

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

Das Praxismagazin des Schweizerischen Anwaltsverbandes
L'organe professionnel de la Fédération Suisse des Avocats
La rivista professionale della Federazione Svizzera degli Avvocati

9/2011

THEMA / QUESTION DU JOUR

Dominik Gasser/Daniel Hunkeler/Roger König/Tamara Pietsch-Kojan
Entwicklung des Insolvenz- und Sanierungsrechts in den Jahren 2009 und 2010
(Teil I)

Gilles Muller
Le GATS et les services juridiques: analyse critique de la position suisse

ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU

Adrian Rufener
«Durchklick» – Mailsicherheit

Adrian Rufener
«Clic informatique» – devrions-nous sécuriser
les e-mails échangés avec nos clients?

Thomas Skipwith
Stegreifreden – nie mehr sprachlos

Hans-Philippe Hegetschweizer	Editorial	■ 359
	Thema/Question du jour	
Dominik Gasser/ Daniel Hunkeler/ Roger König/ Tamara Pietsch-Kojan	Entwicklung des Insolvenz- und Sanierungsrechts in den Jahren 2009 und 2010 (Teil I)	■ 363
Gilles Muller	Le GATS et les services juridiques: analyse critique de la position suisse	■ 372
	Anwaltspraxis/Pratique du barreau	
Adrian Rufener	«Durchklick» – Mailsicherheit	■ 380
Adrian Rufener	«Clic informatique» – devrions-nous sécuriser les e-mails échangés avec nos clients?	■ 380
Thomas Skipwith	Stegreifreden – nie mehr sprachlos	■ 381
	Rechtsprechung/Jurisprudence	■ 384
	SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux	
	Der SAV teilt mit/La FSA vous informe	■ 394
	Agenda	■ 399

Impressum

Anwaltsrevue/Revue de l'avocat
14. Jahrgang 2011/14^e année 2011
ISSN 1422–5778

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

Zitiervorschlag/Suggestion de citation
Anwaltsrevue 2/2010, S. 61 ff.
Revue de l'avocat 2/2010, p. 61 ss

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

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

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

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

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

Inserate/Annonces

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

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

Preise/Prix
Jährlich/Annuel: Fr. 198.–, € 158.–
Studenten/Étudiants: Fr. 98.–, € 78.–
Einzelheft/Numéro séparé: Fr. 25.–, € 18.–
Mitglieder des SAV gratis/Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt.
Kündigungen für die neue 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.

De l'art de plomber son client à son insu

Chers Confrères,

Une fois n'est pas coutume, mieux vaut tard que jamais, dans notre, peut-être, dernier éditorial, nous allons aborder un problème qui nous tient à cœur. De règle, nous laissons à d'autres le soin d'évoquer des points de morale et de déontologie, sur lesquels nous ne sommes pas particulièrement regardants quant à nous, mais il y a des limites.

Peut-être sommes nous un peu partisan(s) car nous apprécions l'intelligence pétillante, et parfois méprisante – ce qui n'est surtout pas pour nous déplaire – et le goût du risque de notre ami et ancien confrère Dominique Strauss-Kahn (ci-après DSK), mais il y a dans l'exploitation médiatique de ses ennuis actuels quelque chose qui n'est pas acceptable à nos yeux, pour le moins.

A l'heure où nous dactylographions ces lignes l'accusation américaine se dégonfle et Cyrus Vance jr se mord certainement les doigts, à fort bon escient à notre avis, d'avoir fait un forcing électoral précipité et malencontreux. Dans le même temps, une journaliste française dépose plainte pour une tentative de viol dont elle aurait été victime, en 2003, par le même DSK.

Comme l'écrivait en substance l'auteur d'un dessin de presse dans le Canard enchaîné du 6 juillet 2011, représentant un avocat français enrobé de noir avec bavette: «Les Etats-Unis sont curieux, ils refusent de le laisser sortir, et maintenant ils vont refuser de nous l'extrader».

Au fait: Une dame Tristane Banon, journaliste, cornaquée par un avocat dont nous tairons le nom pour ne pas ajouter à sa publicité, porte plainte début juillet **2011** pour une tentative de viol de DSK prétendument perpétrée en **2003** (!!). Il ne s'agissait pas, on le précise, d'une enfant de 4 ans martyrisée par son beau-père. Elle était majeure et vaccinée. Et n'a pas hésité à faire part de son aventure sur une chaîne de télévision française en **2007** (<http://www.staragora.com/news/quand-tristane-banon-accusait-dsk-chez-ardisson/427076>).

Comme nous nous étions permis de réprover publiquement ce genre de manœuvre sur un blog de romans policiers français, nous nous sommes pris une volée de bois vert. Motif: nous étions un antiféministe primaire qui ne reconnaissait pas le courage dont avait fait preuve la victime en dénonçant enfin DSK (après huit ans, voir toutefois le passage à la télévision dont le lien figure ci-dessus).

Vous nous direz: qu'est-ce que cette salade people a à voir avec le métier d'avocat? Où est-ce que vous voulez en venir?

A cela: on sait qu'il existe une présomption d'innocence, et que de ce fait il incombe à l'accusation de démontrer les faits constitutifs d'une infraction jusqu'à élimination de tout doute raisonnable. On sait qu'en matière d'agressions sexuelles la preuve est difficile, d'où un abaissement de ce que nos amis germanophones appellent le Beweismass. Mais on sait aussi qu'une femme capable de discernement, journaliste émérite, de 32 ans, qui attend plus de huit ans pour se déclarer ne sera pas crédible, au-delà de toute considération de Beweismass. D'emblée, elle est grillée.

De deux choses l'une: soit son avocat a été consulté tout de suite et il n'a rien fait pendant huit ans. Soit il a été consulté après la vendange Sofitel et il a profité de la situation pour se montrer dans les journaux télévisés, selon le bon principe selon lequel mieux vaut se montrer en disant des inepties que rester un Nobody, au même titre que sa cliente qui n'a visiblement rien compris du risque qu'elle prenait.

Dans l'intervalle, Cyrus Vance jr s'est couché parce qu'il se savait refroidi par avance en Cour, et Kenneth Thompson aura fait ses choux gras de cette sordide affaire, surfant sur les trous du dossier de l'accusateur public et sa déculottée pour nous annoncer une mascarade de procès civil. Aux Etats-Unis il y a toujours un os à ronger, y compris pour sucer la moëlle épinière de son premier allié.

DSK est cassé pour toujours, mais apparemment ça ne suffit pas encore à certains confrères affairopportunistes jusqu'à la honte.

En France la plaignante Banon n'a pas l'ombre d'une chance, elle sera carbonisée ad eternam vitam dans son milieu, pour avoir voulu faire la une de quelques feuilles de choux people, sans espoir de retour.

Son avocat, lui, aura triplé son chiffre d'affaires en trois journaux télévisés et se sera constitué (enfin?) une clientèle, sans que personne ne se demande s'il n'a pas crucifié sa propre cliente pour se brûler de platine. Alors qu'il savait pertinemment que les journaux people, par les mêmes articles tapageurs, le feraient grimper au pinacle cependant qu'ils tueraient sa cliente.

C'est une honte. Et dieu sait, les annales nous en rendront compte, si nous ne sommes pas trop regardants en général ...

Hans-Philippe Hegetschweizer

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

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

Stichworte: Bankenkonskurs- und Bankensanierung, Bucheffektengesetz, Einlegerschutz, Insolvenzrecht, Lugano-Übereinkommen, Mehrwertsteuergesetz, Nachlassrecht, Paulianische Anfechtung, Sanierungsrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Too Big to Fail

Dieser Artikel basiert auf einem Vortrag, der im Rahmen des Schweizerischen Anwaltskongresses vom 23.–25. Juni 2011 in Luzern gehalten wurde, und auf dem im dazugehörigen elektronischen Tagungsband publizierten Manuskript. Im ersten Teil behandelt er die in Kraft getretenen Gesetzesrevisionen seit 2009 sowie die laufenden Gesetzesrevisionen – im zweiten Teil (in der Anwaltsrevue 10/2011) orientiert er über die aktuelle Rechtsprechung und gibt eine Übersicht über erschienene Literatur.

I. In Kraft getretene Gesetzesrevisionen seit 2009

1. Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – Auswirkungen auf das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG)

a) Vorbemerkung

Die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – in Kraft seit dem 1. Januar 2011 – hat bedeutsame Auswirkungen auf das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG).¹ Die wesentlichen dieser Auswirkungen werden hier im Überblick dargestellt; angesprochen sind folgende Punkte:

- neue definitive Rechtsöffnungstitel (insb. die vollstreckbare öffentliche Urkunde; Art. 347 ff. ZPO)
- erleichterte interkantonale Fortsetzung der Betreibung
- Fristendruck bei gewissen SchKG-Klagen (Art. 198 ZPO)
- frühere Fortsetzung der Betreibung nach erteilter Rechtsöffnung

- Möglichkeit der Anerkennungsklage auch im Summarverfahren (Rechtsschutz in klaren Fällen; Art. 257 ZPO)
- besserer Rechtsschutz für kleinere Forderungen

Die (erheblichen) Auswirkungen auf das Arrestrecht werden separat dargestellt (hinten 2.), denn sie gehen auf das revidierte Lugano-Übereinkommen zurück.²

b) Neue definitive Rechtsöffnungstitel

aa) Vollstreckbare öffentliche Urkunde (Art. 347 ff. ZPO)

Die vollstreckbare öffentliche Urkunde unter neuer ZPO (Art. 347 ff. ZPO) ist kein autoritativer Titel, sondern im Grunde blosser Schuldanererkennung, denn die verurkundete Forderung ist nicht gerichtlich beurteilt. Dennoch stellt sie nach Gesetz einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1^{bis} SchKG). Das verwundert umso mehr, als der Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren mit allen (materiellen) Einreden zugelassen ist (Art. 81 Abs. 2 SchKG).

Doch ist die Position des Schuldners im Vergleich zur gewöhnlichen Schuldanererkennung erschwert: Für seine materiellen Einreden ist das Beweismass erhöht («sofortige Beweisbarkeit» statt bloss «sofortiges Glaubhaftmachen»), und bei Erteilung der definitiven Rechtsöffnung läuft die Betreibung weiter: dem Schuldner steht nicht die Aberkennungsklage zur Verfügung, sondern nur die Klage nach Art. 85a SchKG.

Von daher mag die vollstreckbare öffentliche Urkunde ein dogmatischer Sündenfall sein – die praktischen Vorteile für den Gläubiger liegen indessen auf der Hand. Es wird sich zeigen, auf welchen Märkten sich dieses neue Institut durchsetzen wird. Um seinen Vertragspartner zu einer sog. «Unterwerfungserklärung» (Art. 347 lit. a ZPO) bewegen zu können, bedarf es entsprechenden Verhandlungs- und Marktmacht.

Nicht zu übersehen ist, dass die Urkunde – weil ein definitiver Rechtsöffnungstitel – zugleich ein Arrestticket darstellt (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG). Aufgrund ihrer Aufklärungspflicht ist die Urkundsperson daher gehalten, den Schuldner auch auf diese unliebsame Konsequenz hinzuweisen.

* Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern, Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob, Bern (www.bratschi-law.ch).

** Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden (www.bhlaw.ch), Leiter der Fachgruppe Schuldbetreibungs- und Konkursrecht des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV).

*** MLaw, Rechtsanwalt und Betriebsökonom FH bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden (www.bhlaw.ch).

**** MLaw, Rechtsanwältin, Bratschi Wiederkehr & Buob, Bern (www.bratschi-law.ch).

1 Für einen Überblick s. insb. WALTHER: Die neue Schweizer ZPO und das SchKG – Zehn praxisrelevante Neuerungen, SZPZ 2008, S. 417 ff.; RÜETSCHI, njus.ch Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Entwicklungen 2009, Bern 2010 (zit. Entwicklungen 2009) sowie RÜETSCHI, njus.ch Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Entwicklungen 2010, Bern 2011 (zit. Entwicklungen 2010).

