung der Straftat ist dafür nicht Voraussetzung, was das Bundesgericht bereits unter dem alten Gesetz so entschieden hat.²¹

Die längerfristige Hilfe kann grundsätzlich über ihren Zweck, nämlich die Rückführung des Opfers in den Vorzustand, vom Anspruch auf Entschädigung abgegrenzt werden. Sie ist bis zu jenem Zeitpunkt zu leisten, in welchem sich der gesundheitliche Zustand des Opfers stabilisiert hat und bis die übrigen Folgen der Straftat beseitigt oder ausgeglichen sind.²² Für die Beseitigung der gesundheitlichen Folgen der Straftat kann man sich an die Rechtsprechung zu Art. 19 Abs. 1 UVG anlehnen. Danach ist ein Zustand zu erreichen, bei welchem anzunehmen ist, dass eine wesentliche Verbesserung durch weitere therapeutische Massnahmen nicht mehr zu erreichen ist.²³ Für die nicht medizinischen Belange liegt die Grenze der längerfristigen Leistungen dort, wo weitere Massnahmen nicht mehr dazu dienen können, den vor der Straftat bestehenden Zustand wieder zu erreichen.²⁴ Erst nach dem Erreichen dieses Zustands beginnt der Entschädigungsanspruch des Opfers, welcher betragsmässig limitiert ist. Als weitere Grenze ist die Notwendigkeit der Hilfe zu erwähnen, welche jeweils dann als erreicht gilt, wenn das Opfer selbst in der Lage ist, eine Massnahme zu treffen und dafür keine Hilfe mehr benötigt.²⁵ Leistungen, die unter dem Titel der Soforthilfe oder der längerfristigen Hilfe erbracht werden können, dürfen nicht bei der Bemessung des Entschädigungsanspruchs einbezogen werden.²⁶

5. Sparübungen

Verschiedene durch die Revision erfolgte Änderungen dienen dem Ziel, die Ausgaben der Kantone, die sich aus der Opferhilfe ergeben, einzudämmen. Dies stellte eine Hauptanforderung der Kantone an die Gesetzesrevision dar.²⁷ Die Umsetzung dieser Zielsetzung erfolgte über die Eingrenzung der territorialen Anwendbarkeit des Gesetzes, über die teilweise Abkoppelung der Schadensbestimmung vom Haftpflichtrecht und über die Beschränkung der Genugtuungsleistungen sowohl für die Opfer selbst als auch für seine Angehörigen.

6. Territorialität

Das alte Opferhilfegesetz schränkte die Ansprüche der Opfer und seiner Angehörigen für Ansprüche aus dem ersten Pfeiler (Beratung) in keiner Weise ein. Das Bundesgericht hat aber in zwei Grundsatzentscheiden bestimmt, dass eine gewisse Anbindung des Opfers an die Schweiz als Voraussetzung für einen solchen Anspruch bestehen müsse.²⁸ Es forderte entweder die schweizerische Nationalität oder den Wohnsitz in der Schweiz dafür. Unter dem neuen Recht werden diese Ansprüche gemäss Art. 17 OHG nur noch Personen gewährt, die ihren Wohnsitz in der Schweiz haben, und zwar sowohl im Zeitpunkt der Tatbegehung als auch in jenem der Stellung des Gesuchs. Stellen Angehörige ein Gesuch, gilt dasselbe für sie selbst und auch das Opfer. Als zusätzliche Voraussetzung gilt, dass der Staat, in welchem die Straftat begangen worden ist, keine oder keine genügende Leistungen erbringt. Nach Auffassung des Schreibenden hat der Nachweis für das Vorhandensein solcher Leistungen von der Behörde erbracht zu werden, ansonsten die nutzbringende Hilfeleistung in solchen Fällen illusorisch würde.

Altrectlich war es noch möglich, auch bei Straftaten, die im Ausland begangen worden sind, eine Entschädigung oder Genugtuung zu beanspruchen, wenn das Opfer sowohl die schweizerische Nationalität aufwies als auch Wohnsitz in der Schweiz hatte. Dies erlaubte es im berühmt gewordenen Luxor-Fall, als eine Reisegruppe mit vielen Teilnehmenden aus der Schweiz bei der Besichtigung des Hatschepsut-Tempels am 17. November 1997 von Terroristen niedergemetzelt worden ist, solche Leistungen gestützt auf das Opferhilfegesetz zu erbringen. Das neue Gesetz würde dies nicht mehr erlauben, da in dessen Art. 3 Abs. 2 unmissverständlich festgehalten wird, dass bei Straftaten im Ausland weder Entschädigungen noch Genugtuungen geleistet werden.

7. Schadensbegrenzung

Grundsätzlich bestimmt sich der Schaden, den ein Opfer erlitten hat, nach den Prinzipien, die auch im Haftpflichtrecht gültig sind.²⁹ Dies wird in Art. 19 Abs. 2 OHG auch ausdrücklich erwähnt, indem dafür auf die Art. 45 und 46 OR verwiesen wird. Der Sachschaden wird nicht abgegolten.³⁰ Schadenspositionen, die Leistungen der Soforthilfe oder der längerfristigen Hilfe auslösen können, dürfen bei der Schadensbemessung nicht berücksichtigt werden und können damit für die Bestimmung der Entschädigung auch keine Rolle spielen.³¹ Als wesentliche Abweichung zum Haftpflichtrecht hat der Gesetzgeber vorgesehen, dass für die Abgeltung des Haushalts- und auch des Betreuungsschadens nicht die vom Bundesgericht dazu entwickelten Regeln des so genannten normativen Schadens anzuwenden sind. Vielmehr gilt auch in diesen Bereichen das Prinzip der konkreten Schadensbemessung. Es wird vorgeschrieben, dass entweder die Entstehung zusätzlicher

20 ZEHNTNER (Fn. 2), Art. 13 N 1.

21 1A.38/1997.

22 Art. 13 Abs. 2 OHG.

23 ZEHNTNER (Fn. 2), Art. 13 N 7.

24 ZEHNTNER (Fn. 2), Art. 13 N 9.

25 ZEHNTNER (Fn. 2), Art. 13 N 10.

26 Art. 19 Abs. 3 OHG.

27 ZEHNTNER (Fn. 2), Einleitung N 10.

28 BGE 126 II 228, 128 II 107.

29 GOMM (Fn. 6), Art. 19 N 4 ff.

30 Art. 19 Abs. 3 OHG.

31 Art. 19 Abs. 3 OHG.

Kosten oder die dadurch notwendig gewordene Reduktion der Erwerbstätigkeit nachgewiesen werden muss. Wie unter solchen Umständen diese Schadenspositionen zu bestimmen sein werden, ist noch nicht gerichtlich definiert worden.³²

Mit der Einführung von Art. 28 OHG ist die Zinszahlungspflicht aus dem Opferhilfegesetz ausdrücklich und definitiv gestrichen worden. Auch bei grossen Verzögerungen bei der Entscheidung über den Anspruch und im Falle der Verschleppung eines diesbezüglichen Verfahrens kann die Behörde deshalb nicht zu einer Zinszahlung verpflichtet werden. Ergibt sich allerdings während dieser Zeitdauer eine Teuerung, ist sie an das betroffene Opfer zu vergüten.³³ Es bleibt zu hoffen, dass der ausdrückliche Ausschluss eines Zinsanspruchs nicht dazu führen wird, dass die Ansprüche der Opfer noch zusätzlich geschmälert werden. Immerhin hat der Gesetzgeber sich veranlasst gesehen, im Sozialversicherungsrecht in einem gewissen Mass eine Zinspflicht für den säumigen Leistungserbringer vorzusehen (Art. 26 Abs. 2 ATSG), was erahnen lässt, dass eine vollständige Befreiung von dieser Verpflichtung eher zu Verzögerungen in der Bestimmung und Auszahlung der Guthaben führen dürfte.

8. Genugtuungslimiten

Hauptsächlich auf Wunsch der leistungsbelasteten Kantone hat der Gesetzgeber die Bemessung der Genugtuungssummen von der Entwicklung im Haftpflichtrecht abgekoppelt und jeweils ein Höchstmass für die Opfer selbst und die Angehörigen festgelegt. Opfer selbst können danach höchstens 70 000 Franken und Angehörige 35 000 Franken als Genugtuung für die Folgen einer Straftat von der staatlichen Entschädigungsbehörde beanspruchen.³⁴ Der auch im Haftpflichtrecht geltende Grundsatz, wonach die Genugtuung nach der Schwere der Beeinträchtigung

bemessen wird, ist im Gesetz ausdrücklich festgehalten.³⁵ Allerdings werden damit andere Bemessungskriterien wie die Schwere der Schuld des Täters ausgeschlossen. Gestützt auf Art. 27 OHG kann jedoch das Mitverschulden des Opfers oder der Angehörigen zur Reduktion der von ihnen beanspruchten Genugtuung führen. Zudem hat unter Umständen das im Ausland wohnende Opfer eine Verminderung seines Anspruchs hinzunehmen, wenn die Höhe desselben im Hinblick auf die dort bestehenden Lebenshaltungskosten unverhältnismässig wäre.³⁶ Letztere Bestimmung stellt die Übernahme der bereits unter dem alten Gesetz entwickelten Rechtsprechung des Bundesgerichts dazu dar.³⁷ Wie bei der Bemessung des Schadens gilt es auch bei jener der Genugtuung darauf hinzuweisen, dass die besonderen Regeln des Opferhilfegesetzes dafür nur für opferhilferechtliche Ansprüche gegenüber dem Staat gelten und keinerlei Auswirkungen auf die haftpflichtrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Straftäter haben. Dort gelten die Regeln des Obligationenrechts oder die Bestimmungen des anzuwendenden Spezialgesetzes.³⁸

9. Fazit

Auch wenn die Begrenzung der Genugtuungssummen sowie der Ausschluss von gewissen Schadenspositionen aus der Entschädigung für Betroffene als bedauerlich anzusehen ist, wäre eine Revisionspause im Opferhilferecht wünschenswert, da das Entstehen einer gefestigten Praxis, welche als klare Orientierung für die anwendenden Organe zu dienen hat, sonst kaum möglich sein wird. Für die Opfer ist es von Bedeutung, zu wissen, dass möglichst klare Richtlinien für die sie betreffenden Entscheidungen bestehen, was belastende Auseinandersetzungen zu vermeiden hilft. ■

32 GOMM (Fn. 6), Art. 19 N 25 ff.

33 GOMM (Fn. 6), Art. 28 N 4.

34 Art. 23 Abs. 2 OHG.

35 Art. 23 Abs. 1 OHG.

36 Art. 27 Abs. 3 OHG.

37 BGE 125 II 554.

38 Z.B. SVG, Sprengstoffgesetz etc.

Zur Erinnerung

ad calendae graecas: am St. Nimmerleins-Tag. Die Griechen hatten keine Calendae (erster Tag des Monats); wer auf Calendae mit der Zahlung vertröstete, wollte niemals bezahlen. Diese Redensart stammt von Kaiser Augustus.

Reptilienfonds: eine «schwarze» Kasse. Kommt von Bismarck, der gewisse politische Intriganten als Reptilien bezeichnete, für deren Bekämpfung er einen aus deren enteignetem Vermögen gebildeten Fonds hatte.

Nassauer: jemand, der sich auf Kosten anderer einen Genuss verschafft. Wird zurückgeführt auf einen studentischen Freitisch, den die nassauischen Fürsten in Göttingen für ihre dort studierenden Landeskinder unterhielten und der bei sich bietender Gelegenheit auch von anderen Studenten mitbenützt wurde. Da der Ausdruck eindeutig aus Berlin stammt, scheint die Herleitung von hebräisch *nasson* = geben einleuchtender. Dort sagt man daher auch, etwas für *nass* bekommen = etwas kostenlos ergattern.

Kasuistik: (1) Zusammenstellung von Urteilen, aus der sich verallgemeinerbare Leitsätze ergeben können (vgl. Präjudiz/Präzedenzfall). (2) Ursprünglich eine Wissenschaft, die sich zur Beruhigung des Gewissens mit schweren Gewissenskonflikten, namentlich Pflichtenkonflikten, befasste. Besonders die Jesuiten waren spitzfindige Kasuisten. (3) In der Medizin die Beschreibung von Krankheitsfällen.

Urteilsschelte: in der germanischen Zeit die Kritik am Urteilsvorschlag eines Dinggenossen, die jeder andere Dinggenosse sofort vorbringen konnte (und musste). Die Urteilsschelte bedeutete den ehrenrührigen Vorwurf der bewussten Rechtsbeugung, weshalb es dann zum Zweikampf kam.

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

Philipp do Canto*

Fallstricke der Fristwahrung im Verwaltungsrecht

Stichworte: Fristwahrung, Beschwerdefristen, Verwaltungsverfahrenrecht, Gerichtskostenvorschuss

I. Überblick

Die Einhaltung prozessualer Fristen gehört zu den Kardinalspflichten des Anwaltsberufs. Die Fallhöhe ist bei Fristen deshalb hoch, weil Klienten unter Fristwahrung schlicht die rechtzeitige Vornahme einer Prozesshandlung verstehen dürfen. Praktiker kennen indessen die Unwägbarkeiten, die mit Fristen einhergehen. So sind zum einen organisatorische und technische Aspekte zu beachten, etwa bei der fristgerechten Einzahlung von Gerichtskostenvorschüssen. Zum andern stellen sich rechtliche Fragen des Fristenlaufs. Im Verwaltungsverfahren sind neben den Fristenregeln der betreffenden Instanz je nach Verfahrensgegenstand ergänzende oder abweichende Vorschriften des besonderen Verwaltungsrechts zu beachten. Diese Besonderheiten rechtfertigen es, nachfolgend einzelne Aspekte der Fristwahrung im öffentlichen Verwaltungsverfahren zu erörtern.

II. Organisatorisch-technischer Aspekt der Fristwahrung

1. Wenn der Prozess an einer Briefmarke hängt

Mithin stellen sich bei der Fristeinholung organisatorische und praktische Probleme, wie das folgende (wahre) Beispiel verdeutlicht: Eine Anwältin gibt am letzten Tag der Frist am Postschalter eine umfangreiche Rechtsschrift auf. Dabei stellt sie fest, dass sie nicht genug Bargeld für das Porto bei sich trägt. Die Schalterbeamtin stempelt das Paket und sagt der Anwältin, sie könne den Rest am folgenden Tag bezahlen, was diese befriedigt zur Kenntnis nimmt. Am nächsten Morgen sitzt indes eine andere Person am Schalter. Diese nimmt den Restbetrag entgegen, ersetzt den Stempel aber durch das neue Datum. Schliesslich habe die Anwältin das Porto erst jetzt beglichen, deshalb habe sie auch keinen Anspruch auf den Stempel mit dem Datum des Vortags. Quid? Das Beispiel zeigt auf, dass ein Prozess, selbst wenn ansonsten alles richtig gemacht wurde, an einer Briefmarke hängen kann.