2 Dazu MEIER-DIETERLE, Arrestpraxis ab 1. Januar 2011, AJP/PJA 2010, S. 1211 ff.; STAEHELIN, Neues Arrestrecht ab 2011, Jusletter vom 11. Oktober 2010, S. 2; SCHWANDER, Arrestrechtliche Neuerungen im Zuge der Umsetzung des revidierten Lugano-Übereinkommens, ZBJV 9/2010, S. 641 ff.

bb) Urteilsvorschlag (Art. 210 f. ZPO)

Sofern ein Urteilsvorschlag nicht abgelehnt wird, ist er ein vollstreckbarer Titel mit voller Rechtskraftwirkung. Er berechtigt zu definitiver Rechtsöffnung und Arrest (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG; zum Urteilsvorschlag vgl. auch hinten f)).

cc) Verfügungsverfügungen

Verfügungen aller Stufen (Bund, Kanton, Gemeinde) waren schon unter bisherigem Recht definitive Rechtsöffnungstitel. Neu hingegen ist, dass sie in der ganzen Schweiz unter den gleichen Bedingungen vollstreckt werden können. Im interkantonalen Verhältnis stehen dem Schuldner die bisherigen Konkordats-Einreden nicht mehr zur Verfügung.

Dies ist als Fortschritt gewiss zu begrüßen. Die Neuerung gilt nicht nur für Verfügungen der Zentralverwaltung, sondern auch für die externen Träger öffentlicher Aufgaben (die sog. mittelbare Verwaltung) wie z.B. die Krankenkassen und die Billag.

Auch die Verfügungsverfügungen sind neu eigenständige Arresttickets (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG).

dd) Erleichterte interkantonale Fortsetzung einer Betreibung

Bisher konnte der Schuldner gegenüber ausserkantonalen Titeln im Fortsetzungsstadium besondere Einreden erheben (sog. «Minirechtsöffnung» nach Art. 79 Abs. 2 SchKG). Diese Zusatzrunde entfällt unter dem neuen Recht.

c) Besonderer Fristendruck bei gewissen Klagen aus dem SchKG

Grundsätzlich beginnt der zivilprozessuale Rechtsweg mit einem Schlichtungsgesuch (Art. 197 ZPO). Dieses begründet Rechtshängigkeit und wirkt fristwährend (Art. 64 Abs. 2 ZPO). Doch gibt es Ausnahmen, wo direkt Klage einzureichen ist. Das ist insbesondere der Fall bei den meisten Klagen, die im Rahmen einer Betreibung oder eines Konkurses auftreten (Art. 198 lit. e ZPO): In diesen Fällen (z.B. Aberkennungs-, Widerspruchs-, Kollokations- und Aussonderungsklage) ist binnen der nicht erstreckbaren (Art. 144 Abs. 1 ZPO) kurzen gesetzlichen Klagfrist Klage einzureichen.

Dies kann für die Anwaltschaft zur sportlichen Herausforderung werden: Was ist zu tun, wenn z.B. der Schuldner am letzten Tag der kurzen Klagfrist in der Kanzlei auftaucht und uns mit der Interessenwahrung mandatieren möchte? Wie kann innert Tagesfrist bspw. eine sorgfältige Aberkennungsklage ausgearbeitet und eingereicht werden? Also das Mandat gar nicht erst annehmen, um die Haftpflichtversicherung nicht zu strapazieren? Nein. Die auf den ersten Blick fast schon prohibitiv strenge ZPO hält uns andere Auswege bereit:

Der erste ist der einfachste: Wenn der Streitwert CHF 30 000 nicht übersteigt, genügt eine vereinfachte Klage (Art. 243 Abs. 1, 244 Abs. 2 ZPO). Eine solche ist im Handumdrehen erstellt, genügt es doch, das Rechtsbegehren zu formulieren, den Streitgegenstand stichwortartig zu umschreiben und die «verfügbaren» Urkunden zusammenzubinden. Anders ist es, wenn der Streitwert CHF 30 000 übersteigt. Dann ist – weil es zum ordentlichen Ver-

fahren kommt – eine substantiierte Klageschrift einzureichen (Art. 221 ZPO). Das ist innert weniger Tage natürlich kaum möglich. Doch fürchtet euch nicht: Die ZPO gibt jeder Partei Gelegenheit, sich im Prozess mindestens zweimal unbeschränkt zu äussern – sei das mündlich im Rahmen einer Instruktionsverhandlung (Art. 226 ZPO), sei das im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels (Art. 225 ZPO) oder sei es – allerletzte Gelegenheit – im ersten Parteivortrag an der Hauptverhandlung (Art. 229 Abs. 2 ZPO).³ Es ist also nichts verloren, wenn nicht bereits die Klageschrift das Hinterste und Letzte vorbringt – Gelegenheit zur Ergänzung wird kommen. Die Gerichte werden diese zweite Behauptungsrunde grundsätzlich wohl schriftlich (zweiter Schriftenwechsel) abhalten, damit das Gerichtsprotokoll geschont und der Prozess in geordnete Bahnen gelenkt werden kann.

Hinter vorgehaltener Hand wird noch eine andere Möglichkeit zur Fristwahrung herum geboten: der sog. «Trick 63»: Wer für seine Eingabe das falsche Verfahren wählt, erhält zur Läuterung eine 1-monatige Notfrist (Art. 63 ZPO), um sich über den richtigen Weg Klarheit zu verschaffen. Was also läge näher, als trotz des Ausschlusses (Art. 198 ZPO) für eine Aberkennungs- oder Aussonderungsklage ein Schlichtungsgesuch zu stellen, dieses dann zu gegebener Zeit zurückzuziehen und die inzwischen vorbereitete Klage richtigerweise beim zuständigen Gericht einzureichen? Dieser Weg ist nicht ungefährlich – der Vorwurf «Handeln wider besseres Wissen» und «gegen Treu und Glauben» (Art. 52 ZPO) liegt in der Luft. Daher würde sich als Mittellösung – wenn überhaupt – wohl empfehlen, das «illegale» Schlichtungsgesuch durch die Klientschaft selber einreichen zu lassen (Laieneingabe) – denn welcher Laie kennt schon die Tücken von Art. 198 ZPO?

Trost mögen wir aus dem Umstand schöpfen, dass nicht alle «SchKG-Klagen» dem Regime von Art. 198 ZPO unterliegen. So beginnt der Anerkennungs- und Arrestprosequierungsprozess ganz gemächlich durch Schlichtungsgesuch beim Friedensrichter.

d) Frühere Fortsetzung der Betreibung nach der Rechtsöffnung

Gegen die Erteilung der definitiven und provisorischen Rechtsöffnung stellt die ZPO als Rechtsmittel lediglich die Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO) zur Verfügung (Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO). Das bedeutet, dass der Rechtsöffnungsentscheid sofort rechtskräftig und vollstreckbar ist (Art. 325 Abs. 1 ZPO), es sei denn, der Beschwerde werde ausnahmsweise aufschiebende Wirkung erteilt.

Der Gläubiger kann somit bereits am Tag der Entscheideröffnung das Fortsetzungsbegehren stellen (bei definitiver Rechtsöffnung) bzw. die provisorische Pfändung oder das Güterverzeichnis verlangen (bei provisorischer Rechtsöffnung). Somit kann der Schuldner augenblicklich unter Druck gesetzt werden. Vor allem die Pfändungsschuldner werden dies zu spüren bekommen.

³ Vgl. dazu GASSER/RICKLI, ZPO Kurzkommentar, Zürich/St.Gallen 2010, Art. 198 N 6, 229 N 8.

Für den Schuldner erhöht sich der Druck auch insofern, als schon am Folgetag der provisorischen Rechtsöffnung die Frist zur Aberkennungsklage zu laufen beginnt (Art. 83 Abs. 2 SchKG). Kontrovers ist, ob die Klagefrist dann wieder stillsteht, sobald der Schuldner gegen den Rechtsöffnungsentscheid Beschwerde erhoben und um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersucht hat. Eigentlich wäre das vernünftig,⁴ doch bleibt abzuwarten, was uns die Gerichtspraxis bringt. Für den Moment jedoch ist für eine sorgfältige Schuldnervertretung unbedingt davon auszugehen, dass die Aberkennungsklagefrist sofort zu laufen beginnt und unbeirrt weiterläuft.

e) Anerkennungsklage im Summarverfahren

Mit Art. 257 ZPO stellt uns das Prozessrecht ein Summarverfahren zur Verfügung, um in klaren Fällen zu einem vollwertigen Sachentscheid zu kommen. Ist ein Betreibungsgläubiger entsprechend dokumentiert (z.B. klare Dokumentenlage bezüglich eines Darlehens), so kann er nach dem Rechtsvorschlag des Schuldners – statt nur ein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung zu stellen – um Rechtsschutz in klaren Fällen ersuchen. Sein Rechtsbegehren ist dasselbe wie bei einer Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG): 1. Verurteilung zur Zahlung einer bestimmten Summe, 2. Beseitigung des Rechtsvorschlages. Dringt er damit durch, so hat er ein vollwertiges Leistungsurteil (mit *res iudicata*), das den Rechtsvorschlag definitiv beseitigt (Rechtsmittel vorbehalten).

Wenn der Schuldner in diesem Summarverfahren Einwendungen erhebt, so dass die Rechtslage nicht mehr klar und der Sachverhalt bestritten ist, dann wird das Rechtsschutz-Gesuch des Gläubigers nicht etwa abgewiesen (mit Rechtskraftwirkung), sondern es wird darauf einfach nicht eingetreten (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Dem Gläubiger ist alsdann unbenommen, für seine Anerkennungsklage den einlässlichen Prozessweg einzuschlagen (je nach Streitwert das vereinfachte oder ordentliche Verfahren). Umstritten ist das Beweismass für die schuldnerischen Einreden, um das Rechtsschutz-Gesuch des Gläubigers zu Fall zu bringen: Sie dürfen nicht einfach haltlos sein – soweit besteht Einigkeit. Die Autoren gehen einen Schritt weiter: Der Schuldner muss seine Einreden glaubhaft machen.⁵

Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist also der sprichwörtliche «kurze Prozess» – mit der Besonderheit, dass der Gläubiger in der Sache grundsätzlich nicht verlieren kann. Nur wenn der Schuldner seine Einwendungen im Summarverfahren voll zu beweisen vermag (z.B. durch Quittung des Gläubigers bzgl. Rückzahlung des Darlehens), darf das Gesuch in der Sache abgewiesen werden.

f) Verbesserter Rechtsschutz für kleine Forderungen

Welcher Gewerbe- und Dienstleistungsbetrieb und welche Privatperson hat nicht schon Leistungen erbracht, deren Gegenwert weniger als CHF 5 000 beträgt? Und wer hat nicht schon einmal seine Betreibung nach dem Rechtsvorschlag des Schuldners auf-

geben müssen, weil sich der Prozessweg nicht lohnte? Gerade im Bereich der kleinen Forderungen ist die Frustrationsrate in der Gläubigerschaft hoch. Die allermeisten Leistungen werden aufgrund mündlicher Verträge erbracht, so dass nach erfolgtem Rechtsvorschlag nur noch der Prozessweg offensteht (Anerkennungsklage). Und der Gang vor Gericht lohnt sich in der Regel eben nicht, weil der Aufwand zum möglichen Nutzen in keinem vernünftigen Verhältnis steht.

Hier nun bringt die ZPO interessante Möglichkeiten, die sich natürlich erst werden bewähren müssen. Die Schlichtungsbehörden (insb. also die Friedensrichterinnen und -richter) haben die Kompetenz, Fälle bis und mit Streitwert CHF 2 000 zu entscheiden (Art. 212 ZPO) und in Fällen bis und mit CHF 5 000 einen sog. Urteilsvorschlag zu erlassen (Art. 210 f. ZPO). Die Schlichtungsbehörden haben neu also auch richterliche Kompetenzen – und ihre «Gerichtsgebühr» ist vergleichsweise bescheiden.