2. Anwaltliche Sorgfaltspflichten

Die Beachtung von Fristen gehört zum Kern der prozessualen Sorgfaltspflicht der Anwältinnen und Anwälte, weshalb sie diesen besondere Aufmerksamkeit widmen müssen. Dies zum einen deshalb, weil die vertretene Partei die prozessualen Nachteile

der Fristversäumnis trägt,¹ zum andern, weil versäumte Fristen nur unter engen Voraussetzungen wieder hergestellt werden können (vgl. unten, IV.2). Das Bundesgericht hält in langjähriger Praxis fest, dass es Sache des Rechtsvertreters ist, «seinen Bureaubetrieb so zu organisieren, dass auch während seiner Abwesenheit die Fristen hätten eingehalten werden können».²

Während sich die Pflicht zur hinreichenden Organisation des Betriebs bereits aus dem Auftragsverhältnis zwischen Anwalt und Klient ergibt (Art. 398 OR), erfolgt die rechtliche Konkretisierung der Sorgfaltspflicht namentlich anhand der gerichtlichen Praxis zur Fristwahrung. Die hohen Anforderungen des Bundesgerichts bedingen u.a., dass die Anwältin bzw. der Anwalt interne und externe Hilfspersonen hinreichend instruiert, damit sowohl das eigene Sekretariat als auch Banken, die im Auftrag der Kanzlei oder von Klienten Zahlungen an Gerichte vornehmen, über die Bedeutung der Fristeinholung aufgeklärt sind.³

III. Verfahrensrechtliche Aspekte der Fristwahrung

Neben den organisatorischen Tücken, die sich, wie dargelegt, in der Praxis zur anwaltlichen Sorgfaltspflicht niederschlagen, enthalten auch die Fristenregelungen der Verfahrensordnungen der eidgenössischen Gerichte prozessuale Fallstricke. Mit der Revision der Bundesrechtspflege vom 17. Juni 2005 wurden die wichtigsten Fristenregelungen des Bundesverwaltungsgerichts und Bundesgerichts nunmehr miteinander weitgehend in Übereinstimmung gebracht, weshalb die Vorschriften nachfolgend gemeinsam dargelegt werden.

1. Regelung in den Verfahren des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts

Im Verfahren vor Bundesgericht regeln die Art. 44 ff. und 100 f. Bundesgerichtsgesetz⁴ die Fristen, wie bereits nach bisherigem Recht, einheitlich. Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind aufgrund des Verweises in Art. 37 Verwaltungsgerichts-

* Rechtsanwalt, Canto Legal, Zollikon.

1 GIOVANNI TESTA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwalts gegenüber dem Klienten, Diss., Zürich 2001, S. 67 m. w. H.; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.145; Zu den Sorgfaltspflichten allgemein WALTER FELLMANN, Haftung für fehlerhafte Rechtsberatung und Prozessführung, in: Peter Jung (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zürich 2007, S. 85–109.

2 BGE 60 II 352; 85 II 46 S. 48; 114 Ib 67 E. 2 d S. 71.

3 BGE 114 Ib 67 sowie BGE, Urteil 5A_30/2010 vom 23. März 2010, E. 4.

4 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110.

gesetz⁵ die Fristenregeln von Art. 20 ff. und 50 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) massgeblich. Diese gelten gleichzeitig auch für die Bundesbehörden i.S.v. Art. 1 VwVG.⁶ Sodann kommen je nach Gegenstand des Verfahrens Vorschriften des besonderen Verwaltungsrechts zur Anwendung, so etwa im Sozialversicherungsrecht oder im öffentlichen Beschaffungsrecht. Im Einzelnen:

a. Beginn

Fristen, die durch ein Ereignis oder durch Mitteilung ausgelöst werden, beginnen gemäss Art. 44 Abs. 1 BGG und Art. 20 Abs. 1 VwVG am folgenden Tage zu laufen. Dabei wird der Begriff der Mitteilung als Eintritt der Urkunde in den Machtbereich des Adressaten verstanden.⁷ Zu unterscheiden ist sodann die Auslösung der Frist, etwa durch die Eröffnung der Verfügung, vom eigentlichen Beginn der Frist: Fallen die Mitteilung oder das Ereignis auf einen Feiertag oder in die Gerichtsferien, so gilt der erste Tag nach dem Ende des Fristenstillstands als erster zählender Tag für die betreffende Frist.⁸ Dies gilt nunmehr auch im Verfahren des Bundesgerichts, nachdem der frühere Art. 32 Abs. 1 aOG noch eine andere Regelung vorsah. Die Beweislast für den Beginn der Frist liegt gemäss Lehre bei der eröffnenden Behörde.⁹

Vor Bundesgericht (Art. 44 Abs. 2 BGG) und Bundesverwaltungsgericht (Art. 20 Abs. 2^{bis} VwVG) gilt weiter die sog. Zustellungsfiktion, wonach eingeschriebene Mitteilungen am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt und damit Frist auslösend gelten.¹⁰ Die Zustellungsfiktion greift auch dann, wenn der Postbote von sich aus eine längere Abholfrist gewährt und die Rechtsvertreterin die Sendung erst am letzten Tag dieser Frist abholt.¹¹

b. Fristenstillstand

Allgemein lässt sich festhalten, dass nur «nach Tagen bestimmte Fristen» stillstehen. Mit dieser Wendung ist klargestellt, dass der Stillstand der Fristen dann unbeachtlich ist, wenn die Behörde für eine bestimmte Handlung einen festen Termin setzt, selbst wenn dieser in die Zeit des Fristenstillstands fällt.¹² Sodann sind im Verwaltungsrecht sowohl die Prozessordnungen als auch Spezialvorschriften zu berücksichtigen.

i. BGG und VwVG

Im BGG und dem VwVG wurden die Vorschriften zu den Gerichtsferien bzw. dem Fristenstillstand harmonisiert.¹³ Während der Fristenstillstand im ordentlichen Verfahren keine Schwierigkeiten bietet, sind die Ausnahmenvorschriften von Art. 46 Abs. 2 BGG und Art. 22 a Abs. 2 VwVG bedeutsam, wonach die Fristen in Verfahren betreffend die aufschiebende Wirkung oder «andere vorsorgliche Massnahmen» nicht ruhen. Die Gerichtsferien gelten vor Bundesgericht auch nicht in Angelegenheiten der internationalen Rechtshilfe sowie in der Wechselbetreibung. Geht es also im Rechtsstreit um vorsorgliche Massnahmen oder einen sonstigen Ausnahmefall, kann es demnach für Anwälte auch über Ostern oder Weihnachten hektisch werden.¹⁴ In praxi können indes Konstellationen vorliegen, in denen keine Klarheit darüber besteht, ob eine «andere» vorsorgliche Massnahme und damit ein Ausnahmefall gegeben ist.¹⁵ In solchen Fällen darf entweder nicht vom Fristenstillstand ausgegangen werden oder es ist eine entsprechende Zusicherung des Gerichts zu erwirken.

Zu beachten ist weiter, dass sich die Gerichtsferien des Bundes von kantonalen Fristenregelungen unterscheiden. Gerade in umfangreicheren Verfahren, bei denen sowohl vor kantonalen als auch vor eidgenössischen Gerichten gefochten wird, bedingt dies eine erhöhte Sorgfalt, löst doch ein und dieselbe Mitteilung unter Umständen unterschiedliche Fristenläufe aus.

ii. Spezialgesetzliche Verfahrensregeln

Das besondere Verwaltungsrecht enthält sodann Vorschriften, die von den Regeln des BGG und des VwVG abweichen oder diese ergänzen können. So bestehen etwa im Bereich des Sozialversicherungsrechts eingehende Fristbestimmungen. Die Regeln der Art. 38 ff. ATSG gelten allerdings nur für die untere Prozessstufe, d.h. für Einsprachen an Versicherer und Beschwerden an die kantonalen Sozialversicherungsgerichte. Demgegenüber verweist Art. 62 Abs. 1 ATSG¹⁶ hinsichtlich der Beschwerde an das Bundesgericht auf das BGG. Indes wurde durch die generelle Regelung des Fristenstillstands in Art. 38 Abs. 4 ATSG der unbefriedigende frühere Zustand bereinigt, wonach die Gerichtsferien nur auf Verfügungen bestimmter Unfallversicherer angewendet wurden.¹⁷

Auch die Regelung des ATSG beantwortet aber nicht sämtliche Fragen. Je nach Gegenstand des Verfahrens können durchaus weitere Spezialvorschriften zum Zuge kommen. So liegen im Bereich der Krankenversicherung Sonderbestimmungen über die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit gewissen kantonalen Entscheiden vor. In diesen Verfahren gilt gemäss Art. 53 Abs. 2 lit. b Krankenversicherungsge-

5 Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VVG), SR 173.32.

6 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG), SR 172.021.

7 BGE 122 III 316 E. 4 b S. 320; 126 I 235 E. 2 d S. 239.

8 BGE 132 III 153 E. 4.2 S. 158; BGer, Urteil 5D_62/2008 vom 25. Juli 2008; OLIVER ZIBUNG, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 50, N 1 ff.

9 ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1651.

10 Art. 44 Abs. 2 BGG; Art. 20 Abs. 2^{bis} VwVG.

11 BGE 127 I 31 E. 2 b S. 34 f.

12 Bundesverwaltungsgericht, Urteil A-5549/2009 vom 24. Februar 2010, E. 3.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 1), Rz. 2.123.

13 Vgl. dazu BERNARD MAITRE/VANESSA THALMANN/FABIA BOCHSLER, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), (Fn. 8), Art. 22 a, N 2.

14 Vgl. BGer, 2C_76/2010 und 2C_77/2010 vom 1. Februar 2010.

15 BGer, 5A_480/2007 vom 25. Sept. 2007; Urteil 5A_206/2007 vom 13. Juni 2007; Urteil 5A_182/2007 vom 11. Juni 2007, E. 2.1.

16 Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), SR 830.1.

17 BGE 124 V 372 E. 2 S. 373 ff.

setz¹⁸ der Fristenstillstand gemäss Art. 22a VwVG nicht. Zur Beschleunigung des Verfahrens darf gemäss Art. 53 Abs. 2 lit. c KVG weiter eine höchstens dreissigtägige, nicht erstreckbare Vernehmlassungsfrist angesetzt werden, weshalb entsprechende Fristerstreckungsgesuche von vornherein aussichtslos sind.

Im Beschaffungsrecht des Bundes wird sodann mit Art. 26 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB)¹⁹ der Fristenstillstand ebenfalls ausgeschlossen. Diese Ausnahmebestimmung gilt jedoch nur im (erstinstanzlichen) Verfügungsverfahren und nicht im Rahmen der Beschwerde.²⁰

c. Einhaltung und mangelhafte Eröffnung

Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist unmittelbar dem Gericht, der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung abgegeben werden.²¹ Gemäss Art. 48 Abs. 3 BGG wirkt nunmehr auch die rechtzeitige Eingabe an eine (beliebige) unzuständige kantonale oder Bundesbehörde als Frist während.²² Bei der auf Bundesebene möglichen elektronischen Zustellung muss der Empfang bei der elektronischen Zustelladresse der betreffenden Instanz durch das Informatiksystem vor Fristablauf bestätigt worden sein.²³ Der Nachweis der Fristeinhaltung ist, anders als der Beweis des Fristbeginns, durch den Privaten zu erbringen.²⁴ Hinsichtlich des Fristablaufs selber gilt, dass Fristen, deren Ablauf auf einen Feiertag oder in die Gerichtsferien fällt, sowohl am Bundesgericht als auch am Bundesverwaltungsgericht erst am nächstfolgenden Werktag enden (Art. 45 Abs. 1 BGG bzw. Art. 20 Abs. 3 VwVG). Angesichts der steigenden Komplexität der Rechtsfälle wirkt sich diese Vorschrift indes vermehrt als Aufgebot zur Sonntagsarbeit aus.

Betreffend die mangelhafte Eröffnung und insbesondere die Behandlung falscher Rechtsmittelbelehrungen stellte das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid die Rechtssicherheit wieder her, indem es einer rechtsunkundigen Partei die Berufung auf die in der Verfügung falsch wiedergegebene 30-tägige Frist gestattete, obgleich an sich nur eine 10-tägige Frist gegolten hätte. Zuvor hatte das Bundesgericht in einem unpublizierten Entscheid gerade gegenteilig argumentiert.²⁵ Dieser Anwendungsfall des Vertrauensschutzes, nunmehr in Art. 49 BGG ver-

brieft, gilt allerdings nicht gegenüber Anwälten. Diese dürfen sich laut besagtem Urteil weiterhin nicht auf falsche Rechtsmittelbelehrungen verlassen.²⁶

2. Dauer der Beschwerdefrist

a. Ordentliche und ausserordentliche Fristen im BGG und VwVG

Die Fristenläufe für die Beschwerde an das Bundesgericht werden in Art. 100 f. BGG eingehend geregelt. Danach beläuft sich die ordentliche Frist für die Anfechtung von Entscheiden auf 30 Tage. Gemäss Art. 101 BGG sind auch Beschwerden gegen Erlasse innert 30 Tagen nach der im betreffenden Kanton massgebenden Veröffentlichung einzureichen. Problematisch ist dabei nicht die Frist als solche, sondern vielmehr die Frage, welche kantonale Publikation als massgeblich im Sinne der Vorschrift gilt.²⁷ Art. 100 Abs. 2 bis 7 BGG enthalten sodann die besonderen Fristen, die je nach Streitgegenstand zwischen zehn und drei Tagen variieren.

Seit Inkrafttreten der Revision der Bundesrechtspflege dauert die Beschwerdefrist im Bereich des VwVG nunmehr auch bei Zwischenverfügungen komfortable dreissig Tage. Zu erwähnen bleibt, dass die Beschwerdefristen nicht erstreckt werden können. Lässt sich innert Frist keine vernünftige Eingabe erstellen, so fällt immerhin noch die Möglichkeit der ergänzenden Beschwerdeschrift gemäss Art. 53 VwVG in Betracht.²⁸

b. Spezialgesetzliche Fristen

Vorbehalten bleiben sodann spezialgesetzliche Vorschriften, die oftmals kürzere Fristen vorsehen. Unter diesen Vorschriften ist insbesondere das Beschaffungsrecht hervorzuheben. So sieht Art. 30 BoeB eine verkürzte Beschwerdefrist von 20 Tagen seit Eröffnung der Verfügung vor. Sodann finden sich namentlich im kantonalen Verwaltungsrecht zahlreiche Sondervorschriften, die von der ordentlichen – i.d.R. 30-tägigen – Beschwerdefrist abweichen.²⁹ Verstossen kantonale Fristvorgaben indessen gegen übergeordnetes Recht, werden sie vom Bundesgericht aufgehoben.³⁰

IV. Besondere Fragen

1. Gerichtskostenvorschuss

Zur Sicherstellung der Verfahrenskosten werden regelmässig Gerichtskostenvorschüsse erhoben. Hierfür setzen der Instruktorrichter oder das Abteilungspräsidium eine angemessene Frist an. Anders als bei den übrigen Fristenregelungen des BGG und

18 Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG), SR 832.10.

19 Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB), SR 172.056.1.

20 Entscheid der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) vom 11. Oktober 2001, E. 5.b; bestätigt durch Bundesverwaltungsgericht, Urteil 5865/2007 vom 3. Dezember 2007, E. 1.5.5.1; Baurecht 2001, S. 62 f. S3, Anm. 1 von Hubert Stöckli.

21 Art. 48 Abs. 1 BGG; Art. 21 Abs. 1 VwVG.

22 Laut Art. 32 Abs. 4 lit. a aOG galt auf kantonaler Ebene nur die Eingabe an die (unzuständige) Vorinstanz als Frist während.

23 Art. 48 Abs. 2 BGG; Art. 21 a Abs. 3 VwVG. Zur elektronischen Zustellung eingehend THOMAS KOLLER/MATTHIAS REY, Haftungsrisiken im elektronischen Rechtsverkehr mit Gerichten und Behörden des Bundes, Jusletter, 11. Dezember 2006, Rz. 24 ff.

24 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 9), Rz. 1652.

25 Neue Zürcher Zeitung, Jg. 2009, Nr. 93, S. 14 sowie Jg. 2007, Nr. 239, S. 7.

26 BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1 S. 376.

27 Gewöhnlich ist dies der sog. Erwahungsbeschluss der Kantonsregierung, vgl. unveröff. E. 1 von BGE 134 I 125; 108 Ia 140 E. 1 S. 142.