Bei den Friedensrichterinnen und -richtern jedoch hält sich die Begeisterung darüber in Grenzen. Das ist verständlich, denn der «Juge de Paix» war bisher vor allem Schlichter. Richterliche Tätigkeit ist etwas völlig Anderes und Ungewohntes: Es sind bestimmte Regeln zu beachten und es besteht immer die Gefahr, einen Fehler zu begehen und anschliessend von der Rechtsmittelinstanz gemassregelt zu werden.

Beim Urteilsvorschlag besteht diese Gefahr freilich nicht: Der Urteilsvorschlag kann nicht angefochten, sondern nur abgelehnt werden (Art. 211 Abs. 1 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz bekommt ihn somit nicht zu Gesicht. Bei Ablehnung wird nachträglich einfach die Klagebewilligung erteilt – die Parteien haben keinen Nachteil und können ihren Streit alsdann vor Gericht austragen. Die Friedensrichter seien daher ermutigt, dieses Instrument wirklich rege zu nutzen.

Anders mag es beim Entscheid sein (Art. 212 ZPO), denn dieser unterliegt der Beschwerde an die Rechtsmittelinstanz (Art. 319 ff. ZPO). Doch sollte auch von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden. Zu denken ist namentlich an den Fall, wo der Schuldner einer Vorladung der Schlichtungsbehörde keine Folge leistet – mit der dilatorischen Überlegung, dass dann dem Gläubiger die Klagebewilligung zu erteilen ist und er dann weitere gerichtliche Schritte unternehmen muss (was er aber wahrscheinlich nicht tun wird, weil es sich eben nicht lohnt). Gerade in solchen Fällen sollte der Friedensrichter bei gegebenem Streitwert die Streitigkeit entscheiden oder zumindest einen Urteilsvorschlag erlassen, vorausgesetzt natürlich, der Gläubiger vermag seinen Anspruch ordentlich zu substantiieren und zu belegen (z.B. durch Rechnung, Lieferschein, Arbeitsrapport usw.). Urteilsvorschlag und Entscheid sind auch in Abwesenheit des Schuldners ohne weiteres zulässig (Art. 147 Abs. 2, 206 Abs. 2 ZPO). Die friedensrichterlichen Vorladungen drohen diese Säumnisfolge denn auch ausdrücklich an. Der «kleine Gläubiger» kann so für eine niedrige Gebühr vollen Rechtsschutz erhalten – wenn denn die Friedensrichterinnen und -richter diese neuen Instrumente auch wirklich anwenden.

4 Vgl. GASSER/RICKLI, a.a.O., Art. 325 N 3.

5 Vgl. GASSER/RICKLI, a.a.O., Art. 257 N 7.

2. Das revidierte Lugano-Übereinkommen (LugÜ⁶) – Auswirkungen auf das SchKG

a) Vorbemerkung

Am 1. Januar 2011 trat das revidierte Lugano-Übereinkommen (LugÜ)⁷ über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 für die Schweiz in Kraft.⁸ In den Grundzügen entspricht es dem bisherigen Recht (aLugÜ). Doch enthält es auch eine Reihe inhaltlicher Neuerungen und Änderungen⁹, welche vor allem in das Arrestrecht (Art. 271 ff. SchKG) eingreifen. Dabei gilt es zu beachten: Die LugÜ-bedingten Neuerungen des SchKG gelten *mutatis mutandis* jeweils auch für den «Binnengläubiger» (Gläubiger mit einem schweizerischen Titel). Die Novelle ist tiefgreifend: Sie betrifft die Arrestgründe, die Arrestzuständigkeit, den Arrestvollzug und die Prosequierung.

b) Die Neuerungen

aa) Neuer Arrestgrund (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG)

Das revidierte LugÜ gewährt mit dem erstinstanzlichen Exequatur *einen unbedingten* Anspruch auf ein Sicherungsmittel – eine besondere Gläubigergefährdung ist nicht verlangt (Art. 47 Abs. 2 LugÜ).

Weil somit jeder Lugano-Gläubiger einen unbedingten Sicherungsanspruch hat, muss Gleiches auch für den «Binnengläubiger» gelten. Daher wurde ein neuer Arrestgrund geschaffen (Art. 271 lit. 1 Ziff. 6 SchKG): Jeder definitive Rechtsöffnungstitel (also nicht nur ein Lugano-Titel) ist zugleich ein Arrestticket.

Für das schweizerische Recht ist dieser neue Arrestgrund ein eigentlicher Paradigmawechsel: Bisher setzte «Sicherung» eine entsprechende Gefährdung des Gläubigers voraus – nach der lapidaren Erkenntnis: Wo keine Gefahr besteht, braucht es keine Sicherung (Arrest). Ab dem 1. Januar 2011 gilt diese Logik nicht mehr. Diese Lugano-bedingte SchKG-Novelle wird in der Praxis Konsequenzen haben – auch überraschende. So ist neu auch jeder gerichtliche Vergleich – weil ein definitiver Rechtsöffnungstitel – zugleich ein selbstständiges Arrestticket. Damit unliebsame Arreste ausgeschlossen werden können, werden in Vergleichen künftig Zahlungsfristen und -pläne aufzunehmen sein, um die Fälligkeiten zu steuern.

bb) Neue Arrestzuständigkeit und neuer Arrestvollzug

LugÜ-bedingt ist auch die folgende Neuerung im Arrestrecht: In der Geldvollstreckung ist der Arrest das klassische Sicherungsmittel. Dies gilt neu nun einheitlich auch im Bereich des LugÜ. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich also gegen die provisorische Pfändung und das Güterverzeichnis entschieden (Art. 271 Abs. 3 SchKG). Damit hat die uneinheitliche Praxis zum LugÜ-Sicherungsmittel ein Ende.

Zuständig für den Arrest war bisher exklusiv und zwingend das Gericht am Arrestort (aArt. 272 SchKG). Für das Exequatur verweist das LugÜ im Anhang II indessen auf die *sachliche* Zuständigkeit des «Vollstreckungsgerichts».¹⁰ Dieses ist auch zuständig für die Sicherungsmassnahmen nach Art. 47 LugÜ, also für den Arrest. Die Zuständigkeit des «Vollstreckungsgerichts» geht weiter als die bisherige des Arrestrichters (Art. 339 ZPO). Daher war das Arrestforum entsprechend zu erweitern, einerseits um dem LugÜ nachzuleben, andererseits um neue Selbstdiskriminierungen zu vermeiden: Neu ist für den Arrest sowohl das Gericht am Ort des Arrestobjekts (wie bisher) als auch das Gericht am Betreibungsort (in der Regel Domizil des Schuldners) zuständig (Art. 272 Abs. 1 SchKG). Diese beiden Zuständigkeiten gelten alternativ. Insbesondere setzt das Forum am Betreibungsort nicht voraus, dass sich dort auch wirklich Vermögensgegenstände des Arrestschuldners befinden.¹¹

Doch nicht nur die Arrestzuständigkeit wird ausgedehnt. Auch der Arrestvollzug wird erweitert. Beide Zuständigkeiten ermöglichen nämlich neu einen zentralen schweizweiten Arrest. Dies aus der Überlegung, dass es dem Lugano-Gläubiger nicht zumutbar sei, unter Umständen mehrere gleichzeitige Arrestverfahren durchzuführen. Das gilt auch für den «Binnengläubiger». Daher kann eines von möglicherweise mehreren Arrestgerichten Arrestbefehle an Betreibungsämter in der ganzen Schweiz erteilen, soweit in deren Kreisen Arrestgut angepeilt wird. Wenn das Arrestgut verstreut ist, bedarf es somit nicht mehr mehrerer Arrestgesuche. So ist bspw. denkbar, dass ein bernischer Arrestrichter (Betreibungsort) Arrest über Vermögenswerte in Zürich, Basel und Genf legt – die nicht-bernischen Arrestgerichte müssen nicht mehr bemüht werden. Aber auch jeder Arrestrichter am Lageort eines Arrestobjekts kann diesen schweizweiten Arrest verfügen. Wenn also mehrere Arrestgerichte zuständig sind (jene an den Lageorten von Arrestgut sowie neu jenes am gewöhnlichen Betreibungsort), so wird sich der Gläubiger das Gericht mit der arrestfreundlichsten Praxis aussuchen können («Arrestshopping»). Nur ein Arrest über Vermögenswerte im Ausland kann natürlich wie bisher nicht ausgesprochen werden.

Nach wie vor hat der Gläubiger das Arrestobjekt und dessen Lageort glaubhaft zu machen. In Bezug auf den Lugano-Gläubiger ist das zwar kontrovers – doch muss die Spezifizierungslast auch für ihn gelten, sollen die «Binnengläubiger» diesbezüglich nicht diskriminiert werden.

6 Die Gesetzesartikel werden in der Fassung, die ab 1. Januar 2011 in Kraft sind, benannt, weshalb bei der Zitierung auf die Bezeichnung «revLugÜ» verzichtet wird.

7 SR 0.275.12.

8 23. September 2009, AB 2009 S 960; 26. November 2009, AB N 2009 1958 ff.

9 Für einen Überblick über die Entwicklungsgeschichte sowie zu den Neuerungen des revLugÜ vgl. Botschaft des Schweizerischen Bundesrates vom 19. Februar 2009 zum revidierten Lugano-Übereinkommen, BBl 2009, 1777 ff.; s. sodann die Hinweise in der vorangegangenen Fussnote; s. ausserdem BOLLER, Der neue Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 revSchKG, AJP/PJA 2010, S. 187 ff.; RODRIGUEZ, Sicherung und Vollstreckung nach revidiertem Lugano-Übereinkommen, AJP/PJA 2009, S. 1550 ff.

10 BBl 2009 1821.

11 BBl 2009 1811.

Für den Lugano-Gläubiger besteht neu noch eine weitere Erleichterung: Er hat die Möglichkeit, das Exequatur mit dem Arrestentscheid zu verknüpfen (Art. 271 Abs. 3 SchKG). Für den Lugano-Gläubiger wird der Arrestrichter somit gleichzeitig zur Exequaturbehörde. Im Rahmen der Arrestprosekution kann der Schuldner das Exequatur nicht mehr in Frage stellen (Art. 81 Abs. 3 SchKG): Dies ist zugleich das Ende des viel kritisierten «doppelten Exequaturs».

Der Lugano-Gläubiger wird die Geldvollstreckung daher mit Vorteil mit einem Arrestgesuch – verbunden mit dem Begehren um Erteilung des Exequaturs – beginnen (Art. 271 Abs. 3 SchKG). Damit kann der «Überraschungseffekt», den das LugÜ mit aller Kraft hochhält, voll realisiert werden.

cc) Beginn der Prosequierungsfrist (Art. 279 SchKG)

Der erste Schritt der Arrestprosekution muss erst getan werden, wenn der Arrest rechtskräftig gelegt ist. Das gilt gleichermassen für den Lugano- wie auch für den Binnengläubiger (Art. 279 Abs. 5 Ziff. 1 und 2 SchKG). Aus systematischen Gründen wurde diese Regel von aArt. 278 Abs. 5 SchKG in den neuen Art. 279 Abs. 5 SchKG überführt.¹² Die Frist beträgt wie bisher 10 Tage. Dem Gläubiger bleibt es selbstverständlich freigestellt, die Prosektionsbetreibung schon früher einzuleiten und so den ersten Schritt gleichsam auf Vorrat zu unternehmen.

dd) Ausnahmsweise: Prosequierungsfrist 20 Tage (Art. 279 Abs. 3 SchKG)

Der neue Abs. 3 von Art. 279 SchKG lautet wie folgt: «Hat der Schuldner *keinen Rechtsvorschlag* erhoben, so muss der Gläubiger innert 20 Tagen, nachdem ihm das Gläubigerdoppel des Zahlungsbefehls zugestellt worden ist, das Fortsetzungsbegehren stellen. Wird der *Rechtsvorschlag nachträglich beseitigt*, so beginnt die Frist mit der rechtskräftigen Beseitigung des Rechtsvorschlages.»