28 BGer, Urteil 2A.160/2004 vom 9. Juni 2005, E. 3.1.

29 Z.B. § 46 Abtretungsgesetz/ZH (LS/ZH 781): 20 Tage für Rekurse gegen Schätzungskommissionsentscheide.

30 BGE 135 II 78 E. 2.3.2 S. 83 betreffend Auflagefristen im Natur- und Heimatschutz.

VwVG, die einander weitgehend angepasst wurden, verbleibt hier ein wesentlicher Unterschied hinsichtlich der Säumnisfolgen. Während das Bundesgericht nach unbenutzt abgelaufener Frist zur Einzahlung des Kostenvorschusses der säumigen Partei gemäss Art. 62 Abs. 3 BGG eine Nachfrist ansetzt, treten im Verfahren des Bundesverwaltungsgerichts die Säumnisfolgen infolge Nichtleistung oder verspäteter Leistung des Kostenvorschusses unmittelbar ein. Laut Art. 63 Abs. 4 VwVG verbindet die Beschwerdeinstanz die Fristansetzung entsprechend mit der Androhung des Nichteintretens. Der sofortige Eintritt der Säumnisfolgen bewirkt eine wesentliche Entlastung des Bundesverwaltungsgerichts und wird vom Bundesgericht geschützt, obgleich dieses selbst die für die Parteien günstigere Nachfrist ansetzen muss.³¹

Die Praxis der Gerichte zum Gerichtskostenvorschuss ist als restriktiv zu bezeichnen. So kann das Bundesverwaltungsgericht selbst dann einen Nichteintretensentscheid erlassen, wenn vor Bundesgericht noch eine Beschwerde gegen die die unentgeltliche Rechtspflege abweisende Zwischenverfügung hängig ist.³² Dies ist deshalb zulässig, weil der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt.

Restriktiv wird auch die Frage der Rechtzeitigkeit des Zahlungseingangs gehandhabt. Laut den gleichlautenden Art. 48 Abs. 4 BGG und Art. 21 Abs. 1 VwVG ist die Frist zur Leistung des Vorschusses gewahrt, wenn der Betrag rechtzeitig zu Gunsten der Behörde der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist. Nach wie vor ist es also möglich, am letzten Tag der Frist den Betrag am Postschalter einzubezahlen. Im bargeldlosen Zahlungsverkehr ist indes das Bankkonto dem Postkonto gleichgestellt, indem nunmehr in beiden Fällen der Zahlungsauftrag mindestens einen Tag vor Fristablauf abgeschickt werden muss, damit die Kontobelastung rechtzeitig ausgelöst wird. Das Verzögerungsrisiko trägt die Partei bzw. deren Rechtsvertreter.³³ Misslingt der Partei, die am Tag vor Fristablauf einer ausländischen Bank einen Zahlungsauftrag erteilt hat, der Nachweis der rechtzeitigen Einzahlung, so tritt das Bundesverwaltungsgericht mit Prozessentscheid nicht auf das Rechtsmittel ein.³⁴

So erachtete das Bundesverwaltungsgericht eine Frist für einen Gerichtskostenvorschuss als versäumt, obgleich der Parteivertreter den Zahlungsauftrag an sich rechtzeitig an die Bank übermittelt hatte. Da jedoch die Kontonummer und der Name der begünstigten Behörde nicht übereinstimmten, wurde der Zahlungsauftrag wieder an die Bank zurückgewiesen, ohne dass diese den Parteivertreter rechtzeitig darüber informierte.³⁵ Der

Fall verdeutlicht, dass in der technischen Abwicklung von Prozesshandlungen mithin beachtliche Risiken bestehen, die selbst mit einer professionellen Kanzleiverwaltung nur schwer zu kontrollieren sind.³⁶

2. Fristwiederherstellung

Wird eine Frist versäumt, bleibt dem Anwalt einzig das Gesuch um Fristwiederherstellung. Die Wiederherstellung ist sowohl in Art. 50 BGG als auch in Art. 24 Abs. 1 VwVG vorgesehen, jedoch an enge Voraussetzungen gebunden. So muss die Partei oder deren Vertreter unverschuldet von der fristgerechten Handlung abgehalten worden sein. Wie eingangs erwähnt, kann sich der Anwalt nicht durch den Verweis auf fehlerhaftes Verhalten seiner Hilfspersonen entlasten (oben, II.2). Selbst Krankheiten lassen nur bei erheblicher Schwere eine Wiederherstellung zu.³⁷

Fällt die unverschuldete Verhinderung weg, so beginnt laut den zitierten Vorschriften eine Frist von 30 Tagen für die Eingabe des Wiederherstellungsgesuchs und zum Nachholen der versäumten Rechtshandlung. Nach einer Lehrmeinung ist die 30-tägige Frist zur Einreichung des Gesuchs den Regeln über den Fristenstillstand unterworfen.³⁸ Im Interesse der Rechtssicherheit wäre es aber m. E. angezeigt, das Wiederherstellungsgesuch beschleunigt zu behandeln.

V. Fazit

Während mit der Revision der Bundesrechtspflege die Vorschriften des VwVG und des BGG einander weitgehend angepasst wurden, enthalten spezialgesetzliche Vorschriften des Bundes und der Kantone oftmals abweichende Regelungen, die die Fristberechnung erschweren und damit gewisse Risiken für den prozessierenden Verwaltungsjuristen mit sich bringen. Dies gilt in besonderem Masse für die Gerichtsferien. Bestehen Zweifel, ob die Fristen in einem Verfahren stillstehen, sind Prozesshandlungen aus Gründen der Sorgfalt auch über Weihnachten, Ostern oder über die Hundstage vorzunehmen. Besonderes Augenmerk ist zudem dem Gerichtskostenvorschuss zu leihen. Die Gerichte setzen bei der Fristwahrung einen strengen Massstab gegenüber Anwälten an, so dass bei Säumnis nur in Ausnahmefällen eine Wiederherstellung der Frist in Betracht fällt. ■

31 MARCEL MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger, (Fn. 8), Art. 63, N 43; BGer, Urteil 8C_390/2009 vom 3. Juli 2009.

32 BGer, Urteil 2C_128/2007 vom 17. Oktober 2007, E. 3.

33 KOLLER/REY (Fn. 23), Rz. 48.

34 BGer, Urteil 8C_390/2009 vom 3. Juli 2009.

35 Bundesverwaltungsgericht, Urteil 7. B-7948/2007 vom Januar 2008, E. 5.2; im Ergebnis gleich BGE 114 Ib 67 E. 1 S. 68.

36 Einen weiteren Aspekt bilden die Risiken im elektronischen Rechtsverkehr mit Behörden, vgl. THOMAS KOLLER/MATTHIAS REY, Haftungsrisiken im elektronischen Rechtsverkehr mit Gerichten und Behörden des Bundes, *Justiz*, 11. Dezember 2006, Rz. 13 ff.

37 BGE 119 II 86 E. 2a S. 87.

38 JEAN-MAURICE FRÉSARD, in: Bernard Corboz, Alain Wurzbürger et al. (Hrsg.), *Commentaire de la LTF*, Bern 2009, Art. 50, N 18.

■ Verfassungsrecht/Droit constitutionnel (I)

Art. 9 und 29 Abs. 2 BV, Art. 12 BGFA; Verletzung von Berufsregeln

Wenn der Anwalt gleichzeitig als Notar praktiziert, darf er in einer Streitsache, die einen von ihm zuvor öffentlich beurkundeten Sachverhalt betrifft, keine der beteiligten Parteien vertreten (Urteil 2C_26/2009 vom 18. Juni 2009 E. 3.1; 2C_407/2008 vom 23. Oktober 2008 E. 3.3).

Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer in seiner Funktion als Notar das Testament von A. vom 27. September 2004 beurkundet. Nach dem bisher Ausgeführten resultierte hieraus eine zeitlich unbefristete Treuepflicht, die es dem Beschwerdeführer insbesondere auch verbot, in seinem Tätigkeitsgebiet als Anwalt gegen die Interessen der Erblasserin zu handeln, sofern das betreffende Verfahren einen sachlichen Zusammenhang zum von ihm beurkundeten Testament aufwies. Indem er namens zweier im Testament vom 27. September 2004 begünstigter Vermächtnisnehmer ein neueres, anders lautendes Testament gerichtlich anfocht, handelte er dem aktuelleren, ebenfalls öffentlich beurkundeten Willen von A. vorsätzlich zuwider und vertrat er in sachlich zusammenhängenden Verfahren unterschiedliche, miteinander konkret kollidierende Interessen. Sodann ist den Prozessakten des Amtsgerichts Luzern-Stadt zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer zur Begründung der Ungültigkeitsklage Beweismittel einreichte und Kenntnisse verwertete, die er anlässlich früher für die Erblasserin durchgeführter Mandate erworben hatte [. . .]. Bei dieser Sachlage durfte die Vorinstanz, ohne hierdurch gegen die vom Beschwerdeführer angerufenen gesetzlichen Bestimmungen zu verstossen, feststellen, dass der Beschwerdeführer seine gegenüber A. bestehende Treuepflicht verletzt hat.

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C_518/2009, 9.2.2010, X. c. Aufsichtsbehörde des Kantons Luzern über die Anwälte und Anwältinnen und Obergericht des Kantons Luzern; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 29 Abs. 3 BV; Unentgeltliche Prozessführung (Ehescheidung), rückwirkende Bewilligung, Prozesskostenvorschuss

Umstritten ist einzig die Frage, ob der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege ab ihrem ersten Gesuch vom 10. Juni 2008 zusteht oder erst ab ihrem erneuerten Gesuch vom 16. Juli 2009. Die weiteren Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege und der Verbeiständung, wie insbesondere die Prozessarmut, sind erfüllt. [. . .]

Aus Art. 29 Abs. 3 BV ergibt sich grundsätzlich kein Anspruch auf rückwirkende Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für Kosten, die bereits vor Einreichung des Armenrechtsgesuchs

entstanden sind. Ausnahmen sind jedoch nicht ausgeschlossen. Anerkannt ist der Fall, dass es wegen der zeitlichen Dringlichkeit einer zwingend gebotenen Prozesshandlung nicht möglich war, gleichzeitig ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung zu stellen (zum Ganzen BGE 122 I 203). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass auch die künftige Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; BBl 2009 21) in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Art. 119 Abs. 4 die rückwirkende Bewilligung unentgeltlicher Rechtspflege im Ausnahmefall vorsieht, ohne jedoch festzulegen, was als Ausnahmefall gelten soll. [. . .]

Zusammengefasst liegt somit weder ein Fall einer echten Rückwirkung vor, noch hat die Beschwerdeführerin das Risiko des Ausfalls des Prozesskostenvorschusses zu tragen. Wird ihr in dieser Situation die unentgeltliche Prozessführung nicht auf den Zeitpunkt ihres ersten Gesuchs gewährt, wird sie schlechter gestellt als eine Person, deren Ehegatte von Anfang an nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenvorschuss zu zahlen. Wird ein Armenrechtsgesuch eingereicht, so kann es aber keine Rolle spielen, ob eine *provisio ad litem* bereits zu diesem Zeitpunkt nicht in Betracht kommt, in einem allfälligen späteren Prozess nicht zugesprochen wird oder sich in der Vollstreckung als uneinbringlich erweist. Immer geht es um dieselbe Situation, nämlich darum, dass der eine Ehegatte dem andern keinen Prozesskostenvorschuss leisten kann. Der gegenteilige Entscheid des Obergerichts ist mit Art. 29 Abs. 3 BV nicht vereinbar.

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A_843/2009, 23.2.2010, X. Gerichtspräsident 2, Biel-Nidau und Obergericht des Kantons Bern; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 29 Abs. 2 BV, § 82 StPO/SO; Rechtliches Gehör, Prozesskostensicherheit

Es trifft [. . .] zu, dass der Strafanspruch auch bei Antragsdelikten dem Staat zusteht. Deren Verfolgung steht indessen im Belieben des Strafantragsberechtigten. Es ist daher nicht bundesrechtswidrig, ihm für den Fall eines unberechtigten oder gar leichtfertigen Antrags ein gewisses Kostenrisiko aufzubürden. Zudem kann der Privatkläger, der nicht über die nötigen Mittel verfügt, um eine Prozesskostensicherheit zu leisten, nach § 82 StPO auf Gesuch hin von der Vorschusspflicht befreit werden. Es lässt sich daher nicht sagen, die Einforderung einer (massvollen) Prozesskostensicherheit vereitle die Durchsetzung des materiellen Strafrechts, indem die Ausübung des Strafantragsrechts durch das prozessuale Vorschriften übermässig und ungerechtfertigt behindert würde.

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B_288/2009, 26.2.2010, A. c. Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Solothurn; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

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.

Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK; Falsche Anschuldigung, Verfahrensgarantie (Fragen an Belastungszeugen)

Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts untersteht das Recht, Belastungs- und Entlastungszeugen zu befragen, dem (kantonalen) Verfahrensrecht. Der Beschuldigte hat einen Antrag auf Befragung eines Zeugen den Behörden rechtzeitig und formgerecht einzureichen. Stellt er seinen Beweisantrag nicht rechtzeitig, kann er den Strafverfolgungsbehörden nachträglich nicht vorwerfen, sie hätten durch Verweigerung der Konfrontation oder ergänzender Fragen an Belastungszeugen seinen Grundrechtsanspruch verletzt (Urteil des Bundesgerichts 6B_10/2009 vom 6. Oktober 2009 E. 2.2.4 mit Hinweisen). Ob ein Antrag auf Befragung von Belastungszeugen unter dem Aspekt von Treu und Glauben rechtzeitig vorgebracht wurde, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Der Beschwerdeführer stellte den Antrag auf Durchführung von Konfrontationseinvernahmen erstmals in der Berufungsschrift an die Vorinstanz. [. . .]

Im zu beurteilenden Fall war der Beschwerdeführer bis und mit erstinstanzlichem Verfahren anwaltlich nicht vertreten. Er macht ausserdem zu Recht geltend, dass er von den Untersuchungsbehörden und dem erstinstanzlichen Kantonsgericht nicht darauf hingewiesen wurde, in seiner Eigenschaft als Angeschuldigter den Belastungszeugen Ergänzungsfragen stellen zu können. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, der Beschwerdeführer hätte nach Treu und Glauben Anlass gehabt, bis Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens den Antrag auf Konfrontationseinvernahmen zu stellen. Der im vorinstanzlichen Verfahren nunmehr anwaltlich vertretene Beschwerdeführer rügte umgehend die fehlende Konfrontationsmöglichkeit mit den Belastungszeugen in der ausführlichen Berufungsbegründung. Die Vorinstanz thematisiert hierzu einzig die verfahrensrechtliche Möglichkeit einer zweitinstanzlichen Zeugenbefragung und erachtet sie im konkreten Fall als nicht gegeben. Die Vorinstanz verletzt die Verfahrensgarantie von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK, indem unter den vorliegenden Umständen dem Beschwerdeführer die Konfrontation mit den Belastungszeugen verweigert wurde.

(Strafrechtliche Abteilung, 6B_64/2010, 26. 2. 2010, X. c. Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Schaffhausen; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 29 Abs. 3 und 32 Abs. 3 BV; Unentgeltlicher Rechtsbeistand, Aussichtslosigkeit des Begehrens

Soweit schwere Beschränkungen der persönlichen Freiheit in Frage stehen, ist nur mit grosser Zurückhaltung auf Aussichtslosigkeit zu schliessen. Weiter ist zu berücksichtigen, dass mit der Berufung ein erstinstanzliches Urteil angefochten wird, denn gemäss Art. 32 Abs. 3 BV Satz 1 hat jede verurteilte Person das Recht, das Urteil von einem höheren Gericht überprüfen zu lassen. Nicht massgebend ist, ob der Beschwerdeführer tatsächlich Aussicht darauf hat, mit seinen Berufungsanträgen vollumfänglich durchzudringen. Besteht eine gewisse Möglichkeit, dass das in der Sache zuständige Gericht ein milderes Urteil fällen wird, so darf das Rechtsmittel nicht als aussichtslos bezeichnet wer-

den (Urteil 1B_306/2008 vom 15. Januar 2009 E. 2.2. mit Hinweisen).

(Strafrechtliche Abteilung, 6B_929/2009, 9. 3. 2010, X. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden und Kantonsgericht von Graubünden; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Unentgeltliche Verbeiständung, Streitwert

Streitig war einzig, ob der Rechtsvertreter als privater Anwalt vom Versicherten selbst oder als unentgeltlicher Rechtsbeistand vom Staat zu bezahlen ist, d.h. wen die Zahlungspflicht für das Honorar trifft. Es ist nicht willkürlich, dies als Streitwertfrage zu betrachten.

Im Urteil 9C_275/2008 vom 24. Juli 2008 E. 3.3 hat das Bundesgericht entschieden, dass einer Rechtsverzögerungsbeschwerde kein bestimmbarer Streitwert zukommt und offen gelassen, ob dies auch auf eine Beschwerde gegen die Verweigerung unentgeltlicher Verbeiständung zutrifft. Zwar geht die Rechtsprechung im Rahmen von Art. 51 und 74 BGG davon aus, dass es sich beim Streit um die unentgeltliche Rechtspflege nicht um eine Sache mit bestimmtem Streitwert handelt, sofern auch die Hauptsache nicht vermögensrechtlicher Natur ist (Urteil 5D_41/2007 vom 27. November 2007 E. 2.3). Die Festsetzung einer Parteientschädigung stellt einen Nebenpunkt des Streitgegenstandes dar, der grundsätzlich mit dem für die Hauptsache zulässigen Rechtsmittel angefochten werden kann. Ebenso folgt der Streit über den Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung grundsätzlich dem in der Hauptsache einzuschlagenden Rechtsweg (vgl. Urteile 5A_108/2007 vom 11. Mai 2007 E. 1.2; 5A_85/2007 vom 17. April 2007 E. 1.2). Etwas anderes gilt indessen, wenn die Hauptsache nicht angefochten worden ist und einzig die Entschädigung für den unentgeltlichen Rechtsbeistand, mithin ein finanzielles Interesse, streitig ist; dann bestimmt sich der Streitwert nach dem strittigen Betrag (Pra 2009 Nr. 114 S. 779, 5D_175/2008 E. 1.1; Urteil 5D_88/2008 vom 14. August 2008 E. 1). Wenn auch in solchen Konstellationen zu beachten ist, dass der Anwalt und nicht sein von ihm vertretener Mandant als Partei auftritt, bestehen insofern Parallelen zum vorinstanzlichen Verfahren, als es letztlich nur noch darum geht, eine Entschädigung für die vom Anwalt geleisteten Dienste zu erhalten. Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass Art. 74 BGG dazu dient, überhaupt den Rechtsmittelweg zu eröffnen oder verschliessen, während hier die Frage nach dem Streitwert nur dafür entscheidend ist, ob über das Rechtsmittel einzelrichterlich oder in Dreierbesetzung entschieden wird. Nach dem Gesagten erscheint hinsichtlich des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung die Annahme eines bestimmbaren Streitwertes und damit die vorinstanzliche Auslegung der kantonalen Bestimmung über die einzelrichterliche Zuständigkeit auch mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts als vertretbar.

(II. sozialrechtliche Abteilung, 9C_1022/2009, 17. 3. 2010, M. c. IV-Stelle und Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

■ Verwaltungsrecht/Droit administratif (II)

Art 64 Abs. 1 VwVG; Höhe der Parteientschädigung

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG (SR 172.021), der vorliegend nach Art. 37 VGG (SR 173.32) anwendbar ist, kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässige hohe Kosten zusprechen. Die als Kann-Bestimmung formulierte Regelung wird nach ständiger Praxis als «Muss-Vorschrift» verstanden, d.h. es besteht ein Anspruch auf Parteientschädigung, wenn die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (erwähntes Urteil 2C_715/2008 E. 2.1 mit Hinweisen, publ. in: ZBl 110/2009 S. 503). Gestützt auf Art. 16 Abs. 1 lit. a VGG hat das Bundesverwaltungsgericht ausserdem am 21. Februar 2008 ein – seit dem 1. Juni 2008 geltendes und hier somit anwendbares – Reglement über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE; SR 173.320.2) erlassen, gemäss dessen Art. 7 Abs. 1 obsiegende Parteien Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten haben. [. . .]

Die Vorinstanz weist in ihrer Vernehmlassung auf eine Analogie zu einem Entscheid des Bundesgerichts vom 15. September 2005 (5A.8/2005, E. 6.3) hin. Allerdings übersieht sie, dass dort der Tarif über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht vom 9. November 1978 (Fassung gemäss AS 1992 1772) anwendbar war. Dieser wurde inzwischen durch das ähnliche Reglement vom 31. März 2006 über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht (SR 173.110.210.3) ersetzt. Diesem Tarif zufolge richtet sich das Honorar in der Regel nach dem Streitwert. In Rechtssachen ohne Vermögensinteresse bemisst sich das Honorar nach der Wichtigkeit und der Schwierigkeit der Sache sowie nach dem Arbeitsaufwand und beträgt in der Regel CHF 500.– bis 15 000.– (Art. 6 des erwähnten Tarifs; ähnlich Art. 4–6 des erwähnten Reglements des Bundesgerichts). Mithin wird die Parteientschädigung beim Bundesgericht nach teilweise anderen Kriterien bzw. auf eine andere Weise als nach dem hier anzuwendenden Reglement des Bundesverwaltungsgerichts bestimmt. Für das bundesgerichtliche Verfahren gibt es keine Regelungen, die den Art. 10 und 14 VGKE entsprechen. Die Parteientschädigung wird – im Gegensatz zur Regelung beim Bundesverwaltungsgericht – hier nicht allein nach den vom Anwalt in einer Kostennote abgerechneten Stunden und dem dabei angesetzten Stundentarif festgesetzt. Der dem Klienten verrechnete Stundentarif spielt beim Bundesgericht eine geringere Rolle. Dafür werden der Streitwert und die Wichtigkeit der Angelegenheit stärker gewichtet (vgl. auch Marcel Maillard, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2009, N. 40 zu Art. 64; Thomas Geiser, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2008, N. 7 zu Art. 68; Bernard Corboz, in: Corboz et al., Commentaire de la LTF, 2009, N. 31 ff. zu Art. 68). Mit Blick auf die unterschiedlichen Regelungen bei beiden Gerichten kann das Bundesverwaltungsgericht

deshalb – zumal wenn wie hier eine detaillierte Kostennote vorgelegt wurde – nicht analog dem Bundesgericht die Parteientschädigung festsetzen.

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C_445/2009, 23.2.2010, X. c. Bundesamt für Migration und Bundesverwaltungsgericht; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 29 al. 1 Cst; Fiction de notification

Lorsque la demande d'avance de frais lui a été envoyée, l'intéressé venait de déposer son recours devant la commission. Il devait donc s'attendre à recevoir des communications de cette autorité, si bien qu'il lui appartenait de prendre les dispositions utiles pour les réceptionner. Il a cependant omis de le faire, et il n'établit pas avoir été empêché sans sa faute de prendre connaissance du courrier litigieux. Ses explications selon lesquelles il n'aurait pas trouvé dans sa boîte aux lettres l'avis de la poste l'invitant à retirer un courrier recommandé – cet avis ayant été selon lui «égaré par le facteur» – n'emportent pas la conviction. Il ressort en effet du dossier que, selon les informations résultant du système de suivi des envois mis en place par La Poste Suisse, le destinataire du courrier recommandé litigieux a été «avisé pour retrait» le 21 juillet 2009 à 9h53. Il apparaît dès lors improbable que l'avis de retrait n'ait pas été déposé dans la boîte aux lettres du recourant, ce qui serait en contradiction avec la procédure habituelle et avec les informations ressortant du système de suivi de la poste. Au demeurant, le recourant n'a pas réagi au prétendu défaut de notification et il ne s'est aucunement soucié du sort de la procédure jusqu'à réception de la décision d'irrecevabilité du 26 août 2009. Dans ces conditions, il doit se laisser imputer la fiction de notification du courrier recommandé à l'échéance du délai de garde de sept jours, conformément à la jurisprudence (ATF 130 III 396 consid. 1.2.3 p. 399; 127 I 31 consid. 2/aa p. 34; 123 III 492 consid. 1 p. 493 et les arrêts cités; cf. art. 44 al. 2 LTF).

(I^{re} Cour de droit public, 1C_549/2009, 1.3.2010, A. c/ Office cantonal GE des automobiles; arrêt non publié dans le RO. – condensé *Bü*)

■ Zivilrecht und SchKG/Droit civil et poursuite pour dettes et faillite (III)

Art. 691 CC; Pesée des intérêts

La cour cantonale a rejeté la conclusion tendant à la constitution d'une servitude de conduite nécessaire au motif que les recourants n'avaient pas établi le caractère excessif des frais qu'entraînerait l'ouvrage au cas où la servitude serait refusée. Pour juger de ce critère, ils ont tenu compte de la valeur vénale de l'immeuble des recourants, arrêtée à 457 746 CHF, du coût des travaux (entre 10 000 et 15 000 CHF pour l'installation d'une chaudière indépendante) auxquels il faut ajouter les travaux de raccordement (60 000 CHF à 70 000 CHF plus 10 % pour tenir compte du fait que les travaux de génie civil dans la rue étaient terminés et que les bâtiments ne pouvaient ainsi plus en bénéfi-

cier) et de la plus-value de 20 % (91 550 CHF) qu'apporterait au fonds une conduite indépendante. Ils ont conclu que, puisque le coût des travaux d'installation d'une nouvelle conduite correspondait à la plus-value apportée au fonds, ils ne pouvaient être qualifiés d'excessifs. En procédant de cette manière, la cour s'est fondée sur un critère non déterminant à lui seul, à savoir le coût des travaux nécessaires à l'installation d'une conduite indépendante de celle des intimés. Contrairement à ce qu'exige le droit fédéral, elle n'a pas procédé à une pesée des intérêts respectifs des parties en examinant si les charges et inconvénients que subiront les intimés du fait de l'utilisation des conduites par les recourants – sans perdre de vue que les intimés ont droit à une compensation financière pour le dommage subi (cf. Franz Xaver Brücker, *op. cit.*, p. 84–85) – avec l'intérêt des recourants. En l'espèce, au vu du dossier, il apparaît que l'intérêt des intimés consisterait principalement à éviter des conflits avec leurs voisins au sujet de l'encaissement des parts de consommation d'eau et d'électricité; en revanche, ils ne peuvent se prévaloir d'éventuels désagréments que leur causeraient les travaux d'installation de la conduite – celle-ci étant déjà en place – ou du fait que leur terrain serait plus difficilement constructible en raison de la présence de cette conduite. Quant aux recourants, l'octroi de la servitude sollicitée leur permettrait d'éviter le coût d'une conduite indépendante et d'utiliser la servitude d'usage de chaufferie et de passage à pied pour accéder à cette chaufferie inscrite en faveur de leur fonds et grevant le fonds des intimés. Il n'appartient toutefois pas au Tribunal fédéral de procéder lui-même à la pesée d'intérêts qui doit être effectuée par le juge du fait et ne peut être contrôlée par le Tribunal fédéral qu'avec réserve (ATF 130 III 28 consid. 4.1, 571 consid. 4.3). En conséquence, le recours doit être admis et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

(II^e Cour de droit civil, 5A_413/2009, 2.2.2010, A., B., C., D., et E. c/ F.; publication dans le RO prévue. – condensé Bû)

Art. 320 et ss. LPC/GE; Mesures provisionnelles (passage nécessaire)

(. . .) S'agissant de la condition de l'urgence, le recourant prétend, contrairement à ce qu'a jugé la cour cantonale, qu'il aurait manifestement urgence à requérir la suspension des travaux de construction des bordurettes. Celles-ci l'empêcheraient en effet de franchir le virage à angle droit du chemin F. avec une voiture d'une certaine dimension alors que ledit chemin, objet de sa demande de cession de passage nécessaire, était le seul chemin praticable pour se rendre à sa parcelle. La condition de l'urgence n'implique pas nécessairement une immédiate temporelle. Elle résulte plutôt de la considération que seules des mesures provisionnelles peuvent prévenir le dommage menaçant, ou, en d'autres termes que, sans ordonnance de mesures provisionnelles, le requérant risquerait de subir un dommage difficile à réparer au point que l'efficacité du jugement rendu à l'issue de la procédure ordinaire en serait compromise (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, *op. cit.*, n. 14 ad art. 320 LPC/GE). En déclarant qu'il n'apparaissait pas que le passage réclamé soit nécessaire

pour répondre à un besoin urgent, la cour cantonale s'est fondée sur le fait qu'elle jugeait les prétentions au fond du recourant dénuées de toute vraisemblance, une dévestiture existant selon elle par le chemin H.. Dans la mesure toutefois où le Tribunal de céans a jugé qu'un tel raisonnement était arbitraire, il appartient désormais à la cour cantonale de déterminer si la pose de bordurettes entrave réellement le passage de véhicules à moteur, fait allégué par le recourant dont elle n'a pas examiné la vraisemblance, pour pouvoir déterminer si la condition de l'urgence est elle-même réalisée.

(II^e Cour de droit civil, 5A_629/2009, 25.2.2010, X. c/ Y.; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

Consortité en matière de succession

Les consorts matériels nécessaires doivent donc agir ensemble ou être mis en cause ensemble. Toutefois, selon la jurisprudence, si un membre de la communauté déclare autoriser les autres à agir ou déclare formellement se soumettre par avance à l'issue du procès, ou encore reconnaît d'emblée formellement la demande, sa participation au procès n'est pas nécessaire (ATF 116 Ib 447 consid. 2 a p. 449; 86 II 451 consid. 3 p. 455). 4.4.2 En l'espèce, la recourante a allégué que, puisque la soeur de l'intimée n'avait pas contesté son interprétation du testament, elle ne dirigeait son action que contre l'intimée. Or, la disposition testamentaire par laquelle la défunte a attribué à ses deux soeurs la maison de famille et les terrains agricoles – dont l'interprétation est litigieuse – est indivisible entre elles. Elles sont co-titulaires (propriété commune) des droits de propriété sur ces biens; la clause ne peut pas valoir pour l'une et pas pour l'autre. La recourante ne le conteste d'ailleurs pas; elle prétend seulement qu'elle n'avait pas à ouvrir action contre la soeur de l'intimée car celle-ci n'aurait pas contesté son interprétation du testament. Ce n'est toutefois que si le co-titulaire du droit déclare formellement se soumettre par avance à l'issue du procès ou reconnaît d'emblée la demande que sa participation au procès n'est pas nécessaire. Or, ces conditions ne sont pas remplies dans le cas d'espèce, comme l'a constaté la cour cantonale. La recourante ne démontre pas l'arbitraire de cette constatation; elle se borne à affirmer que la soeur de l'intimée «se désintéressait du sort de ce litige et s'en remettait à un accord des intéressés ou à une décision de justice», mais ne prétend pas avoir prouvé ceci devant les instances cantonales. Quant à l'argument tiré du fait que l'intimée n'aurait pas contesté que sa soeur était d'accord avec l'interprétation du testament, il est sans pertinence. En effet, l'admission de ce fait ne saurait pallier à l'absence de déclaration formelle de la soeur de l'intimée.