Neu geregelt werden hier also zwei Tatbestände:

- Fall 1: Der Schuldner erhebt in der Prosektionsbetreibung *keinen Rechtsvorschlag*. Dann ist das Fortsetzungsbegehren künftig erst 20 Tage nach Zustellung des Gläubigerdoppels des Zahlungsbefehls (Art. 76 SchKG) zu stellen. Das ist insbesondere für Gläubiger mit Domizil im Ausland von Bedeutung,¹³ gilt jedoch auch für die «Binnengläubiger».
- Fall 2: *Beseitigung des Rechtsvorschlages*. Auch in diesem Fall ist das Fortsetzungsbegehren erst binnen 20 Tagen ab Rechtskraft des Rechtsöffnungsentscheides zu stellen. Zu beachten ist hier, dass diese Frist bei Erteilung der Rechtsöffnung im Summarverfahren (Art. 80 ff. SchKG) bereits am Folgetag der Eröffnung zu laufen beginnt, denn diese Entscheide sind – weil nur der Beschwerde unterliegend (Art. 309 lit. b Ziff. 3, Art. 319 ff. ZPO) – sofort rechtskräftig. Gleiches gilt für Urteile im Anerkennungsprozess, die den geforderten Mindeststreitwert von CHF 10 000 für die Berufung nicht erreichen (Art. 305 Abs. 2 ZPO).

Diese längere Frist für das Fortsetzungsbegehren ist zu begrüßen. Doch aufgepasst: Für die übrigen Prosektionssschritte bleibt es bei der kurzen 10-Tage-Frist!

c) Ergebnis

Die Neuerungen des Arrestrechts steigern die Attraktivität des Arrests ganz beträchtlich. Das mag mit Genugtuung zur Kenntnis genommen werden. Hingegen ist der damit verbundene Paradig-mawechsel mit Blick auf die Interessenlage des Schuldners – Arrest auch ohne Gefährdung des Vollstreckungsanspruchs des Gläubigers – keineswegs unbedenklich. Es fragt sich, ob der Gesetzgeber sich dieser Radikalität der Novelle überhaupt bewusst gewesen war. Zudem wird der «schweizweite» Arrest in der Praxis nicht ohne Koordinationsprobleme vollzogen werden können.

3. Das neue Mehrwertsteuergesetz

Per 1. Januar 2010 trat das neue Mehrwertsteuergesetz (MWSTG) in Kraft,¹⁴ das im Vergleich mit dem bisherigen Gesetz etliche Änderungen und Neuerungen erfährt.¹⁵ Deren wichtigste finden sich in der Informationsbroschüre Nr. 01.01 der Eidgenössischen Steuerverwaltung.¹⁶

Steuerpflichtig sind nach Art. 10 Abs. 1 MWSTG grundsätzlich alle *Personen, die ein Unternehmen betreiben*. Eine wichtige Ausnahme bildet die Umsatzgrenze gemäss dessen Abs. 2, der Unternehmen von der Steuerpflicht befreit, die im Inland innerhalb eines Jahres weniger als CHF 100 000.– Umsatz aus steuerbaren Leistungen erzielen (lit. a). Für nicht gewinnstrebige, ehrenamtlich geführte Sport- oder Kulturvereine oder gemeinnützige Institutionen im Inland beträgt die massgebliche Grenze CHF 150 000.–; erreichen sie diese, unterliegen auch sie der Steuerpflicht (lit. c).

Eine Neuregelung erfuhren die Bestimmungen über den Einzug der Mehrwertsteuer (Art. 86–92 MWSTG). Die Forderungen aus Mehrwertsteuer werden gemäss Art. 89 Abs. 1 MWSTG mit Hilfe des Zwangsvollstreckungsverfahrens durchgesetzt (insbesondere: Betreibung auf Pfändung; vgl. Art. 43 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Neu hält Art. 89 Abs. 6 MWSTG ausdrücklich fest, dass die im Rahmen von Zwangsvollstreckungsverfahren anfallenden Steuern *Verwertungskosten* i.S.v. Art. 262 Abs. 1 SchKG darstellen.¹⁷ Fast unbemerkt führte der Gesetzgeber zudem eine *Privilegierung von Steuerforderungen* nach dem neuen MSWTG in der 2. Klasse gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG ein, was vehement kritisiert wurde.¹⁸ Zurzeit laufen Bestrebungen, diese sachfremde Privilegierung wieder aufzuheben.¹⁹

14 Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Mehrwertsteuer (SR 641.20).

15 Vgl. RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., II./A./1.

16 Abrufbar unter <http://www.estv.admin.ch/mwst/dokumentation/00130/00947/00948/index.html?lang=de>; Info-Nummer 605.510.01 – Übersicht über die wichtigsten Änderungen des neuen Mehrwertsteuergesetzes (PDF).

17 RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., II./A./1.a).

18 Vgl. (statt vieler) HUNKELER/ROTHENBÜHLER, Insolvenzzrechtliche Irrwege im Bereich der Mehrwertsteuer, Jusletter vom 29. November 2010, Rz 1; HUNKELER, Konkursrechtliche Privilegierung der Mehrwertsteuer, Jusletter vom 26. Oktober 2009.

19 Vgl. hinten II./1./7. Abs. (punktuelle Anpassungen).

12 BBl 2009 1823.

13 BBl 2009 1824.

Auch wenn es anfänglich nicht danach aussah, wurden die Leistungen privater Unternehmungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsverfahren (Sachwalter, Liquidator usw.) von der Eidgenössischen Steuerverwaltung gemäss der «MWST-Branchen-Info 26, Betreibungs- und Konkursämter, Januar 2010»²⁰ von der Mehrwertsteuerpflicht ausgenommen. Eigentlich hätte erwartet werden dürfen, dass diese Ausnahme auch für Bankenkursverfahren gilt, in welchen die Konkursliquidation durch von der FINMA eingesetzte Bankenkursliquidatoren besorgt wird. Die FINMA setzte sich gegenüber der Eidgenössischen Steuerverwaltung denn auch in diesem Sinne ein.²¹ Vor einigen Monaten hat die FINMA jedoch den von ihnen eingesetzten Bankenkursliquidatoren mitgeteilt, dass sie ihre ab dem 1. Januar 2010 erbrachten Leistungen doch als mehrwertsteuerpflichtig abrechnen sollen. Ganz offensichtlich konnte sich die Eidgenössische Steuerverwaltung somit im Bereich des Bankenkurses doch noch eine Pfründe sichern.

4. Das neue Bucheffektengesetz

Das am 1. Oktober 2009 in Kraft getretene Bucheffektengesetz (BEG)²² regelt die Verwahrung von Wertpapieren durch Banken und andere Finanzintermediäre (sogenannte «mediatisierte Wertpapierverwahrung»)²³. Was das Gesetz unter Bucheffekten versteht, definiert es in Art. 3 Abs. 1 BEG: Bucheffekten (...) sind vertretbare Forderungs- oder Mitgliedschaftsrechte gegenüber dem Emittenten, die einem Effektenkonto gutgeschrieben sind und über welche die Kontoinhaberinnen und Kontoinhaber [nachfolgend Kontoinhaberinnen] nach den Vorschriften dieses Gesetzes verfügen können.

Besondere Erwähnung in Bezug auf das SchKG verdienen folgende Bestimmungen: einmal Art. 14 BEG, wonach eine Pfändung, eine Arrestlegung oder eine andere vorsorgliche Massnahme gegen eine Kontoinhaberin, die Bucheffekten zum Gegenstand hat, ausschliesslich bei der Verwahrungsstelle zu vollziehen ist.²⁴ Werden solche Massnahmen demgegenüber bei einer Drittverwahrungsstelle (zum Begriff vgl. Art. 5 lit. a BEG) vollzogen, sind sie nichtig. Weiter legt der 2. Abschnitt mit seinen Art. 17–20 BEG die Rechte der Kontoinhaberinnen in der Liquidation einer Verwahrungsstelle fest. Danach besteht ein weitgehendes «Absonderungsrecht» der Kontoinhaberinnen, das der Liquidator von Amtes wegen beachten muss. Schliesslich lässt das BEG die Bestellung von Sicherheiten an Bucheffekten zu (vgl. Art. 24 ff. BEG) und räumt dem Sicherungsnehmer eine weitgehende Verwertungsbefugnis ein (vgl. Art. 31 BEG). Diese bleibt nach Art. 31 Abs. 2 BEG auch in einem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen die Sicherungsgeberin sowie bei Anordnung von Sanierungs- oder Schutzmassnahmen jeglicher Art bestehen.

Schliesslich ergänzte der Gesetzgeber auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des BEG den Art. 287 SchKG mit einem neuen Abs. 3. Danach ist die (Überschuldungs-)Pauliana ausgeschlossen, wenn zum Voraus die *Aufstockung einer Sicherheit* bei Änderungen im Wert der Sicherheit oder im Betrag der gesicherten Verbindlichkeit oder der Ersatz einer Sicherheit durch eine andere Sicherheit mit gleichem Wert vereinbart wird – auch wenn die Aufstockung beziehungsweise der Ersatz innerhalb der Verdachtsperiode erfolgt.²⁵

II. Laufende Gesetzesrevisionen

1. Die Revision des Sanierungsrechts (Nachlassverfahren)

Bereits früher hatten wir über die laufenden Arbeiten zur Revision des Sanierungsrechts (Nachlassverfahren) berichtet, wobei damals die Botschaft des Bundesrats noch nicht vorlag.²⁶ Zwischenzeitlich wurde diese Botschaft verabschiedet.²⁷ Sie beinhaltet beachtliche gesetzliche Neuerungen, mit welchen *Unternehmungssanierungen erleichtert* werden sollen.²⁸ Hervorzuheben in diesem Zusammenhang sind etwa folgende Vorschläge:

Bereits unter dem geltenden Recht konnte die Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG) Sanierungszwecken dienen,²⁹ wobei sie in der Folge jeweils in einen Nachlassvertrag oder in einen Konkurs mündete. Diese Konzeption will der Bundesrat ergänzen, indem Nachlassstundungen inskünftig vermehrt zu *reinen Stundungszwecken* bewilligt werden sollen. Hierfür unterscheidet der Entwurf SchKG (nachfolgend E-SchKG)³⁰ zwischen der provisorischen (Art. 293 lit. a–d E-SchKG) und der definitiven Nachlassstundung (Art. 294 ff. E-SchKG).

Erwähnenswert ist insbesondere die *provisorische Nachlassstundung*,³¹ die keinen Nachweis eines speziellen Insolvenzgrundes verlangt. Mit ihr soll erreicht werden, dass sanierungsbedürftige Schuldner mit der Einleitung eines Nachlassverfahrens nicht bis zum letzten Moment zuwarten, sondern möglichst früh beim Nachlassgericht eine Stundungsbewilligung beantragen.³² Im Rahmen der provisorischen Nachlassstundung besteht – im Gegensatz zur definitiven (vgl. Art. 296 SchKG) – die Möglichkeit, in begründeten Fällen auf eine öffentliche Bekanntmachung zu verzichten (Art. 293c Abs. 2 E-SchKG). Begründet wird diese *stille Sanierungsmöglichkeit* in zweierlei Hinsicht: Erstens soll das Vertrauen des Publikums in das betroffene Unternehmen nicht beeinträchtigt

20 HUNKELER/ROTHENBÜHLER, a.a.O., Rz 2 ff.

21 HUNKELER/ROTHENBÜHLER, a.a.O., Rz 8 f.

22 Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 über Bucheffekten (SR 957.1).