(II^e Cour de droit civil, 5A_795/2009, 10.3.2010, Association X. c/ A; publication dans le RO prévue. – condensé Bû)

■ Strafrecht/Droit pénal (IV)

Art. 30 al. 1 Cst. et 6 par. 1 CEDH; Procédure pénale, récusation

L'intéressé soutient ensuite que le Juge B. aurait anticipé sur l'affaire pénale dirigée contre le recourant en invoquant la question du faux et en considérant comme établie l'existence du faux, dans le jugement du 15 décembre 2009. Il se plaint également du comportement dudit Juge lors de l'audience du 15 décembre 2009, au cours de laquelle celui-ci l'aurait traité de «mari trompé» et lui aurait parlé de «conception du dialogue». Ledit jugement retient que: «l'ordonnance relate en substance l'existence des contrats de travail de 2002 et de 2005, avec une annexe au contrat de travail contenant une clause de prohibition de concurrence, valable une année. Ces documents comportent les signatures des parties et l'annexe s'est révélée être un faux, ce qui résulte d'une expertise en signatures de l'Institut de police scientifique de l'Université de Lausanne (page 3 de l'ordonnance). On peut préciser ici que cet épisode fait l'objet d'une procédure pénale distincte, actuellement sous la forme d'une ordonnance de renvoi à l'encontre de A. notamment pour faux dans les titres, ordonnance d'octobre 2009, l'audience de ce tribunal devant être fixée prochainement pour le début de l'année 2010. La présomption d'innocence demeure donc valable ici, contrebalancée par le constat de l'existence du faux effectué par le Juge des mesures provisionnelles, mesures confirmées par le Tribunal civil dans un jugement d'appel du 4 juin 2008». Si le passage précité du jugement, dont le style rédactionnel n'est pas des plus habiles, fait référence à un faux, il n'est pas exclu qu'il tente de retranscrire le contenu d'une ordonnance civile. Pourtant, en opérant le compte-rendu du contenu de ladite ordonnance civile, le Juge en question prend position, puisqu'il affirme, sans utiliser le conditionnel et sans citer entre guillemets les termes propres utilisés par l'ordonnance, que «l'annexe s'est révélée être un faux». Il souligne plus loin que «la présomption d'innocence demeure valable», tout en précisant qu'elle est «contrebalancée par le constat de l'existence du faux effectué par le Juge des mesures provisionnelles». Même si le document n'est pas qualifié de faux dans les titres au sens de l'art. 251 ch. 1 CP et s'il n'est pas dit que le recourant en serait l'auteur, le résumé ainsi rédigé du contenu de l'ordonnance civile, donne objectivement l'apparence de la prévention du Président du Tribunal de police et fait redouter que celui-ci se soit déjà forgé une opinion sur l'existence de faux dans les titres qu'il devra juger le 14 avril 2010. Ce d'autant plus que le Juge B. statuera comme juge unique. S'ajoute à cela, le fait que, lors de l'audience du 15 décembre 2009, le Président du Tribunal de police aurait traité le recourant de «mari trompé» et lui aurait parlé de «conception du dialogue». Le Juge B. ne nie pas avoir tenu de tels propos. Il se borne à préciser avoir parlé de «conception du dialogue», après avoir été interrompu une fois, événement qu'il qualifie de banal. Par tant, il ne prétend pas que le climat de l'audience était houleux ou que l'une des parties avait dépassé les bornes de la bienséance. Or, l'expression «mari trompé» manifeste indiscutablement

une appréciation négative de la part de celui qui la profère. Elle prend une dimension particulière lorsqu'elle sort de la bouche d'un juge qui doit arbitrer le litige et qui doit faire preuve de réserve à l'égard des parties ainsi que de retenue dans l'expression, tant écrite qu'orale. Maladroite et malvenue, l'intervention du Juge B. pouvait ainsi objectivement être ressentie par le recourant comme la marque d'une défiance à son encontre. Par conséquent, le cumul de ces éléments permet objectivement de retenir une apparence de prévention du Président du Tribunal de police, qui suffit à fonder la demande de récusation. Il y a donc lieu de constater que la garantie du juge impartial n'a pas été respectée, de sorte que le Tribunal cantonal aurait dû admettre la demande de récusation.

(1^{re} Cour de droit public, 1B_35/2010, 18.3.2010, A. c/ B.; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

Art. 109 CP; Prescription

X. soutient que l'insoumission à une décision d'autorité serait prescrite. Pour le Ministère public vaudois, le jugement d'acquiescement de première instance, qui n'a pas été annulé mais réformé dans le sens de la condamnation, suffirait à exclure la prescription. La contravention définie par l'art. 292 CP est soumise au délai triennal de l'art. 109 CP. Les règles générales des art. 97 ss CP s'appliquent par le renvoi de l'art. 104 CP. Il en va ainsi de celle selon laquelle la prescription ne court plus si, avant son échéance, un jugement de première instance a été rendu (v. arrêts non publiés des 22 septembre 2009, 6B_373/2009, consid. 2.3 et 16 juillet 2009, 6B_186/2009, consid. 2.3), à condition qu'il soit condamnatore (ATF 134 IV 328 consid. 2.1, p. 330 s.). Le recourant a été libéré de l'accusation d'insoumission à la décision de mesures pré-provisionnelles du 12 avril 2006 en première instance. En revanche, statuant le 20 avril 2009, la cour cantonale a considéré cette infraction comme réalisée. Tous les faits antérieurs au 21 avril 2006 sont prescrits. L'arrêt entrepris retient qu'en dépit de l'injonction judiciaire, le recourant et son beau-frère ont fait exécuter divers travaux dans les locaux en question. La décision cantonale ne précise cependant pas à quelle date ils ont été réalisés, soit s'ils l'ont été après le 20 avril 2006. Quant aux photographies figurant au dossier (pièce 5/3 du dossier cantonal), elles n'attestent pas de travaux après le 18 avril 2006. Faute de constatation de fait sur ce point et d'élément suffisant pour compléter l'état de fait de la décision cantonale, il n'est pas possible d'examiner la question de la prescription. Cela conduit au renvoi de la cause à l'autorité cantonale afin qu'elle complète l'instruction dans les limites autorisées par le droit cantonal de procédure et qu'elle se prononce à nouveau sur ce point.

(Cour de droit pénal, 6B_806/2009 // 6B_807/2009 // 6B_818/2009, 18.3.2010, X., Y. et Z c/ Ministère public VD; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG, Ehrverletzungsverfahren, Zwischenentscheid

Der Beschwerdeführer macht geltend, es liege ein nach Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG anfechtbarer Zwischenentscheid vor.

Diese Bestimmung übernimmt die Regel von Art. 50 Abs. 1 des früheren Bundesrechtspflegegesetzes, der die zivilrechtliche Berufung betraf. Sie ist somit vor allem in Zivilsachen anwendbar. Nach der Rechtsprechung stellt die Öffnung des Rechtsmittelwegs gegen Zwischenentscheide aus prozessökonomischen Gründen eine Ausnahme dar und muss restriktiv gehandhabt werden. Besonders restriktiv ist Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG im Strafrecht anzuwenden (BGE 133 IV 288 E. 3.2 S. 292 mit Hinweisen). Sie stellt dort einen Fremdkörper dar und kommt kaum je zur Anwendung (Urteil 6B_782/2008 vom 12. Mai 2009 E. 1.4, in: Pra 2009 Nr. 115 S. 787).

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B_84/2009, 22.3.2010, X. c. Y. und Obergericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

■ Sozialversicherungsrecht/Droit des assurances sociales (V)

Art. 29. al. 2 Cst; Expertise

La jurisprudence a notamment déduit du droit d'être entendu, garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision (ATF 132 V 368 consid. 3.1 p. 370 s. et les références). De jurisprudence constante, le juge apprécie en règle générale la légalité des décisions entreprises d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue (ATF 131 V 242 consid. 2.1 p. 243; 121 V 362 consid. 1 b p. 366). Les faits survenus postérieurement, et qui ont modifié cette situation, doivent en principe faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 121 V 362 consid. 1 b p. 366). Même s'il a été rendu postérieurement à la date déterminante, un rapport médical doit cependant être pris en considération, dans la mesure où il a trait à la situation antérieure à cette date (cf. ATF 99 V 98 consid. 4 p. 102 et les arrêts cités). Le rapport d'expertise de la doctoresse A. du 16 décembre 2008 a certes été rendu postérieurement à la décision litigieuse du 18 décembre 2007 mais il fait état d'une aggravation de l'état de santé de la recourante survenu dans le courant de l'année 2007. Il ne s'agit dès lors pas d'un fait nouveau mais d'un moyen de preuve destiné à prouver un fait survenu antérieurement à la décision litigieuse. Aussi, en écartant d'emblée ce moyen de preuve sans même l'examiner, les premiers juges ont violé le droit d'être entendu de la recourante. L'argumentation des premiers juges en ce qui concerne le refus d'entrer en matière sur le rapport d'expertise de la doctoresse A. est d'autant plus erronée qu'ils ont fondé leur appréciation au fond essentiellement sur le rapport d'expertise du CEMed du 19 mars 2008, lequel est également postérieur à la décision litigieuse. Le grief de la violation du droit d'être entendu soulevé par la recourante est donc bien fondé.

(II^e Cour de droit social, 9C_537/2009, 1.3.2010, L. c/ Office cantonal GE de l'assurance-invalidité; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

DIE PRAXIS

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

BGE	Praxis	Gegenstand
135 I 279	Nr. 46	Anspruch eines Beamten auf rechtliches Gehör vor einer Nichtwiederwahl
136 II 1	Nr. 49	Aufenthaltsbewilligung nach Beendigung der ehelichen Gemeinschaft
135 III 551	Nr. 54	Arrestprosequierung; Zeitpunkt der Einleitung der Betreuung
135 III 591	Nr. 53	Kontrollierte Mietzinse und Nebenkostenabrede
135 III 597	Nr. 52	Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung und Berufsgeheimnis des Anwalts
135 IV 212	Nr. 55	Internationale Rechtshilfe in Strafsachen; Auslieferung; Spezialitätsprinzip; Schonfrist
135 V 339	Nr. 56	Vergütung von Heilungskosten durch die SUVA für einen in Frankreich wohnenden französischen Staatsangehörigen, der in der Schweiz arbeitet

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

Rechtsetzung des Bundes (Juni 2010)* Législation fédérale (juin 2010)*

I. In-Kraft-Treten

Bundesgesetze/Bundesbeschlüsse/Verordnungen

1. Staat – Volk – Behörden

Änderung vom 28. April 2010 der Verordnung vom 19. November 2003 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsverordnung, BehiV) (AS 2010 1737, SR 151.31); In-Kraft-Treten: 1. 6. 2010.

7. Öffentliche Werke – Energie – Verkehr

Änderung vom 14. April 2010 der Verordnung vom 23. August 2000 über das Fahrberechtigungsregister (AS 2010 1653, SR 741.53); In-Kraft-Treten: 1. 6. 2010.

Änderung vom 14. April 2010 der Verordnung vom 18. Oktober 2000 über das automatisierte Administrativmassnahmen-Register (ADMAS-Register-Verordnung) (AS 2010 1655, SR 741.55); In-Kraft-Treten: 1. 6. 2010.

Änderung vom 14. April 2010 der Verordnung vom 3. September 2003 über das automatisierte Fahrzeug- und Fahrzeughalterregister (MOFIS-Register-Verordnung) (AS 2010 1657, SR 741.56); In-Kraft-Treten: 1. 6. 2010.

Verordnung vom 14. April 2010 über das Strassenverkehrsunfall-Register (SURV) (AS 2010 1659, SR 741.57); In-Kraft-Treten: 1. 6. 2010.

9. Wirtschaft – Technische Zusammenarbeit

Änderung vom 26. Februar 2010 der Verordnung der Übernahmekommission vom 21. August 2008 über öffentliche Kaufangebote (Übernahmeverordnung, UEV) (AS 2010 2105, SR 954.195.1); In-Kraft-Treten: 1. 6. 2010.

II. Referendumsvorlagen

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.

Bundesbeschluss über die eidgenössische Volksinitiative «Lebendiges Wasser (Renaturierungs-Initiative)». Botschaft des Bundesrats 07.060 vom 27. 6. 2007: BBl 2007 5511. Beschluss des Parlaments vom 11. 12. 2009: BBl 2009 8757.

III. Vernehmlassungen

Bericht und Vorentwurf über die Revision des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF)

Das geltende BÜPF wird total revidiert. Es muss dafür gesorgt werden, dass die notwendigen Überwachungen weder heute noch in den kommenden Jahren durch die Verwendung neuer Technologien verhindert

I. Entrée en vigueur

Lois fédérales/Arrêtés fédéraux/Ordonnances

1. Etat – Peuple – Autorités

Modification du 28 avril 2010 de l'ordonnance du 19 novembre 2003 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Ordonnance sur l'égalité pour les handicapés, OHand) (RO 2010 1737, RS 151.31); entrée en vigueur: 1. 6. 2010.

7. Travaux publics – Energie – Transports et communications

Modification du 14 avril 2010 de l'ordonnance du 23 août 2000 sur le registre des autorisations de conduire (RO 2010 1653, RS 741.53); entrée en vigueur: 1. 6. 2010.

Modification du 14 avril 2010 de l'ordonnance du 18 octobre 2000 sur le registre automatisé des mesures administratives (Ordonnance sur le registre ADMAS) (RO 2010 1655, RS 741.55); entrée en vigueur: 1. 6. 2010.

Modification du 14 avril 2010 de l'ordonnance du 3 septembre 2003 sur le registre automatisé des véhicules et des détenteurs de véhicules (Ordonnance sur le registre MOFIS) (RO 2010 1657, RS 741.56); entrée en vigueur: 1. 6. 2010.

Ordonnance du 14 avril 2010 sur le registre des accidents de la route (ORAR) (RO 2010 1659, RS 741.57); entrée en vigueur: 1. 6. 2010.

9. Economie – Coopération technique

Modification du 26 février 2010 de l'ordonnance de la Commission des OPA du 21 août 2008 sur les offres publiques d'acquisition (Ordonnance sur les OPA, OOPA) (RO 2010 2105, RS 954.195.1); entrée en vigueur: 1. 6. 2010.

II. Objets soumis au référendum

Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire «Contre la création éfrénée 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.

Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire fédérale «Eaux vivantes (Initiative pour la renaturation)». Message du Conseil fédéral 07.060 du 27. 06. 2007: FF 2007 237. Arrêté du Parlement du 11. 12. 2009: FF 2009 7921.

III. Procédures de consultation en cours

Rapport et avant-projet visant à réviser la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT)

La LSCPT en vigueur est totalement révisée. Il y a lieu de faire en sorte que les surveillances nécessaires ne puissent être tenues en échec par l'utilisation de nouvelles technologies, ni actuellement, ni dans les

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

werden können. Kurz gesagt besteht das Ziel vor allem darin, nicht mehr, sondern besser überwachen zu können. Frist: 18.8.2010.
(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Bericht und Vorentwurf zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes zur Umsetzung von Artikel 123b BV über die Unverjährbarkeit sexueller und pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät

Am 30. November 2008 haben Volk und Stände die Volksinitiative «Für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern» und einen neuen Artikel 123b BV angenommen. Der Bundesrat hat entschieden, diese als zu unpräzise erachtete Bestimmung auf Gesetzesstufe zu konkretisieren, um namentlich die Rechtssicherheit zu garantieren. Der Vorentwurf, welcher aus einer Änderung des Artikels 101 StGB besteht, sieht vor, strafbare Handlungen nach den Artikeln 187 Ziffer 1, 189, 190 und 191 StGB als unverjährbar zu erklären, wenn sie an Kindern unter 10 Jahren begangen worden sind. Frist: 4.10.2010.
(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Anpassung der Verordnungen aufgrund der Einführung biometrischer Daten im Ausländerausweis (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands): Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit

Der Ausländerausweis enthält gemäss der Verordnung (EG) Nr. 1030/2002 ab Januar 2011 auch biometrische Daten. Die entsprechenden Gesetzesgrundlagen müssen gemäss der Botschaft des Bundesrates vom 18. November 2009 in drei Verordnungen konkretisiert werden: der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE), der Verordnung über das Zentrale Migrationsinformationssystem (ZEMIS-Verordnung) und der Verordnung über die Gebühren zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Gebührenverordnung AuG, GebV-AuG). Es handelt sich darum, genau zu bestimmen, wer einen biometrischen Ausländerausweis erhält und welche Gebühren in diesem Zusammenhang erhoben werden. Frist: 9.9.2010.
(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Revision des Finanzkontrollgesetzes

Gestützt auf die Motion 07.3282 beauftragt der Bundesrat die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK), ein Vernehmlassungsverfahren zur Revision des Finanzkontrollgesetzes (FKG) durchzuführen. Mit der Revision soll die bestehende Prüflücke der Finanzaufsicht bei der direkten Bundessteuer geschlossen werden. Derzeit ist kein unabhängiges Finanzaufsichtsorgan für die Überprüfung in diesem Bereich explizit zuständig. Der Vorschlag passt die aus dem Jahre 1967 stammenden Artikel 16 und 17 FKG den Änderungen der vergangenen Jahre an. Die bereits bestehende und gepflegte Zusammenarbeit der EFK mit den kantonalen Finanzkontrollen wird bekräftigt. Der Vorschlag lässt Raum für eine föderative und sachbezogene Ausgestaltung der Finanzaufsicht. Frist: 17.9.2010.
(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

IV. Aus den Räten

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

prochaines années. En résumé, l'objectif n'est, avant tout, pas de pouvoir surveiller plus, mais mieux. Date limite: 18.8.2010.
(Source: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Rapport et avant-projet relatifs à la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire concernant la mise en œuvre de l'art. 123b Cst. sur l'imprescriptibilité des actes d'ordre sexuel ou pornographique commis sur des enfants impubères

Le 30 novembre 2008, le peuple et les cantons ont accepté l'initiative populaire intitulée «pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie infantine» et, partant, un nouvel art. 123b Cst. Estimant que cette disposition était trop imprécise, le Conseil fédéral a décidé de la concrétiser au niveau de la loi, afin notamment de garantir la sécurité juridique. L'avant-projet, qui consiste en une modification de l'art. 101 CP, prévoit de rendre imprescriptible les infractions aux art. 187, al. 1, 189, 190 et 191 CP lorsqu'elles ont été commises sur des enfants de moins de 10 ans. Date limite: 4.10.2010.
(Source: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Adaptation d'ordonnances en raison de l'introduction de données biométriques dans le titre de séjour (Développement de l'acquis de Schengen): Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative

Le titre de séjour tel que défini par le règlement (CE) 1030/2002 devient biométrique à partir de janvier 2011. Il convient de prévoir la concrétisation des bases légales du message du Conseil fédéral du 18 novembre 2009 dans trois ordonnances: l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA), l'ordonnance sur le système d'information central sur la migration (Ordonnance SYMIC) et l'ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi sur les étrangers (Tarifs des émoluments LEtr, OemLEtr). Il s'agit de définir précisément qui reçoit un titre de séjour biométrique et quels sont les émoluments perçus dans ce cadre. Date limite: 9.9.2010.
(Source: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Révision de la loi sur le Contrôle des finances

Donnant suite à la motion 07.3282 le Conseil fédéral charge le Contrôle fédéral des finances (CDF) de mener une procédure de consultation relative à la révision de la loi sur le Contrôle des finances (LCF). La révision vise à combler la lacune existante dans la surveillance financière de l'impôt fédéral direct. Actuellement, aucun organe indépendant n'est explicitement chargé de la surveillance financière dans ce domaine. Le projet a pour objectif d'adapter les articles 16 et 17 LCF, dont la teneur date de 1967, à l'évolution survenue ces dernières années. Il vise également à renforcer la collaboration déjà existante entre le CDF et les organes cantonaux de contrôle financier. Il prévoit une répartition des tâches de surveillance financière fondée sur des critères objectifs et sur les principes du fédéralisme. Date limite: 17.9.2010.
(Source: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

IV. Activités des Conseils et des commissions parlementaires

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

Georg Naegeli*

Darf man im Prozess lügen?

Stichworte: Wahrheitspflicht, Behaupten, Bestreiten, Lügen, Prozess

I. Einleitung

Man stelle sich vor . . .

Eine Unternehmung kauft sämtliche Aktien einer anderen Unternehmung. Es zeigt sich, dass die Bewertung gewisser Aktiven des Kaufobjektes in dessen Büchern unrealistisch war und die Aktiven wesentlich geringer sind, als aus der letzten Bilanz vor der Übernahme hervorging.

Die Käuferin kommt zur Anwältin und beauftragt sie, Klage gegen die Verkäuferin mit dem Ziel einzureichen, eine signifikante Kaufpreisreduktion zu erzielen.

Die Anwältin wird instruiert, die Käuferin habe den offerierten und schliesslich bezahlten Kaufpreis aufgrund der Bewertungen dieser Aktiven festgelegt. Hätte die Käuferin gewusst, dass diese Bewertungen überhöht waren, hätte sie niemals so viel für die erworbene Unternehmung bezahlt.

Die Anwältin begründet die Klage auf Herabsetzung des Kaufpreises entsprechend.

Noch vor Einreichung der Replik stellt sie zweifelsfrei fest, dass ihre Mandantin die Berechnung der Kaufpreisofferte *nicht* auf diese Bewertungen gestützt hatte, sondern auf andere Überlegungen. Die Anwältin findet sogar Belege dafür, dass ihre Mandantin die fraglichen Bewertungen im Vorfeld des Erwerbs der Unternehmung angezweifelt hatte.

Wie soll die Anwältin vorgehen?

- In der Replik vollumfänglich an der Klagebegründung festhalten, obwohl sie mittlerweile weiss, dass sie nicht stimmt?
- Von der Mandantin die Erlaubnis verlangen, sich von der ursprünglichen Klagebegründung (möglichst gesichtswahrend) zu distanzieren und die Klage auf eine andere Grundlage zu stellen (falls man eine solche findet)?
- Das Mandat niederlegen und der Mandantin empfehlen, dem nächsten Anwalt nichts davon zu erzählen, dass das Klagefundament nicht stimmt?

Dieses Beispiel wirft die Frage nach der Wahrheitspflicht der *Parteivertretung* im Prozess auf. Daneben stellt sich auch die Frage, ob die *Partei* selbst verpflichtet ist, im Prozess die Wahrheit zu sagen. Prüfwert ist zudem, ob eine Wahrheitspflicht nur für Behauptungen, nicht aber für Bestreitungen besteht, ob also eine Partei oder ihre Anwältin wider besseres Wissen eine geg-

nerische Behauptung bestreiten darf. Mit diesen Fragen befassen sich die folgenden Ausführungen.

II. Anwaltsrechtliche Aspekte

Die Frage, ob Anwälte und Anwältinnen im Prozess lügen dürfen, hat nicht nur prozessrechtliche Aspekte, sondern vor allem auch anwaltsrechtliche. Ausgangspunkt der anwaltsrechtlichen Analyse ist die Stellung der Anwälte im System der Rechtsdurchsetzung und die Folgerungen, die daraus zu ziehen sind.

A. Sind Anwältinnen und Anwälte «Diener des Rechts»?

Das Bundesgericht hat wiederholt ausgeführt, der Anwalt sei bei seiner Berufstätigkeit an die Schranken gebunden, die sich aus seiner Stellung als «*Diener des Rechts*» und als «*Mitarbeiter der Rechtspflege*» ergeben.¹ Im Entscheid 106 Ia 100 E. 6b S. 104 f. rückte es mit folgenden Erläuterungen diese etwas missverständliche Formulierung ins richtige Licht:²

«Die Bezeichnungen «Diener des Rechts» und «Mitarbeiter der Rechtspflege» bedeuten aber *nicht*, dass der Anwalt wie der Richter *auf die objektive Wahrheitsfindung und Rechtsanwendung verpflichtet* sei. [. . .] Der Anwalt ist aber nicht staatliches Organ und auch nicht «Gehilfe des Richters», sondern *Verfechter von Parteiinteressen* und als solcher *einseitig* für seinen jeweiligen Mandanten tätig.

Das heisst aber nicht, dass die Tätigkeit des Anwalts keinen Schranken unterliege. [. . .] Ob derartige Pflichtwidrigkeiten vorliegen, ist wegen der dem Anwalt zustehenden weiten Entscheidungsfreiheit jedoch mit grosser Zurückhaltung zu beurteilen.»

Auch in der Lehre wird betont, dass für Anwältinnen und Anwälte keine besondere Pflicht besteht, das Gericht bei der Ermittlung der objektiven Wahrheit zu unterstützen oder die Gegenpartei über einen Irrtum aufzuklären. Anwältinnen und Anwälte sind vielmehr verpflichtet, die Interessen ihrer Mandanten zu vertreten. Dazu kann auch gehören, eine für den Klienten ungünstige Begebenheit herabzuspielen oder davon abzulenken.³

Anwältinnen und Anwälte dürfen also – und müssen sogar – bei der Erfüllung ihrer Aufgabe in erster Linie die Interessen ihrer Mandanten beachten.

* Dr. iur., Partner der Kanzlei Homburger AG, Zürich, Mitglied des Kassationsgerichts des Kantons Zürich. Für die wertvolle Unterstützung bei der Verfassung des Artikels ist der Autor *Frau MLaw Melinda Müller* zu grossem Dank verpflichtet.

1 BGE 103 Ia 431 E. 4b; 98 Ia 58 E. 3.

2 Hervorhebung beigefügt.

3 SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, N 1526; VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A. 2006, 5 N 131.

B. Anwaltsrechtliche Wahrheitspflichten

1. Anwältinnen und Anwälte dürfen nicht wider besseres Wissen unwahre Behauptungen aufstellen

a) Das Verbot zu lügen

Seit dem 1. Juni 2002 gelten für Anwältinnen und Anwälte die Berufsregeln des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte. Mit dem BGFA wurden die Berufsregeln (Art. 12 BGFA) sowie das Disziplinarrecht (Art. 15–20 BGFA) neu gefasst und auf eidgenössischer Ebene abschliessend festgelegt. Es bleibt kein Raum für abweichende kantonale Regelungen.⁴

Das Regelwerk des BGFA statuiert *keine direkte Wahrheitspflicht der Anwälte*. Vielmehr hält Art. 12 lit. a BGFA im Sinn einer Generalklausel fest, dass der Anwalt seinen Beruf «*sorgfältig und gewissenhaft*» ausüben muss. Dies gilt sowohl im Umgang der Anwälte mit Klienten als auch für ihr Verhalten gegenüber den Gerichtsbehörden.⁵ Die Botschaft umschreibt diese Anforderung als «*korrektes Verhalten bei der gesamten Anwaltstätigkeit*».⁶

In *Lehre und Rechtsprechung* wird einhellig und seit jeher die Ansicht vertreten, dass unwahre Tatsachenbehauptungen *unzulässig* sind. So heisst es einprägsam in dem 1988 erschienenen Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwalts im Kanton Zürich:⁷

«[Der Anwalt] soll die Interessen seines Klienten *nicht mit Lug und Trug*, sondern nach Recht und Billigkeit verfechten.»

Die Zürcher Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte entschied schon 1946, dass der Anwalt, der «*sich bewusste Unwahrheiten zu Schulden kommen liesse, [...] der Achtung nicht würdig [wäre], die sein Beruf erfordert*».⁸ Nach einem Entscheid von 1952 verbietet es «*[d]ie Wahrheitspflicht des Anwaltes [...], die Rechtsverfolgung mit bewusst unwahren oder irreführenden Angaben zu betreiben*».⁹

Gemäss *Fellmann*¹⁰ ist es Anwältinnen und Anwälten namentlich verboten,

«bewusst unwahre Behauptungen aufzustellen, Richter und Behörden etwa durch Auflage unrichtiger Beweismittel über einen für die Beurteilung wesentlichen Sachverhalt irreführen, Zeugen zu beeinflussen oder mit rechtswidrigen Drohungen auf die Gegenpartei oder den Gang eines Verfahrens einzuwirken.»

4 STUDER, Die sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung nach BGFA, in: *Anwaltsrevue* 10/2004, S. 373–374.

5 PFISTER, Aus der Praxis der Aufsichtskommission, in: *SJZ* 105 (2009), S. 285 ff., S. 287, unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichtes 2A.545/2003.

6 Botschaft zum BGFA, BBl 1999 6054.

7 Verein Zürcherischer Rechtsanwälte (Hrsg.), *Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich*, auf der Grundlage der 1969 erschienenen Dissertation von Dr. PAUL WEGMANN, 1988, S. 40.

8 ZR 45 Nr. 111.

9 ZR 52 Nr. 62.

10 FELLMANN, in: *Fellmann/Zindel* (Hrsg.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2005, Art. 12 N 37.

Auch § 4.4 der vom Rat der europäischen Anwaltschaften (Council of European Lawyers, CCBE)¹¹ erlassenen Berufsregeln für Europäische Rechtsanwälte¹² legt fest, dass «*[d]er Rechtsanwalt [...] dem Gericht niemals vorsätzlich unwahre oder irreführende Angaben machen*» dürfe.

b) Die Grundlage des Verbotes zu lügen

Diskutabel ist, woraus sich das Verbot an die Anwälte ableitet, wider besseres Wissen falsche Tatsachen zu behaupten. *Bernhart* vertritt die Auffassung, dass ohne ein solches Verbot das Vertrauen in die Wahrung des Rechts durch den Rechtsanwalt in Frage gestellt wäre.¹³

«Dürfte der Rechtsanwalt lügen oder sich die Mandantenlüge distanzlos zu eigen machen, müsste das Gericht dem Anwaltsvortrag gegenüber misstrauisch sein und wäre verpflichtet, diesen aus der Perspektive einer Lüge zu würdigen.»

M.E. betont diese Auffassung zu sehr die Funktion der Anwälte als Diener des Rechts bzw. verkennt, dass der primäre Auftrag der Anwälte die Vertretung der Interessen ihrer Mandanten ist, wie dies BGE 106 Ia 100 E. 4b S. 104 klargestellt hat.¹⁴ Das Verbot der Lüge lässt sich auch ohne Rückgriff auf die Funktion der Anwälte als Diener des Rechts und Mitarbeiter der Rechtspflege begründen. Wie *Schiller* betont, soll man davon ausgehen dürfen, dass Anwälte nicht lügen. Das ergibt sich zunächst aus dem allgemeinen Grundsatz von Art. 12 lit. a BGFA, wonach die Anwälte ihren Beruf «*sorgfältig und gewissenhaft*» auszuüben haben; damit sind Behauptungen wider besseres Wissen nicht vereinbar. Trotz der Pflicht der Anwältin zu einseitiger Interessenwahrung gibt es *keine Pflicht zur Lüge*.¹⁵

Anwälte verletzen zudem das Gebot, klare Rechtsverhältnisse zu schaffen, wenn sie wissentlich unwahre Behauptungen aufstellen.¹⁶

Endlich ergibt sich das Verbot zu Lügen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, der auch im Zivilprozess gilt¹⁷ und sich an «*[a]lle am Prozess Beteiligten*» richtet,¹⁸ also auch an Anwältinnen und Anwälte.¹⁹

11 <http://www.ccbe.org>

12 *Code of Conduct for European Lawyers*; http://www.ccbe.org/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Code_2006_for_CCBE_4_1255415871.pdf

13 BERNHART, Die professionellen Standards des Rechtsanwalts, 2. A. 2009, S. 115.

14 Vgl. oben II.A.

15 SCHILLER (Fn. 3), N 1512. Für die Unzulässigkeit wissentlich unwahrer Behauptungen auch VOGEL/SPÜHLER (Fn. 3), 5 N 132; STERCHI, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz, 1992, Art. 11 N 5.c S. 50; HABSCHIED, Wahrheitspflicht, persönliches Erscheinen, Rechtsgespräch, in: FS Guido von Castelberg, Rechtsschutz, 2004, S. 59 ff., S. 61.