23 Vgl. BBl 2006 9316.

24 Vgl. VON DER CRONE/BILEK, Aktienrechtliche Querbezüge zum geplanten Bucheffektengesetz (BEG), SZW/RSDA 2/2008, S. 199.

25 Vgl. RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., II./A./2./b)/ff).

26 HUNKELER, Entwicklung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den Jahren 2007 und 2008, in: Fellmann/Polledna (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2009, Bern 2009, S. 1356–1358.

27 Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010 6455–6506.

28 HUNKELER, Umfassende Revision des Sanierungsrechts lanciert, Jusletter vom 13. September 2010.

29 STÖCKLI, Der Verkauf von Betriebsteilen während der Nachlassstundung, Anwaltsrevue 2/2010, S. 68.

30 Vgl. BBl 2010 6507–6518.

31 BBl 2010 6479–6483 Ziff. 2.7.

32 BBl 2010 6479 Ziff. 2.7.

werden, und zweitens darf die provisorische Nachlassstundung von Gesetzes wegen nur für maximal vier Monate bewilligt werden (bisher: zwei Monate; vgl. Art. 293a Abs. 2 E-SchKG gegenüber Art. 293 Abs. 2 SchKG).³³ Den Entscheid über die Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung (und über die Anordnung damit zusammenhängender Massnahmen) trifft das Nachlassgericht ohne Anhörung der Gläubiger im summarischen Verfahren (Art. 293a Abs. 1 E-SchKG i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO).

Die *definitive Nachlassstundung* entspricht der bisherigen Nachlassstundung gemäss Art. 293 ff. SchKG, wobei der Bundesrat einzelne Anpassungen und Ergänzungen vorschlägt.³⁴ Besondere Beachtung verdient die neue Bestimmung des Art. 296a Abs. 1 E-SchKG. Danach hebt das Nachlassgericht die Stundung von Amtes wegen auf, wenn die Sanierung vor Ablauf der Stundung gelingt.³⁵

Im Falle einer Überschuldung muss der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft den Konkursrichter benachrichtigen (Bilanzdeponierung, vgl. Art. 725 Abs. 2 OR). Dieser eröffnet in der Folge entweder den Konkurs oder bewilligt einen Konkursaufschub, verbunden mit dazugehörigen Sicherungsmassnahmen (vgl. Art. 725a OR). Analoge Bestimmungen bestehen für die Kommanditaktiengesellschaft (Art. 764 Abs. 2 OR), für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 820 OR) und für die Genossenschaft (Art. 903 OR). Diese obligationenrechtlichen Bestimmungen über den *Konkursaufschub* sollen *aufgehoben* und in das SchKG *integriert* werden.³⁶ Dabei übernimmt das SchKG das bisherige System: Der Verwaltungsrat kann anlässlich der Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725 OR beim Richter ein Gesuch um Bewilligung der Nachlassstundung stellen (Art. 293 lit. a E-SchKG). Wird kein solches Gesuch gestellt, verfährt das Konkursgericht nach Art. 173a SchKG: Bei fehlender Aussicht auf Sanierung eröffnet es den Konkurs, bei Aussichten auf einen Nachlassvertrag überweist es die Akten an das Nachlassgericht zur Entscheidfällung über die Bewilligung der Nachlassstundung. Die vorgesehene Integration der obligationenrechtlichen Bestimmungen über den Konkursaufschub in das Nachlassverfahren des SchKG hat zur Folge, dass *inskünftig sämtliche Unternehmensformen* von dieser Sanierungsmöglichkeit profitieren können, und nicht mehr nur die genannten juristischen Personen.³⁷

Weiter sollen die Mitwirkungsrechte der Gläubiger während der Nachlassstundung gestärkt werden. Hierzu ist vorgesehen, dass in begründeten Fällen bereits während der Nachlassstundung die Einsetzung eines *repräsentativen Gläubigerausschusses* erfolgen kann, der den Sachwalter beaufsichtigt. Die Einsetzung dieses Gremiums wird die Ausnahme bilden; sie erfolgt gemäss E-SchKG nur dann, wenn das Gericht in Ausübung seines (pflichtgemässen) Ermessens zum Schluss kommt, dass die Massnahme auf Grund der Komplexität der konkreten Verhältnisse verhältnismässig ist (Art. 295a E-SchKG).

Schliesslich sollen etwa folgende *punktuellen Anpassungen* des Sanierungsrechts erfolgen:

Die *Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Nachlassvertrags* sollen *erleichtert* werden, indem dessen Genehmigung nicht mehr davon abhängt, dass die Befriedigung von Gläubigern mit Drittklassforderungen sichergestellt ist (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 E-SchKG). Damit eine gewisse Gleichbehandlung mit den Gläubigern gewährleistet wird, müssen bei einem ordentlichen Nachlassvertrag auch die Anteilsinhaber einen angemessenen eigenen *Sanierungsbeitrag* leisten (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 E-SchKG). Das SchKG soll neu eine Regelung über das *Schicksal von Dauerschuldverhältnissen* (beispielsweise Miet- oder Leasingverträge) in der Insolvenz enthalten. Dabei soll das massgebende Entscheidungskriterium inskünftig sein, ob ein Liquidationsfall (Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) oder eine Nachlassstundung zum Zwecke der Sanierung mit anschliessender Weiterführung des Unternehmens vorliegt. Im ersteren Fall soll kein ausserordentliches Kündigungsrecht der Konkurs- oder Liquidationsmasse bestehen. Im zweiten Fall hingegen soll der Schuldner das Dauerschuldverhältnis mit Zustimmung des Sachwalters ausserordentlich auflösen können, wobei die Gegenpartei voll zu entschädigen ist (Art. 211a E-SchKG betreffend Konkurs und Art. 297a E-SchKG hinsichtlich Nachlassstundung). Sodann soll die *Pflicht zur Übernahme* aller bisherigen *Arbeitsverhältnisse entfallen*, wenn ein Betrieb im Rahmen eines Nachlassverfahrens übernommen wird (Art. 333 Abs. 1 OR). Ob und inwieweit mit dem Betrieb auch die Arbeitsverträge übernommen werden, soll vielmehr im Einzelfall entschieden bzw. zwischen den Beteiligten verhandelt werden. Als Ausgleich dazu will der Bundesrat eine allgemeine *Sozialplanpflicht* einführen für Betriebe mit mehr als 250 Mitarbeitenden, die mehr als 30 Mitarbeitende entlassen wollen (Art. 335h, 335i E-OR). Schliesslich soll das per 1. Januar 2010 eingeführte *Konkursprivileg zweiter Klasse für Forderungen aus Mehrwertsteuer* wieder *aufgehoben* werden (vgl. vorne I./4 sowie Art. 111 MWSTG i.V.m. Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e SchKG i.V.m. Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e E-SchKG). Dieses Privileg erschwert oder verunmöglicht regelmässig Sanierungen, die unter früherem Recht hätten durchgeführt werden können. Seine Streichung bildet u.E. wesentliche Grundlage dafür, dass das Ziel der vorliegenden SchKG-Teilrevision erreicht werden kann.³⁸

Unsere telefonischen Abklärungen bei der zuständigen Stelle im Bundesamt für Justiz³⁹ haben bezüglich der (möglichen) *weiteren Entwicklung* zunächst Folgendes ergeben: Die vorbereitende Rechtskommission des Nationalrats hat im Februar 2011 Eintreten auf die Vorlage beschlossen, im März 2011 Anhörungen durchgeführt (Befragung von vier Experten) und anschliessend ohne Gegenstimme Eintreten auf die Vorlage beschlossen.

Am 23. Juni 2011 (und somit nach Fertigstellung dieses Manuskripts) hat die vorbereitende Rechtskommission des National-

33 BBl 2010 6481 Ziff. 2.7.

34 BBl 2010 6483–6486 Ziff. 2.8.

35 BBl 2010 6486.

36 Vgl. RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., II./C./1./b).

37 BBl 2010 6461 Ziff. 1.4.1.

38 HUNKELER, Umfassende Revision des Sanierungsrechts lanciert, Jusletter 13. September 2010.

39 Telefonische Auskünfte von David Rüetschi am 12. April 2011 gegenüber Daniel Hunkeler.

rats aufgrund eines Rückkommensantrags indes überraschend eine Kehrtwende vollzogen: Sie hat das früher bereits beschlossene Eintreten wieder aufgehoben und beschlossen, ihrem Rat Nichteintreten auf die bundesrätliche Vorlage zu beantragen. Das letzte Wort dazu ist aber noch keinesfalls gesprochen; die Vorlage wird nun voraussichtlich im Herbst in den Nationalrat kommen, und zwar beschränkt auf die Frage des Eintretens.⁴⁰

2. Verstärkung des Einlegerschutzes

Auf Grund der Unsicherheiten der Finanzmarktkrise verstärkte das Parlament per 20. Dezember 2008 den Einlegerschutz, jedoch nur im Rahmen von dringlichen Massnahmen und befristet bis zum 31. Dezember 2010.⁴¹ Die Massnahmen beinhalteten insbesondere eine Erhöhung der Einlagenprivilegierung nach Art. 219 Abs. 4 SchKG von bisher CHF 30 000.– auf neu CHF 100 000.–, was das Parlament (einstimmig) bis längstens 31. Dezember 2012 verlängerte.⁴²

Mit der Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen) vom 12. Mai 2010⁴³ beantragte der Bundesrat beim Parlament die unbefristete gesetzliche Verankerung des Einlegerschutzes bei CHF 100 000.–.⁴⁴ Das Parlament verabschiedete das entsprechende Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Sicherung der Einlagen, nachfolgend rev-BankG) am 18. März 2011. Die Referendumsfrist lief am 7. Juli 2011 unbenutzt ab⁴⁵ und die Änderungen traten per 1. September 2011 in Kraft. Demgemäss werden nach Art. 37a Abs. 1 rev-BankG «Einlagen, die auf den Namen des Einlegers lauten, sowie Kassenobligationen, die im Namen des Einlegers bei der Bank hinterlegt sind, [...] bis zum Höchstbetrag von 100 000 Franken je Gläubiger der zweiten Klasse nach Art. 219 Abs. 4 SchKG zugewiesen». Mit der definitiven Verstärkung des Einlegerschutzes erhofft sich der Bundesrat eine Stärkung des Finanzsystems Schweiz.⁴⁶ Davon erfasst werden auch Einlagen in Fremdwährungen, was in vielen anderen Ländern nicht der Fall ist. Die Auszahlung der privilegierten Einlagen durch das Finanzinstitut muss innert zwanzig Arbeitstagen (bisher drei Monate) erfolgen, gezahlt ab der Anordnung bestimmter Sanierungsmassnahmen oder des Konkurses⁴⁷ – ohne Verrechnungsmöglichkeit nach Art. 120 ff. OR. Den Umfang der Auszahlung bestimmt die FINMA, unter Berücksichti-

gung der finanziellen Situation und insbesondere der Liquiditätslage der Bank (Art. 37b i.V.m. Art. 33 ff. rev-BankG). Soweit wirtschaftlich zumutbar, wird die FINMA in der Regel die Auszahlung des vollen Betrags anordnen.⁴⁸ Hervorzuheben bleibt, dass Einlagen bei Unternehmen, die ohne Bewilligung der FINMA als Banken tätig sind, nicht in den Genuss einer Privilegierung kommen (Art. 37a Abs. 3 rev-BankG).