16 HAFTER, *Strategie und Technik des Zivilprozesses*, 2004, N 2591.

17 Die Mehrheit der kantonalen Prozessordnungen kennt eine ausdrückliche Vorschrift, wonach im Prozess nach Treu und Glauben zu handeln ist (VOGEL/SPÜHLER [Fn. 3], 6 N 87).

18 Für Zürich § 50 Abs. 1 ZPO ZH: «*Alle am Prozess Beteiligten haben nach Treu und Glauben zu handeln*» Ab 1. Januar 2011 gilt Art. 52 ZPO CH, der denselben Wortlaut hat.

19 SCHILLER (Fn. 3), Rz. 1521.

c) Tragweite der Wahrheitspflicht der Anwältinnen und Anwälte

Wie bereits erwähnt²⁰ gilt für Anwältinnen und Anwälte die Wahrheitspflicht nicht schrankenlos. Sie haben keine Pflicht, das Gericht bei der Ermittlung der objektiven Wahrheit zu unterstützen, und sind berechtigt, im Interesse ihrer Mandanten für diese ungünstige Begebenheiten zu verschweigen, zu relativieren oder davon abzulenken.²¹ Dieses Recht findet jedoch seine Schranke im Verbot zu lügen. Im Einzelfall kann es schwierig sein zu entscheiden, ob ein noch zulässiges Ablenken von den für die Mandantin ungünstigen Umständen oder bereits eine unzulässige Irreführung des Gerichtes vorliegt.

Von wissentlich unwahren Behauptungen abzugrenzen sind insbesondere Behauptungen, von welchen der Anwalt nicht weiss, ob sie zutreffen oder nicht; Behauptungen, die eine relative Grösse betreffen (z.B. «längere Zeit»); sowie gewisse Vereinfachungen des behaupteten Sachverhaltes, z.B. das Auslassen von unerheblichen Details.²² Auch wenn der Anwalt erhebliche Zweifel an der Richtigkeit gewisser von ihm aufgestellter Behauptungen hegt, sind seine Vorbringen nicht wissentlich unwahr. Wenn der Mandant trotz Abraten der Anwälte auf der Richtigkeit besteht, «dann hat der Anwalt ohne Zweifel das Recht und möglicherweise sogar die Pflicht, diese Behauptung dem Gericht vorzutragen.»²³

d) Fazit

Es gibt somit eine klare Antwort auf die Frage, ob die Anwältin im Beispielfall unbesehen von ihrem inzwischen besseren Kenntnisstand weiterhin daran festhalten dürfte, dass die Käuferin niemals so viel für die erworbene Unternehmung bezahlt hätte, wenn sie gewusst hätte, dass diese Bewertungen überhöht waren: Die Antwort ist *nein*.

2. Anwältinnen und Anwälte dürfen sich – grundsätzlich – auf die Richtigkeit der Instruktionen verlassen

Hätte die Anwältin bereits vor der Einreichung der Klage Nachforschungen darüber anstellen müssen, ob die erhaltene Instruktion richtig sei? Die Antwort ist – grundsätzlich – *nein*.

Grundsätzlich dürfen sich Anwälte auf die Instruktionen der Mandanten verlassen.²⁴ Allerdings wurde in Lehre und früherer Rechtsprechung öfters auf eine Verpflichtung der Anwälte hingewiesen, im Interesse der Behörden und der Mandanten selbst deren Vorbringen soweit möglich gewissenhaft zu prüfen.²⁵ Dies dürfte seit dem Entscheid BGE 106 Ia 100 E. 6b S. 104 f.²⁶ auf

Fälle beschränkt sein, in denen sich Nachforschungen aufgrund der Umstände geradezu aufdrängen – auch wenn es durchaus im Interesse der Mandanten ist, wenn die Anwälte deren Instruktionen hinterfragen:²⁷

«Er [der Fürsprecher] soll aber weder denselben blind vertrauen und alles unkritisch übernehmen, was der Klient ihm vorträgt – ein gewisses Minimum an Sorgfalt bei der Prüfung und Kontrolle der Angaben des Klienten erfordert schon der Umstand, dass diesem selbst mit einem verlorenen Prozess nicht gedient wäre – noch ist er andererseits gehalten, wie ein Untersuchungsrichter selber die Wahrheit zu erforschen. Der Anwalt darf sich vielmehr auf die Angaben des Klienten grundsätzlich verlassen, wenigstens solange als diese sich nicht offensichtlich als unrichtig oder unmöglich darstellen oder der Anwalt aufgrund konkreter Anhaltspunkte erhebliche Zweifel an deren Richtigkeit haben muss.»

3. Dürfen Anwältinnen und Anwälte wider besseres Wissen bestreiten?

Weit weniger einhellig als die Frage nach dem Verbot des Lügens wird die Frage beantwortet, ob Anwältinnen und Anwälte wider besseres Wissen bestreiten dürfen. Soweit ersichtlich gibt es dazu keine publizierten Gerichtsentscheide. In der Lehre herrschen unterschiedliche Ansichten.

Habscheid, der sich nicht zu anwaltsrechtlichen Vorschriften äusserte, sondern zur zivilprozessualen Wahrheitspflicht, vertrat die Auffassung, aus Art. 2 ZGB leite sich der Grundsatz ab, dass die Parteien *und ihre Vertreter* verpflichtet seien, ihre Behauptungen wahrheitsgemäss und vollständig aufzustellen, und zwar auch die ihnen *ungünstigen*. Die Parteien dürften *nicht* die günstigen Fakten herauspicken und «alles von der Gegenseite vorgebrachte Ungünstige ohne Rücksicht auf eine eigene Kenntnis bestreiten.»²⁸

Habscheid's Auffassung, wonach Parteien und ihre Anwälte auch Ungünstiges vorzutragen hätten, geht indessen zu weit und hat sich in der Schweiz nicht durchgesetzt; sie entspricht nicht dem hiesigen Verständnis des Wesens eines kontradiktorischen Prozesses.

Sterchi vertritt ebenfalls, ohne nähere Begründung, die Auffassung, Anwälte dürften weder bewusst Unwahreres behaupten noch «*mutwillig Tatsachen bestreiten*».²⁹

Demgegenüber *bejaht Hafter* die Zulässigkeit des Bestreitens wider besseres Wissen. Nach seiner Auffassung ist die Formulierung «ich bestreite» oder «der Kläger bestreitet» in der Prozesssprache keine Zusicherung an das Gericht, dass die Behauptung der Gegenpartei unwahr sei. Die Formulierung bedeute lediglich, dass man von der Gegenpartei den Beweis für ihre Behauptung verlange.³⁰ Allerdings weist *Hafter* zu Recht auf die taktische

20 Oben II.A.

21 SCHILLER (Fn. 3), N 1526; VOGEL/SPÖHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., 2005, 5 N 131.

22 HAFTER (Fn. 16), N 2594 ff.

23 HAFTER (Fn. 16), N 2595.

24 Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich (Fn. 7), S. 60.

25 ZR 58 Nr. 110 (Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte); weitere Hinweise im Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich (Fn. 7), S. 60.

26 Vgl. oben II.A.

27 STERCHI (Fn. 15), Art. 11 N 5.b; ähnlich BERNHART (Fn. 13), S. 114 f.

28 HABSCHIED (Fn. 15), S. 61.

29 STERCHI (Fn. 15), Art. 11 N 5.c.

30 HAFTER (Fn. 16), N 1363 ff., 2599; vgl. auch SCHWARTZ, Die Bedeutung von Treu und Glauben im Prozess- und Betreibungsverfahren, in: FS zum 70. Geburtstag von Max Guldener, 1973, S. 291 ff., S. 297 f.

Komponente eines solchen Vorgehens hin,³¹ in der Tat sind Anwälte schlecht beraten, eine Behauptung wider besseres Wissen zu bestreiten, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Gegenpartei die Richtigkeit ihrer Behauptung belegen kann.

Ob man wider besseres Wissen eine Behauptung bestreiten darf, ist nicht nur eine taktische Frage, sondern mag auch ethische Bedenken begründen. Mit guten Gründen hält *Hafter* diesen entgegen, dass es Situationen gibt, in denen es durchaus legitim ist, Beweisschwierigkeiten des Gegners auszunützen – namentlich dann, wenn diesen eigene Beweisschwierigkeiten gegenüberstehen.³² Der Anwalt ist primär dazu verpflichtet, die Interessen seines Mandanten zu wahren. Dies bringt es mit sich,³³

«dass seine Handlungen oft dazu führen werden, dass die Interessen und Rechte anderer verletzt werden, manchmal sogar zu Unrecht [. . .]. Ein Anwalt hat das zu behaupten und zu beweisen, was den Standpunkt seines Mandanten stützt, und es ist nicht seine Sache, sicherzustellen, dass die Rechte der Gegenpartei oder Dritter nicht durch das Urteil verletzt werden.»

Auch *Schiller* betont, dass wahrheitswidrige Äusserungen dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht von vornherein zuwiderlaufen, weil die Anwälte einseitig die Interessen und die Position der Klienten zu vertreten haben.³⁴ In jedem Fall dürfe der Anwalt eine für den Mandanten nachteilige Darstellung in Frage stellen und bestreiten, «selbst wenn er positiv weiss, dass sie den Tatsachen entspricht.»³⁵

Mir scheint dieser liberalere Ansatz der richtige zu sein. Anwältinnen und Anwälte sind in solchen Situationen im Widerstreit zwischen der bestmöglichen Wahrung der Interessen der Mandantin und dem ethischen Imperativ, vor Gericht nicht zu lügen. Versteht man die Formulierung «ich bestreite» im Sinn *Hafter's* nicht als Behauptung, dass die von der Gegenseite behauptete Tatsache nicht bestehe, sondern bloss als Aufforderung an den Prozessgegner, die Behauptung zu belegen, so entschärft sich der Konflikt: Die Anwältin stellt mit ihrer Bestreitung nicht eine unwahre Behauptung auf, und sie bestreitet unter Umständen in bester Wahrnehmung des Mandatsauftrages die gegnerischen Behauptung wider besseres Wissen.

III. Die Wahrheitspflicht der Partei im Zivilprozess

Das Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln, ist ein fundamentales Element der schweizerischen Rechtsordnung. Es gilt auch im öffentlichen Recht, namentlich im Prozessrecht.³⁶ Als allgemeine Pflicht folgt es aber bereits aus Bundesrecht (Art. 9

BV, Art. 2 ZGB).³⁷ Die Wahrheitspflicht ist Ausfluss dieses Gebotes.³⁸

Die noch geltende Zürcher Zivilprozessordnung normiert die Wahrheitspflicht der Parteien ausdrücklich. § 50 Abs. 2 ZPO ZH legt fest, dass die Parteien «[d]em Gericht gegenüber [. . .] zur Wahrheit verpflichtet» sind. Die Wahrheitspflicht bezieht sich auf den Sachverhalt, den die Parteien wahrheitsgemäss und, soweit er ihnen bekannt ist, vollständig darlegen sollen. Die Parteien dürfen «nicht wider besseres Wissen Behauptungen aufstellen oder bestreiten.» Allerdings ist eine Partei nicht gehalten, eine ihr ungünstige Tatsache aus eigenem Antrieb vorzubringen.³⁹

Am 1. Januar 2011 wird die eidgenössische Zivilprozessordnung in Kraft treten. Sie ist hinsichtlich der Wahrheitspflichten der Parteien erstaunlicherweise nicht sehr ergiebig – trotz bestehender Vorbilder für eine ausdrückliche Regelung. Art. 52 ZPO CH beschränkt sich auf eine Normierung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Zivilprozess: «Alle am Verfahren beteiligten Personen haben nach Treu und Glauben zu handeln».

Was diese Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben im Einzelnen umfasst, wird weder im Gesetz noch in der Botschaft näher ausgeführt. Allerdings qualifiziert die Botschaft Treu und Glauben als «Grundgebot der schweizerischen Rechtsordnung (Art. 2 Abs. 1 ZGB)», das nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch im Zivilprozessrecht gelte,⁴⁰ und stützt sich damit auf die schon bisher gültige Rechtslage.⁴¹ Es ist daher nicht zweifelhaft, dass der in Art. 52 ZPO CH normierte Grundsatz von Treu und Glauben auch die Wahrheitspflicht der Parteien umfasst. Interessanterweise thematisieren aber mehrere Lehrbücher und Kommentare zur schweizerischen Zivilprozessordnung die Wahrheitspflicht im Zusammenhang mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht.⁴² Auch wenn die Wiederholung des Grundsatzes von Treu und Glauben in Art. 52 ZPO CH redundant erscheinen mag,⁴³ wäre ein zusätzlicher Hinweis auf die Wahrheitspflicht wohl doch nützlich gewesen.

Zulässig ist die *Behauptung mit Nichtwissen*, soweit sie (i) nicht wider besseres Wissen erfolgt und (ii) nicht eigene Handlungen oder Wahrnehmungen der Partei betrifft.⁴⁴

Anders als den Anwältinnen und Anwälten (nach hier vertreter Auffassung)⁴⁵ dürfte es Parteien auch verboten sein, wider besseres Wissen zu *bestreiten*.⁴⁶ Bei Parteien besteht keine Pflicht-

31 HAFTER (Fn. 16), N 1367 ff.

32 HAFTER (Fn. 16), N 1373 ff.

33 HAFTER (Fn. 16), N 2585.

34 SCHILLER (Fn. 3), N 1510.

35 SCHILLER (Fn. 3), N 1511.

36 BGE 101 Ia 44; BGE 102 II 16; BGE 105 II 155.

37 VOGEL/SPÜHLER (Fn. 3), 6 N 89.

38 VOGEL/SPÜHLER (Fn. 3), 6 N 90; SCHILLER (Fn. 3), N 1521.

39 FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A. 1997, § 50 N 16.

40 Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7274.

41 GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, Art. 52 N 2, bezeichnen die Wiederholung des Grundsatzes in Art. 52 ZPO CH denn auch als «deklarativ».

42 Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2008, § 10 Rz. 58 ff.; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2007, Rz. 412 ff.; GASSER/RICKLI (Fn. 41), Art. 52 N 1 f.

43 GASSER/RICKLI (Fn. 41), Art. 52 N 2.

44 FRANK/STRÄULI/MESSMER (Fn. 39), § 50 N 16.

45 Vgl. oben II.B.3.

46 FRANK/STRÄULI/MESSMER (Fn. 39), § 50 N 16.

tenkollision, welche die wahrheitswidrige Bestreitung legitimieren würde.

IV. Sanktionen

Wahrheitswidriges Behaupten oder Bestreiten im Prozess kann für die Partei oder ihren Vertreter *disziplinarische Sanktionen* zur Folge haben, wenn die Prozessführung der Partei als Folge der Lüge als «böswillig» oder «mutwillig» erscheint.⁴⁷ Erfolgt die Lüge in einer förmlichen Beweisaussage, so macht sich die Partei nach Art. 306 StGB *strafbar*.

Anwälte müssen überdies gegebenenfalls *anwaltsrechtliche Sanktionen* gewärtigen.

In Frage kommt auch eine Verurteilung wegen *Prozessbetrugs*. Als solcher gilt die arglistige Täuschung des urteilenden Gerichtes durch unwahre Tatsachenbehauptungen der Prozessparteien, die darauf abzielen, das Gericht zu einem das Vermögen einer Prozesspartei oder Dritter (materiell unbegründet) schädigenden Entscheid zu bestimmen.⁴⁸ Allerdings schliesst das Erfordernis der Arglist, welches das Bundesgericht auch im Zusammenhang mit dem Prozessbetrug hervorhob,⁴⁹ aus, dass Fälle bloss wahrheitswidriger Behauptungen oder Bestreitungen zu einer Verurteilung führen können.⁵⁰ Im Entscheid 122 IV 197 hatte die schliesslich verurteilte Partei ihre falschen Behauptungen im Prozess mit gefälschten Beweismitteln belegt.