3. Bankenkonkurs- und Bankensanierung

3.1. «Too Big to Fail»-Problematik

Bekanntlich geriet die privatrechtlich organisierte UBS AG während der Finanzkrise in ernsthafte finanzielle Schwierigkeiten, weshalb der Bund Steuergelder einsetzen musste, um sie zu retten. Dies vor dem Hintergrund, dass die Schieflage einer der beiden Schweizer Grossbanken das Funktionieren des gesamten Finanzsystems bedrohen und damit die Schweizer Volkswirtschaft gefährden kann. Der Staat war praktisch gezwungen, rettend einzugreifen, da die Bank «too big to fail» war (TBTF: «zu gross, um zu scheitern»). Daraus manifestierte sich, dass die Bank implizite über eine Staatsgarantie verfügte und ein zentraler Sanktionsmechanismus des Marktes ausgehebelt war.⁴⁹ Nach dem Willen des Bundesrates soll es künftig keine Banken mehr geben, die zu gross sind, um vom Staat fallengelassen zu werden («too big to fail»⁵⁰).⁵¹ Hierfür schlägt er vier Kernmassnahmen vor:⁵² Erstens eine Stärkung der Eigenmittelbasis (die Gesamtmittelanforderungen sollen sich auf insgesamt 19% belaufen – eine Verschärfung gegenüber Basel III⁵³),⁵⁴ zweitens strengere Liquiditätsanforderungen,⁵⁵ drittens eine bessere Risikodiversifikation, die Verflechtungen innerhalb des Bankensektors verringert⁵⁶, und viertens organisatorische Massnahmen, die auch eine Weiterführung von systemrelevanten Funktionen (beispielsweise Zahlungsverkehr) bei drohender Insolvenz gewährleisten. Die Vernehmlassungsfrist lief am 23. März 2011 ab und wurde von verschiedenen Seiten – sowohl Kantonen als auch Parteien und Verbänden – genutzt. Gespannt darf nun auf die Botschaft des Bundesrates (inkl. Gesetzesentwurf) und auf die weitere Entwicklung gewartet werden.

40 Vgl. dazu einlässlicher und zu Recht negativ über die Kehrtwende der vorbereitenden Rechtskommission: LORANDI, Vorgeslagene Änderungen zum Sanierungsrecht, BLSchK 2011, S. 95 ff., 107 f.

41 Vgl. Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) (Verstärkung des Einlegerschutzes) vom 19. Dezember 2008, publiziert in der amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS) 2009, S. 55 f.

42 Beschluss des Ständerates vom 17. Dezember 2010, AB 2010 S 1357; Beschluss des Nationalrates vom selben Datum, AB 2010 N 2186; vgl. AS 2010 6405.

43 BBl 2010 3993–4036.

44 Vgl. RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., II./C./4.

45 BBl 2011 2743–2754; vgl. http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20100049.

46 Vgl. Stärkung des Finanzsystems Schweiz – Verstärkung des Einlegerschutzes, Eidgenössisches Finanzdepartement EFD (<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/00607/01294/index.html?lang=de>).

47 BBl 2010 4022 und Art. 37h Abs. 3 Bst. a.

48 HUNKELER, Bankensanierung – insbesondere unter internationalen Aspekten, SZW/RSDA 6/2010, S. 484.

49 Änderung des Bankengesetzes (too big to fail, TBTF): Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, 22. Dezember 2010, S. 2, Kernmassnahmen (nachfolgend Bericht vom 22. Dezember 2010; abrufbar unter http://www.admin.ch/ch/d/ggpc/documents/1947/d_Bericht.pdf).

50 Vgl. dazu neuerdings etwa (und statt vieler) KUNZ, TBTF – Überlegungen zur «Too big to Fail»-Problematik, Jusletter vom 17. Mai 2010.

51 Vgl. <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/dossiers/too-big-to-fail/Seiten/too-big-in-kuerze.aspx>.

52 Bericht vom 22. Dezember 2010, a.a.O., S. 2.

53 Vgl. den Erläuterungsbericht FINMA-Rundschreiben «Eigenkapitalpuffer und Kapitalplanung bei Banken» vom 31. Januar 2011, S. 7 f.; vgl. die Grafik von ABEGGLEN/WEBER/BONO/HUBER, Too big to fail and Basle III: Switzerland at the forefront, in: PLC Capital Markets Handbook 2011, S. 8/11.

54 Bericht vom 22. Dezember 2010, a.a.O., S. 28 f.

55 Bericht vom 22. Dezember 2010, a.a.O., S. 29–32.

56 Bericht vom 22. Dezember 2010, a.a.O., S. 32–35.

3.2. Sanierung von Banken⁵⁷

Das BankG stellt für die Sanierung von Banken eigene Regeln auf (vgl. Art. 25 ff. BankG), die denjenigen des SchKG als «lex specialis» vorgehen. In der zuvor genannten Botschaft vom 12. Mai 2010⁵⁸ (vgl. Ziff. 2 hiavor) sieht der Bundesrat auch einige punktuelle Änderungen zum Bankensanierungsverfahren vor,⁵⁹ die das Parlament am 18. März 2011 mit dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Sicherung der Einlagen) verabschiedete (vgl. wiederum Ziff. 2 hiavor).⁶⁰

Der für das Sanierungsverfahren bisher vorgesehene Ablauf mit verschiedenen Zwischenschritten wird durch eine *flexiblere Regelung* ersetzt, indem die FINMA die für die Durchführung des Sanierungsverfahrens im *Einzelfall* notwendigen Anordnungen und Verfügungen erlassen kann.⁶¹ Insbesondere ist nicht auszuschliessen, dass in bestimmten Fällen mit der Eröffnung des Sanierungsverfahrens auch bereits ein Sanierungsplan vorliegt, der zu genehmigen ist. Auf einen solchen Fall würde das geltende Recht nicht passen. Auch der Sanierungsplan ist folglich nicht mehr zwingend durch den Sanierungsbeauftragten auszuarbeiten, sondern nur noch dann, wenn dies im konkreten Fall notwendig und sinnvoll erscheint.⁶² Anders als das geltende Recht sieht die Gesetzesnovelle weiter ausdrücklich die Möglichkeit vor, einzelne Bankdienstleistungen weiterzuführen und auf an-

dere Institute oder auf eine Übergangsbank («bridge bank») zu übertragen. Dadurch können Bankdienstleistungen (beispielsweise der Zahlungsverkehr von Geschäftskunden) neu auch bei einem allfälligen späteren Konkurs der Bank frühzeitig besser sichergestellt werden.⁶³ Der Gesetzesentwurf hält im Sinne einer Verankerung des aktiven Universalitätsprinzips überdies ausdrücklich fest, dass die Anordnungen der FINMA sämtliches Vermögen der Bank mit Aktiven und Passiven sowie die Vertragsverhältnisse umfassen, ungeachtet dessen, ob sie sich im In- oder im Ausland befinden.⁶⁴ Im Bereich der Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Insolvenzmassnahmen sieht Art. 37g rev-BankG schliesslich begrüßenswerte Neuerungen vor.⁶⁵

3.3. Neue Bankenkonzursverordnung

Die FINMA setzte im Jahr 2010 eine Arbeitsgruppe⁶⁶ ein, die den Entwurf einer (bisher nicht vorhandenen) Bankenkonzursverordnung erarbeiten soll. Die Arbeiten sollen insbesondere auch mit den laufenden Bestrebungen im Rahmen der «Too Big to Fail»-Problematik und der soeben erwähnten Gesetzesnovelle zur Sanierung von Banken abgestimmt werden. Die Arbeitsgruppe arbeitet intensiv am Entwurf dieser Verordnung, damit sie gegebenenfalls zeitnah in Kraft gesetzt werden kann. ■

57 Der nachfolgende Text stammt im Wesentlichen aus HUNKELER, Bankensanierung, a.a.O., S. 484 f. (5. Anstehende Neuerungen); vgl. zum Thema aber auch etwa ZULAUF, Schweizer Bankensanierungsrecht – geeignet für systemrelevante Banken? – Ein Vergleich mit den Vorschlägen in Deutschland, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht (Deutschland) 64 (2010), S. 1525 ff.

58 BBl 2010 3993–4036.

59 BBl 2010 4007 Ziff. 1.5.2.1.

60 BBl 2011 2743–2754.

61 Vgl. Art. 28 rev-BankG.

62 Vgl. BBl 2010 4007.

63 Vgl. dazu BBl 2010 4008 sowie Art. 30 rev-BankG.

64 Vgl. Art. 25 Abs. 4 rev-BankG.

65 HUNKELER, Bankensanierung, a.a.O., S. 484 f. (5. Anstehende Neuerungen) und S. 488 f.

66 Die Arbeitsgruppe setzt sich wie folgt zusammen: Dr. Urs Zulauf (FINMA, Bern; Vorsitz), Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone (Universität Zürich), Prof. Dr. Felix Dasser (Rechtsanwalt, Zürich), Bruno Dörner (Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF), Dr. Daniel Hunkeler (Rechtsanwalt, Zürich und Baden), Dr. Hans Kuhn (Schweizerische Nationalbank, Zürich), Dr. Daniel Roth (Eidg. Finanzdepartement, Bern), Dr. Reto Schiltknecht (FINMA, Bern), PD Dr. Christoph Winzeler (Schweizerische Bankiervereinigung, Basel), Brigitte Umbach-Spahn und Karl Wüthrich (Rechtsanwälte, Küsnacht).

Gilles Muller*

Le GATS et les services juridiques: analyse critique de la position suisse

Mots-clefs: OMC, GATS, accords de libre-échange, commerce de services juridiques, mondialisation

Au cours de ces vingt dernières années, l'internationalisation et la modernisation des économies ont eu un grand impact sur divers secteurs économiques, dont celui des professions juridiques. Ainsi, à côté des activités traditionnelles de représentation devant les juridictions locales, sont apparues des activités centrées sur des conseils juridiques sophistiqués dans le domaine du droit commercial et droit des affaires, qui le plus souvent intègrent plusieurs juridictions.¹ Dans la plupart des cas, ces domaines nécessitent la fourniture de conseils juridiques impliquant des transactions, des relations et des litiges n'entraînant pas forcément des procédures judiciaires. En somme, le développement du commerce international a favorisé l'émergence d'un nouveau type de juriste/avocat dont l'activité est centrée sur les conseils juridiques avec une forte dimension internationale.²

Si une partie importante de l'activité juridique s'est détachée de la traditionnelle imprégnation locale, la réglementation n'a pas forcément suivi le même processus d'adaptation dans toutes les juridictions. En effet, certains Etats (par ex. les USA, l'UE ou l'Australie) ont modernisé et réformé ce secteur d'activité, développant une certaine expertise dans le droit des affaires, leur permettant d'exporter ces services. Ils ont aussi facilité l'établissement dans leurs juridictions de juristes étrangers en tant que consultants juridiques. D'autres Etats n'ont pas suivi cette voie et restent très restrictifs avec de nombreuses limitations pour la pratique du droit par des juristes étrangers. Cependant, ces pays (par ex. Inde, Chine, Brésil) ont un grand potentiel de développement, avec une demande croissante pour des conseils juridiques dans le domaine du droit des affaires. Cette différence dans le développement d'expertise du droit des affaires d'un Etat à l'autre permet le commerce de services juridiques. Ces dernières années ce commerce a connu une croissance importante et continue à l'échelle mondiale. Ainsi, on estime que le marché global des services juridiques a généré des revenus totaux de 581 milliards USD en 2008, avec une croissance annuelle constante de 5 % dans la période de 2004–2008.³ Cependant,

les restrictions restent importantes, non seulement pour les pays importateurs, mais aussi au sein même des pays exportateurs.

Dans ce contexte, le rôle de l'OMC est important puisqu'il permet de négocier la suppression de barrières à l'exportation au niveau multilatéral non seulement des produits agricoles ou industriels, mais aussi des services. Les services sont traités dans l'accord Général sur le Commerce des Services (AGCS ou plus communément GATS), qui est entré en vigueur en 1995 dans le cadre du cycle de l'Uruguay. Cet accord inclut nombre de secteur de services, dont celui des services juridiques. Si le GATS comporte certaines obligations pour les Etats Membres de l'OMC, il est aussi un instrument de négociations pour une libéralisation plus avancée. C'est le processus qui a débuté en 2001 et qui se déroule actuellement dans le cadre du cycle de Doha.

Le présent article vise à analyser la position de la Suisse dans les négociations GATS dans le domaine des services juridiques. Plus précisément, il soutient que la position suisse ne correspond pas à la situation réelle de la législation sur les avocats, arguant que cela pourrait avoir des conséquences négatives si rien n'est entrepris pour changer la situation. Pour ce faire, la première partie de cet article sera consacrée à une brève présentation de l'accord GATS, de la dynamique des négociations dans le domaine des services juridiques et de la position suisse dans ces négociations. La deuxième partie traitera brièvement de la réglementation des professions juridiques suisses, pour ensuite examiner le problème et en analyser les conséquences.

1. Le GATS et les services juridiques

a) Présentation générale de l'accord GATS

Le GATS est un accord complexe qui a déjà fait l'objet de nombreuses études.⁴ En ce qui nous concerne, il convient de se concentrer sur les éléments pertinents pour notre analyse. Ainsi, de façon générale, on distingue trois types de dispositions dans le GATS. La première catégorie correspond aux dispositions générales et abstraites, applicables à tous les Etats membres, indépendamment de tout engagement, comme par exemple l'art. II sur le *traitement de la nation la plus favorisée* ou l'art. III sur la *trans-*

* LL.M, doctorant à l'Université de Neuchâtel, e-mail: gilles.muller@unine.ch.

1 Pour une étude sociologique, voir DAVID M. TRUBEK/YVES DÉZALAY/RUTH BUCHANAN/JOHN R. DAVIS, *Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas*, *Case Western Law Review* 1994, Vol. 44, Vol. 2, pp. 407–497.

2 OMC-CONSEIL DU COMMERCE DES SERVICES (1998), *Services Juridiques*, Note d'information du Secrétariat, S/C/W/43, 6 juillet.

3 OMC-CONSEIL DU COMMERCE DES SERVICES, 2010, *Services Juridiques*, Note d'information du Secrétariat, S/C/W/318, 14 juin.

4 Les juristes seront intéressés par un document de l'International Bar Association, IBA (2002), *GATS Handbook for International Bar Association Member Bars*, <http://www.ccbe.org> (dernière visite le 4 juillet 2011).

parence. La deuxième catégorie correspond aux engagements spécifiques par lesquels les Etats Membres libéralisent des secteurs de services. Enfin la troisième catégorie correspond à des obligations générales conditionnelles. Elles sont conditionnelles, car elles ne s'appliquent que pour le secteur de service pour lequel un Etat s'est engagé à libéraliser. Elles sont générales, car il n'y a pas d'engagements spécifiques à apporter. L'exemple type est l'art. VI *Réglementation intérieure*, qui vise à ce que les réglementations intérieures non-discriminatoires ne constituent pas de barrières au commerce en étant transparente et, dans une certaine mesure, proportionnée.

La libéralisation proprement dite d'un secteur de services se négocie au sein des dispositions sur les engagements spécifiques. Cela concerne trois articles du GATS:

- L'art. XVI *accès au marché* dresse une liste exhaustive de restrictions quantitatives qui sont jugées comme particulièrement nuisibles pour le commerce:
 - a) limitation du nombre de prestataires;
 - b) limitation concernant la valeur totale des transactions ou avoirs en rapport avec les services;
 - c) limitations concernant le nombre total d'opérations de services ou la quantité totale de services produits;
 - d) limitations concernant le nombre total de personnes physiques qui peuvent être employées dans un secteur de services particuliers;
 - e) mesures qui restreignent ou prescrivent des types spécifiques d'entité juridiques ou de coentreprise par l'intermédiaire desquels un fournisseur de services peut fournir une prestation;
 - f) limitations concernant la participation de capital étranger. Dans le domaine des services juridiques, la plupart des restrictions sont:
 - (a) les restrictions quantitatives, sous forme d'exigences de nationalité;
 - (d) les limitations sur le nombre de personnes employées avec l'interdiction pour les avocats locaux d'être employés par des cabinets juridiques étrangers;
 - (e) les limitations sur les formes d'association, avec l'interdiction pour les avocats locaux de s'associer avec les avocats étrangers;
 - (f) les limitations concernant la participation au capital par des étrangers.
- L'art. XVII *traitement national* qui vise les discriminations entre prestataire de service national et étranger. Dans le contexte des services juridiques les mesures mentionnées sont souvent l'exigence de résidence dans le pays hôte. Ces exigences ne sont pas discriminatoires *de iure*, mais sont discriminatoires *de facto*.
- L'art. XVIII *engagements additionnels* qui traitent d'autres restrictions. Pour les services juridiques, les Etats Membres mentionnent le plus souvent les restrictions sur le nom. Les pays anglo-saxons stipulent aussi les conditions requises pour obtenir l'autorisation *Foreign Legal Consultants* (FLC) comme le certificat de bonnes mœurs, des polices d'assurance ou les années d'expérience en droit national.

Chaque Etat Membre de l'OMC est libre de choisir quel secteur il veut «engager» (ou si l'on préfère, ouvrir à la concurrence étrangère).⁵ De plus, il peut aussi choisir la manière dont il va le faire. Mais une fois qu'il a entrepris cette démarche, il est tenu par son engagement sous peine d'ouvrir la voie à un litige devant l'organe des différends de l'OMC. Ainsi, par exemple, si un Etat Membre s'engage à n'imposer aucune restriction pour un secteur de service (sous l'art. XVI accès au marché), mais qu'en fait, il impose des restrictions quantitatives sous forme de quota, il est susceptible d'une plainte devant l'organe des différends de l'OMC (Art. XXIII), comme dans l'affaire *US-Gambling*.⁶ Il convient de mentionner que l'engagement d'un Etat Membre n'est pas la condition *sine qua non* de l'ouverture du marché dans un secteur de service. Ainsi par exemple Singapour ou le Brésil ne se sont pas engagés dans les services juridiques. Cependant, il est possible de pratiquer dans ces pays. Toutefois, ces derniers restent libres de restreindre l'accès dans leur marché sans que les juristes étrangers ne puissent faire quoi que ce soit. Donc, le mécanisme prévu par le GATS vise à assurer une certaine sécurité et prédictibilité dans le commerce des services en engageant la responsabilité des Etats Membres.

Pour chaque type de restriction, l'Etat membre qui engage un secteur de service peut choisir le degré de libéralisation selon le mode de prestation. A cet égard, le GATS distingue quatre modes pour la provision de services. Dans le cas du mode 1, c'est le service qui bouge d'un pays à l'autre. Par exemple, un avocat français envoie un avis de droit en Chine. Dans le mode 2, c'est le consommateur de service qui traverse la frontière. Par exemple, un client indien vient en Belgique pour obtenir un conseil juridique auprès d'un avocat belge. Dans le mode 3, le prestataire de services s'établit dans le pays hôte. Par exemple un avocat américain ouvre un cabinet en Chine. Finalement le mode 4 vise la prestation temporaire de services dans un Etat hôte. Par exemple, un avocat australien va défendre un client dans un cas d'arbitrage à Singapour et retourne après dans son pays. En décidant d'engager un secteur, l'Etat Membre peut choisir le degré de libéralisation selon le mode de provision du service en utilisant trois types de formule: *None*, *Unbound* ou en utilisant un langage spécifique. En inscrivant *None*, l'Etat s'engage à n'imposer aucune restriction. Il peut aussi choisir d'inscrire *Unbound*. Dans ce cas l'Etat Membre préserve son droit à réguler. Cette indication équivaut au niveau minimum de libéralisation. Enfin, il y a la possibilité pour les Etats Membres qui s'engagent d'utiliser un *langage spécifique*, généralement en spécifiant la mesure restrictive.

Le degré de libéralisation doit être mentionné pour chacun des 4 modes de prestation de services, ainsi que pour chaque type de

⁵ Il le choisit au sein d'une liste de services figurant dans la note du Secrétaire de l'OMC, *Classification Sectorielle des Services*, MTN.GNS/W/120, 10 juillet 1991.

⁶ *US-Gambling*, Appellate Body Report, United States-Measures affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, AB-2005-1, 7 April 2005, W/DS/R.

restrictions mentionné aux Art. XVI, XVII et XVIII. En 1995, à la conclusion du Cycle d'Uruguay, 45 Membres (en comptant comme un seul les 12 membres de la CE d'alors) ont souscrit des engagements concernant les services juridiques. Sur les 26 Membres qui ont accédé par la suite à l'OMC, tous – sauf la Mongolie – ont pris des engagements dans ce secteur.⁷ L'art. XIX(1) prévoit que les Etats Membres devront entrer dans des cycles de négociations successifs pas plus tard que 5 ans après l'entrée en force du GATS, dans la perspective d'aboutir à un plus haut degré de libéralisation. C'est le processus qui a démarré en 2001 dans le cadre du cycle de Doha et qui se poursuit actuellement.

b) Généralités sur les négociations GATS dans le domaine des services juridiques

La déclaration Ministérielle de Doha, qui a suivi la Conférence Ministérielle, établit notamment les règles de procédure pour les négociations.⁸ Elle a retenu la stratégie des requêtes et des offres comme étant la principale méthode devant servir à négocier les engagements spécifiques relatifs à l'accès aux marchés des services. À Doha, il a été convenu que les Membres soumettraient les demandes initiales pour le 30 juin 2002 au plus tard et les offres initiales pour le 31 mars 2003. De plus, elle prévoyait que toutes les négociations, qui faisaient partie d'un engagement unique, seraient achevées au plus tard le 1^{er} janvier 2005. Le manque de volonté politique a abouti à un résultat plus que mitigé du processus de négociations bilatéral, si bien que les délais n'ont pas été respectés. En conséquence, la déclaration ministérielle de Hong Kong qui a suivi la Conférence Ministérielle de Hong Kong en 2005 permet notamment d'ajouter un processus plurilatéral au processus bilatéral.⁹ Ainsi, en matière de services juridiques, un certain nombre d'Etats Membres exportateurs se sont réunis au sein d'un groupe appelé *Friends of Legal services*¹⁰ afin de négocier ensemble des engagements auprès d'un groupe d'Etats Membres cibles.¹¹ A cet effet les *Friends of legal services* ont établis un document recensant leurs requêtes: *Collective Request in Legal Services*.¹² Si le processus de négociations bilatérales est gardé plutôt secret quant aux Etats Membres concernés et aux requêtes, le processus plurilatéral est plus ouvert, permettant de se faire une idée plus précise des négociations en cours actuellement.

En ce qui concerne le contenu des négociations, il convient de souligner à titre préliminaire que les Etats Membres de l'OMC opèrent des distinctions quant aux types de services (services consultatifs, services représentatifs, services juridiques d'arbitrage, consultations/médiation) et quant aux types de droit (droit pays d'accueil, droit étranger et droit international).¹³ Ainsi, dans la majorité des cas, les Etats Membres se sont engagés à ouvrir leur marché des services juridiques pour des services consultatifs dans le domaine du droit étranger et du droit international, excluant la pratique du droit interne, que ce soit sous la forme de services consultatifs ou de représentation. Par ailleurs, dans quelques cas, certains Etats Membres se sont engagés pour des services consultatifs et de représentation dans le domaine de l'arbitrage.