Anwälte, welche in Kenntnis der Sachlage die arglistige Täuschung unterstützen, können sich je nach ihrem Beitrag der Mitäterschaft oder zumindest der Gehilfenschaft schuldig machen.

Hingegen hat die versuchte Täuschung des Gerichtes *keine zivilprozessualen Folgen*. Der Prozess geht nicht verloren, weil die Partei und/oder ihr Anwalt gelogen haben, sondern weil – allenfalls – der Anspruch aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse nicht besteht.

V. Fazit

Die Wahrheitspflicht als Prozessgrundsatz gilt für alle am Prozess Beteiligten, so auch für die prozessbevollmächtigten Anwältin-

nen und Anwälte. Sie ergibt sich aus dem Grundgebot von Treu und Glauben, für Anwältinnen und Anwälte überdies aus der anwaltsrechtlichen Grundpflicht der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung.

Für die Parteien gilt nach hier vertretener Auffassung eine umfassendere Wahrheitspflicht als für Anwälte. Parteien dürfen weder wider besseres Wissen behaupten noch bestreiten. Tun sie es dennoch, drohen ihnen disziplinarische Sanktionen, eventuell eine strafrechtliche Verfolgung.

Auch Anwältinnen und Anwälten ist es strikte verboten, lügenhafte Behauptungen aufzustellen. Demgegenüber sollten sie die Möglichkeit haben, in Wahrnehmung ihrer Pflicht, die Interessen ihrer Mandanten zu vertreten, wider besseres Wissen zu bestreiten. Die Anwältin ist in erster Linie Dienerin ihres Mandanten, nicht Dienerin des Rechts. Die anwaltliche Bestreitung lässt sich ohne Zwang als Aufforderung an die Gegenpartei verstehen, ihre Behauptung zu beweisen (statt als Behauptung des Gegenteils des bestrittenen Vorbringens).

Das Dilemma der Anwälte zwischen der bestmöglichen Wahrung der Interessen des Mandanten und dem ethischen Imperativ der Wahrheitspflicht bleibt jedoch auch bei dieser liberalen Sichtweise bestehen. Es mag manchem Anwalt, mancher Anwältin aus dem in Kants Ausspruch⁵¹ trefflich wiedergegebenen Grund unerträglich sein, wider besseres Wissen Behauptungen der Gegenpartei zu bestreiten. In solchen Fällen bleibt wohl nichts anderes übrig, als das Mandat niederzulegen – sofern die zeitlichen Verhältnisse dies zulassen. Denn eine instruktionswidrige oder instruktionslose (wo Zeit vorhanden gewesen wäre, eine Instruktion einzuholen) Anerkennung der für die Mandantin nachteiligen Tatsache kommt aus anwalts- und auftragsrechtlichen Gründen nicht in Frage.

Das bringt uns zur letzten aufgeworfenen Frage: Darf die Anwältin bei Mandatsniederlegung der Mandantin empfehlen, diese solle dem nächsten Anwalt nichts von der falschen Tatsachendarstellung in der Klageschrift erzählen? Ich meine ja, aber auch darüber lässt sich trefflich streiten . . . ■

47 § 50 Abs. 3 ZPO ZH; Art. 128 Abs. 3 ZPO CH.

48 BGE 122 IV 197 E. 2.

49 BGE 122 IV 197 E. 3.

50 BGE 122 IV 197 E. 3 d.

51 IMMANUEL KANT, *Theodizee*, S. 119: «Die Lüge bleibt eine Lüge, auch wenn sie in noch so guter Absicht erfolgt.».

Der SAV teilt mit La FSA vous informe

Vorankündigung: Powerseminare Schweizerische ZPO/SchKG/LugÜ

Mit der Schweizerischen ZPO treten am 1. 1. 2011 auch wesentliche Änderungen des SchKG sowie das revidierte Lugano-Übereinkommen in Kraft. Das Seminar diskutiert praktische Fragen und gibt einen konzentrierten Einstieg in die neue Prozesslandschaft:

Veranstaltungsorte:

- 23. September 2010: Zürich (16.00–19.00 Uhr)
- 28. Oktober 2010: Bern (16.00–19.00 Uhr)
- 14. Dezember 2010: St. Gallen (16.00–19.00 Uhr)

Referenten:

- Dominik Gasser, Rechtsanwalt, Partner Bratschi Wiederkehr & Buob, Bern/Basel/Zürich/St. Gallen/Zug, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern, Verfasser zahlreicher Publikationen, u. a. des Kurzkommentars ZPO
- Dr. iur. Daniel Hunkeler, Rechtsanwalt LL.M, Partner Baur Hürlimann, Zürich und Baden, Präsident der Fachgruppe SchKG des Zürcher Anwaltsverbandes, Verfasser zahlreicher Publikationen, u. a. Herausgeber des Kurzkommentars SchKG
- Dr. iur. Fridolin Walther, Rechtsanwalt LL.M, Partner Walther Howald Leuch, Bern, Verfasser zahlreicher Publikationen, u. a. des Grundrisses «Schuldbetreibungs- und Konkursrecht»

Weitere Informationen zu den Seminaren finden Sie ab Anfang Juli 2010 auf unserer Homepage: www.swisslawyers.com/Service-Center/Veranstaltungen.

SAV-Mediationsausbildung

(«Block IV» gemäss Reglement Mediator SAV/Mediatorin SAV)

Datum: 26. November 2010
 Zeit: 08.45 bis ca. 17.45 Uhr
 Ort: Kursaal in Bern
 Anzahl Teilnehmende: 24 (Mindestteilnehmerzahl: 16 Personen/Ausweichdatum: 18. 3. 2011)
 Teilnahmeberechtigung: Absolvierte Mediationsausbildung gemäss Reglement (Basis Reglement Mediator SAV/Mediatorin SAV und Weisungen über die Anerkennung von Mediationsausbildungen)
 Themen der Ausbildung: Der Anwalt resp. die Anwältin und die Mediation:

1. Die Rollen des Anwalts resp. der Anwältin in der Mediation (Berater/in, Begleiter/in, Mediator/in)
 2. Der Anwalt als Mediator, resp. die Anwältin als Mediatorin
 - 2.1. Mediation und anwaltliche Tätigkeit
 - 2.2. Standesregeln und Richtlinien
 - 2.3. Mediationsvertrag
 - 2.4. Das Recht in der Mediation
- Kurssprache: Deutsch und Französisch
 Kurskosten: CHF 550.– (inkl. Verpflegung)
 Kursunterlagen: Die Unterlagen werden während der Ausbildung abgegeben.

Das Anmeldeformular zur SAV-Ausbildung kann beim Sekretariat des Schweizerischen Anwaltsverbandes (Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, E-Mail: info@swisslawyers.com) oder online unter swisslawyers.com/«Mediation» bezogen werden.

Formation Médiateur/Médiatrice FSA

(Bloc IV conformément au règlement Médiateur FSA/Médiatrice FSA)

Dates: 26 novembre 2010
 Heures: 08h45 à 17h45 environ
 Lieu: Kursaal à Berne
 Nombre de participants: 24 par cours (nombre de participants minimaux: 16 personnes/date de remplacement: 18 mars 2011)
 Prérequis: Formation à la médiation accomplie conformément au règlement (le règlement Médiateur FSA/Médiatrice FSA et les directives pour la reconnaissance des formations à la médiation servent de base)
 Thèmes de la formation: L'avocat et la médiation:

1. Le rôle de l'avocat dans la médiation (conseiller, accompagnant, médiateur)
2. L'avocat comme médiateur
 - 2.1. La médiation et l'activité d'avocat
 - 2.2. Les règles de déontologie
 - 2.3. Le contrat de médiation
 - 2.4. Droit et limites dans la médiation

 allemand et français, selon les inscriptions

Coûts de la formation: CHF 550.– (repas inclus)
 Documentation: La documentation sera remise durant le cours.

Vous pouvez obtenir le formulaire d'inscription auprès du secrétariat de la Fédération Suisse des Avocats (tél. 031 313 06 06, fax 031 313 06 16, e-mail info@swisslawyers.com) ou directement sous: www.swisslawyers.com/«mediation».

Fachanwältinnen SAV/Fachanwälte SAV – Der SAV gratuliert!

Fachanwältinnen SAV/Fachanwälte SAV Familienrecht

Der SAV gratuliert den neuen «Fachanwältinnen und Fachanwälten SAV Familienrecht», welche nach erfolgreich absolvierter Fachausbildung, bestandener schriftlicher Prüfung sowie bestandener Fachgespräch am 1. Juni 2010 anlässlich einer kleinen Feier in Zürich ihr Fachanwaltsdiplom entgegennehmen durften. Es sind dies:

Christian Affentranger, Luzern
 Catherine Berger, Rheinfelden
 Christof Brack, Luzern
 Monika Brenner, Abtwil
 Susanne Crameri, Zürich
 Romeo Da Rugna, Zürich
 Thomas Gabathuler, Zürich
 Erna Haueter, Zürich
 Renata Heim, Zürich
 Sabine Herrmann, Basel
 Andrea Hodel-Schmid, Zug
 Christine Kobelt, St. Gallen
 Markus Läufer, Aarau
 Annegret Lautenbach-Koch, Zürich
 Karin Meyer, Zürich
 Carola Reetz, Zürich
 Jean-Luc Rioult, Zürich
 Markus Schmid, Zürich ■

Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

Zivilrecht/Droit civil

26.08.2010	5. Schweizer Erbrechtstag	Zürich	info@verein-successio.ch bzw. an Prof. Paul Eitel, Weissensteinstr. 15, 4503 Solothurn, Fax 032 625 95 90
15.10.2010	Haftpflicht- und Versicherungsrecht	Basel	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch
03.02.2011– 03.09.2011	Avocat/e spécialiste FSA – Cours de spécialisation en droit de travail	Suisse romande	Fédération Suisse des Avocats, Marktgasse 4, CP 8321, 3001 Berne, tél. 031 313 06 06, fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com

Zivilprozessrecht/SchKG/Code de procédure civile/LP

31.08.2010	Einführungstagung zur Schweizerischen ZPO	Bern/Solothurn	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
07.09.2010	Einführungstagung zur Schweizerischen ZPO	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
08.09.2010	Einführungstagung zur Schweizerischen ZPO	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
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
21.09.2010 + 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, jwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch
20.10.2010	SchKG-Tagung/Grundlagenseminar – Basics II	Zürich	Forum SchKG ZPO, Bahnhofplatz 9, Postfach 1867, 8021 Zürich, Tel. 044 218 77 77, Fax 044 218 77 70, info@forum-schkg-zpo.ch, www.forum-schkg-zpo.ch
22.10.2010	Die neue Schweizerische ZPO	Basel	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch
27.10.–30.10.2010	Prozesse am Runden Tisch – die Kunst des Verhandels	Freiburg	Universität Freiburg, Weiterbildungsstelle, Rue de Rome 6, 1700 Freiburg, Tel. 026 300 73 47, Fax 026 300 96 49, formcont@unifr.ch, www.unifr.ch/formcont
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
04.11.2010	SchKG-Tagung/Grundlagenseminar – Basics II	Oltén	Forum SchKG ZPO, Bahnhofplatz 9, Postfach 1867, 8021 Zürich, Tel. 044 218 77 77, Fax 044 218 77 70, info@forum-schkg-zpo.ch, www.forum-schkg-zpo.ch
19.–20.11.2010	Gerichtsnähe 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
05.2011–03.2012	Lehrgang «Prozessführung» mit Certificate of Advanced Studies (CAS Prozessführung)	verschiedene Orte in Deutschschweiz	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch

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

16.09.2010	Einführungstagung zur Schweizerischen StPO	Bern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
17.09.2010	Einführungstagung zur Schweizerischen StPO	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
23.09.2010	Einführungstagung zur Schweizerischen StPO	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
24.09.2010	Einführungstagung zur Schweizerischen StPO	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
5./6.11.2010	Strafverteidigung und neue Strafprozessordnung – praktische Fragestellungen	Zürich	Forum Strafverteidigung, c/o Barbara Zimmerli, Binningerstr. 11, 4051 Basel, Tel. 061 272 20 10, Fax 061 272 20 11, info@forum-strafverteidigung.ch, www.forum-strafverteidigung.ch
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

08.2010–01.2011	Certificate of advanced studies en droit de la santé - Module droit des assurances sociales, travail et santé	Neuchâtel	Université de Neuchâtel, Service de la formation continue, Av. du 1 ^{er} Mars 26, 2000 Neuchâtel, Tel. 032 718 11 20, service.foco@unine.ch
31.08.2010	AHV-Beitragsrecht/Praxis – Entwicklungen – Perspektiven	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
01.09.2010	1. St. Galler Pflegerechtstagung	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch

Diverses/Divers

16./17.09.2010	Mixed Leadership – Mit hochqualifizierten Frauen in die Führung	Luzern	Hochschule Luzern – Soziale Arbeit, Jlanit Schumacher, Werftstrasse 1, Postfach 2945, 6002 Luzern, www.hslu.ch/mixedleadership
17./18.09.2010	Seminar TAS-SAV & FIFA: «CAS Rechtsprechung und neue Entwicklungen im internationalen Sportrecht»/ Séminaire TAS-FSA & FIFA: «Jurisprudence du TAS et nouveaux développements en droit du sport international»	Lausanne	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, www.swisslawyers.com
17.09.2010–2012	LL. M. Internationales Wirtschaftsrecht	Zürich	Universität Zürich, LL. M.-Lehrgang Internationales Wirtschaftsrecht, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 90, Fax 044 634 43 59, info@LLM.uzh.ch, www.LLM.uzh.ch
20.09.2010	Weiterbildungsstudiengänge LL. M. (Legum Magister/ Legum Magistra) & DAS (Diploma of Advanced Studies in Law)	Bern	Universität Bern, Dekanat RW-Fakultät, Fr. Sylvia Kilchenmann, Schanzeneckstr. 1, postfach 8573, 3001 Bern, Tel. 031 631 30 84, sylvia.kilchenmann@rwdek.unibe.ch, www.rechtswissenschaft.unibe.ch
08.11.–02.12.2010	CAS in International Sports Organisations	Zürich	University of Zurich, MAS International Organisations Rämistrasse 74/5, 8001 Zürich, masio@rwi.uzh.ch, www.masio.uzh.ch
15.11.2010	Das Migrationsrecht in Bewegung	Olten	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch

Verschiedene Veranstaltungen/Autres manifestations**International**

05.–09.07.2010	European Labour Law	Trier, Deutschland	ERA Congress Centre, Metzger Allee 4, DE-54206 Trier, Tel. 0049 (0)651 937 370, Fax 0049 (0) 651 937 37 90, info@era.int, www.era.int
05.–09.07.2010	European Intellectual Property Law	Trier, Deutschland	ERA Congress Centre, Metzger Allee 4, DE-54206 Trier, Tel. 0049 (0)651 937 370, Fax 0049 (0) 651 937 37 90, info@era.int, www.era.int
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 95 618–4852, 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 95 618–4852, 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 95 618–4852, 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 95 618–4852, Tel. 001 (530) 757 8596, Fax 001 (530) 757 8596, lawinfo@unexmail.ucdavis.edu, www.extension.usdavis.edu/international/law
27.–28.09.2010	Academy of European Law: Annual Conference on Euro- pean Family Law	Trier, Deutschland	ERA Congress Centre, Metzger Allee 4, DE-54206 Trier, Tel. 0049 (0)651 937 370, Fax 0049 (0) 651 937 37 90, info@era.int, www.era.int