L'enjeu pour les avocats/cabinets juridiques étrangers désirant s'établir dans un marché est d'avoir l'assurance de pouvoir donner des conseils juridiques dans un droit autre que celui du pays d'accueil, tout en ayant la possibilité d'engager ou de s'associer avec des praticiens locaux, afin d'offrir un service intégré, comprenant les services de conseils et de représentation en droit interne (par des avocats locaux associés ou employés), en droit étranger et en droit international. A cet égard, on fait référence au *one stop shop* (guichet unique).¹⁴

Dans ce contexte, les requêtes des exportateurs de services juridiques sont les suivantes:¹⁵

- reconnaître un droit aux avocats étrangers de fournir des conseils juridiques dans le droit où ils sont qualifiés et en droit international;
- reconnaître un droit aux avocats/cabinets étrangers de s'établir dans le pays d'accueil dans la perspective de leur permettre de fournir des services juridiques en droit national, droit étranger et droit international;
- reconnaître un droit aux avocats/cabinets étrangers de s'associer avec les avocats/cabinets locaux sous la forme d'un partenariat ou autres formes d'association commerciale, avec la liberté de négocier les honoraires et le partage des profits;
- reconnaître un droit aux avocats/cabinets étrangers d'employer des avocats locaux et autres employés locaux;
- reconnaître un droit aux avocats étrangers de préparer les procédures d'arbitrage et de conciliation/médiation internationales et d'y apparaître;
- reconnaître un droit aux cabinets étrangers d'utiliser le nom de leur choix dans le respect des us et coutumes du pays d'accueil;

7 M. GELOSO GROSSO, Organisation des négociations fondées sur le principe des «offres et requêtes» dans le cadre de l'AGCS: Le cas des services juridiques, N° 2, Editions OCDE 2004.

8 OMC 2001, Déclaration Ministérielle adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 novembre.

9 OMC 2005, Programme de travail de Doha, Déclaration Ministérielle adoptée le 18 décembre 2005, WT/MIN(05)/DEC, 22 décembre.

10 Qui comprend l'Australie, le Canada, le Chili, les Etats-Unis, le Japon, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, et l'UE.

11 Qui comprend l'Afrique du Sud, le Brésil, la Chine, la Corée, l'Egypte, Hong-Kong, l'Inde, l'Indonésie, la Malaisie, le Mexique, le Pérou, la Taipei Chinoise, Singapour, la Thaïlande, les Philippines et la Turquie.

12 *Collective Request: Legal Services*, collective request on behalf of Australia, Canada, the EC, Japan, New Zealand, Norway and the USA, Mission of Australia 2006.

13 Pour plus de détails, voir OMC-Conseil du commerce des services 2005, *Déclaration conjointe sur les services juridiques*, Communication de l'Australie, du Canada, du Chili, des Communautés Européennes, de la Corée, des Etats-Unis, du Japon, de la Nouvelle Zélande, de Singapour, de la Suisse et du territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu, Conseil du commerce des services session spéciale, TN/S/W/37, 24 Février.

14 SILVER/DE BRUIN/RABINOWITZ (2009), *Between Diffusion and Distinctiveness in Globalization: U.S. Law Firms Go Global*, The Georgetown Journal Legal Ethics, vol. 22, N° 4, Fall, pp. 1431–1471.

15 Mission of Australia 2006 (note 12).

- quand les Etats accordent le droit aux avocats étrangers de donner des conseils juridiques dans leur droit ou en droit étranger sur une base temporaire (mode 4), sans exigences d'accréditation, ils doivent s'y engager formellement.

En conséquence, les négociations concernant l'accès au marché des services juridiques vont porter sur l'élimination d'un certain nombre de restrictions, telles que:

- l'exigence de présence commerciale et de résidence dans le pays pour les services fournis en mode 1 et 2 dans le cadre la pratique d'un droit étranger ou du droit international;
- les limitations aux possibilités de partenariat ou autres formes d'associations commerciales ou collaboration entre avocats/cabinets étrangers et avocats/cabinets nationaux;
- les limitations qui restreignent le recrutement par les avocats/cabinets étrangers d'avocats pouvant pratiquer le droit local;
- exigence de nationalité ou de résidence antérieure pour la pratique d'un droit étranger ou du droit international;
- avocats/cabinets étrangers – toute forme de «*economic needs test*»;
- limitation du capital étranger;
- interdiction ou limitations de l'établissement de cabinets étrangers, spécialement pour la pratique du droit étranger ou du droit international. Ceci inclut les restrictions sur le nombre de succursales des cabinets ainsi que les discriminations quant aux types d'entités juridiques permises, sous le titre de présence commerciale.
- restrictions quantitatives du nombre de cabinets pouvant s'établir dans le pays hôte, ce qui comprend aussi le plafonnement du nombre d'avocats étrangers.¹⁶

Les répercussions de l'ouverture du marché des services juridiques sur les prestataires de services locaux diffèrent selon les limitations imposées. Elles sont faibles si la libéralisation ne concerne que les prestations de conseils juridiques dans le droit d'origine et le droit international. Elles sont beaucoup plus importantes si, outre les conseils juridiques en droit étranger, les avocats étrangers peuvent s'associer avec ou engager des avocats locaux et donc être en mesure de pratiquer à la fois le droit international et le droit local par le biais des avocats du pays hôte.

c) Les engagements suisses en matière de services juridiques

La Suisse a soumis une liste d'engagements comprenant les services juridiques dans le cadre du cycle de l'Uruguay Round (ci-après: engagement 1994), ainsi qu'une offre initiale et une offre révisée dans le cadre des négociations du cycle de Doha.¹⁷ Par ailleurs, ces engagements ont été repris dans les accords de libre-échange (ALE) suivant la même évolution. Ainsi les premiers ALE avec le Chili, le Mexique ou Singapour reprennent le contenu de l'engagement 1994. Par contre, les derniers ALE avec le Ja-

pon, la Corée du Sud, la Colombie et le Conseil de Coopération du Golf, l'Ukraine, le Pérou et Hong-Kong reprennent le contenu des offres initiales et révisées. En conséquence, l'analyse faite des engagements 1994, ainsi que des offres initiales et révisées, vaut aussi pour les ALE.

Dans le cadre des services juridiques, on peut distinguer les engagements horizontaux applicables à tous les services (incluant les services juridiques) et l'engagement spécifique aux services juridiques. Un bref aperçu des points pertinents pour cette étude est nécessaire, en distinguant les engagements horizontaux (relatifs aux services juridiques) et les engagements sur les services juridiques.

1) Les engagements horizontaux

Les engagements horizontaux comportent essentiellement trois types de restrictions. En mode 3 des restrictions concernant l'actionnariat des entreprises, des restrictions sur l'acquisition de propriétés et en mode 4, les restrictions concernant les autorisations de séjour et le mouvement des prestataires de services bien que les restrictions sur les autorisations puissent affecter les services juridiques, c'est surtout sur les restrictions sur l'actionnariat qu'il convient de s'arrêter.

a) L'engagement 1994

L'engagement de 1994 mentionne des restrictions sur la composition des membres de la direction des diverses sociétés. Pour la société anonyme et société en commandites par actions, le directoire doit être composé de personnes majoritairement suisses et domiciliés en Suisse. Pour les sociétés à responsabilité limitée, au moins un manager doit avoir un domicile en suisse. Les sociétés coopératives doivent être composées majoritairement de citoyens suisses avec domicile en Suisse. L'engagement de 1994 mentionne aussi des restrictions sur les actions, permettant aux sociétés de capitaux de refuser l'enregistrement de certains actionnaires, en vertu notamment de lois fédérales imposant une certaine composition de l'actionnariat.

b) L'offre initiale

L'offre initiale n'apporte pas de changements quant à la composition du directoire des sociétés. Par contre il y a un changement par rapport aux actionnaires. L'engagement mentionne que la société peut rejeter l'acquisition d'actions nominatives pour certains actionnaires du moment que cela ne permet pas l'identification de la composition de l'actionnariat en vertu du droit fédéral.

c) L'offre révisée

L'offre distingue plus clairement entre les limitations concernant la composition du directoire des sociétés et les restrictions sur la composition de l'actionnariat. Sur les limitations de la composition du directoire, l'offre révisée a éliminé les conditions de nationalité, en les remplaçant par des exigences de domicile en Suisse.

¹⁶ Idem.

¹⁷ A consulter sur le site du SECO: www.seco.admin.ch (dernière visite 4 juillet 2011).

En ce qui concerne les limitations sur l'actionnariat, l'offre révisée reprend le contenu de l'offre initiale.

2) Les engagements spécifiques

De manière générale, on peut noter une évolution importante de la position suisse. En effet, dans le cadre de l'engagement 1995, la Suisse s'est engagée pour les services consultatifs (ou conseils juridiques) dans le droit d'origine, ainsi que dans le droit international, à l'exclusion du droit suisse. En revanche, dans les offres initiales et révisées, la Suisse s'est engagée pour le droit consultatif sans indications sur le type de droit, ce qui inclut les conseils juridiques en droit suisse.

a) L'engagement 1994

Dans un premier temps, la Suisse a engagé les services juridiques pour les services consultatifs en droit étranger. Dans ce secteur, il n'y a aucune restriction (à l'exception du canton de Saint Gall et sa restriction sur l'exigence de nationalité pour donner des conseils juridiques), puisque pour *l'accès au marché* et le *traitement national* en mode 1, 2, 3 figure l'inscription *None*. Pour le mode 4, il y a renvoi aux engagements horizontaux.

b) L'offre initiale

Dans l'offre initiale, la Suisse a ajouté un engagement pour les services d'arbitrage dans le commerce international. Par ailleurs, la Suisse a étendu le champ de l'engagement pour les services consultatifs, puisque cela va concerner le droit du pays d'origine, le droit international et le droit suisse. Pour tous ces domaines, pour *l'accès du marché* (Art. XVI) et le *traitement national* (Art. XVII) en mode 1, 2, 3, la Suisse a libéralisé complètement (sauf pour les Grisons et le Tessin pour les conseils en droit suisse) puisqu'il y a l'inscription *None*.

c) L'offre révisée

L'offre révisée reprend les engagements de l'offre initiale, avec l'élimination des restrictions pour les conseils juridiques dans le canton des Grisons. Par ailleurs, la Suisse a pris de nouveaux engagements dans le domaine des services de médiation et conciliation, ainsi que dans le domaine de la propriété intellectuelle. Pour ces derniers, il n'y a pas de restrictions sauf pour les services de propriété intellectuelle où il y a l'exigence d'enregistrement, d'adresse postale et de pratique d'une année en suisse sous la supervision d'un avocat enregistré à l'IPI.

Avec cet aperçu général des engagements suisses dans le domaine des services juridiques, il reste à déterminer si ces derniers correspondent à la réalité du droit national ou cantonal.

2. La libre circulation des avocats en suisse

Pour analyser les conditions d'accès des prestataires de services juridiques étrangers sur le marché Suisse, une brève description de la réglementation suisse (ses sources et son contenu) s'impose.

Ceci nous permettra par la suite d'examiner les engagements suisses au sein du GATS (et des ALE).

a) Les sources de la réglementation des avocats en Suisse

Les avocats sont soumis à diverses réglementations établies à différents niveaux.

Au niveau international, outre les traités internationaux sur les droits de l'homme (CEDH, Pacte ONU I et II), les avocats suisses sont régis par les traités sur le commerce des services, à savoir le GATS, les accords de libre-échange, l'accord bilatéral Suisse-UE sur la libre circulation des personnes (ALCP), ainsi que la Convention instituant l'AELE.

Au niveau interne, les avocats sont bien sûr soumis à la Constitution (dont, notamment, l'art. 27 Cst. sur la liberté économique ou l'art. 23 Cst. sur la liberté d'association). Par ailleurs, ils sont aussi régis par la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), qui garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non-discriminatoire au marché, afin de pouvoir exercer une activité lucrative sur tout le territoire (art. 1 al. 1 LMI). Sur la base de la LMI, une autre loi spécifique pour les avocats a été adoptée: La loi sur la libre circulation des avocats (LLCA). Le but de la LLCA est de garantir la libre circulation des avocats pratiquant la représentation en justice dans le cadre de la profession d'avocat en Suisse (art. 1 LLCA). Elle unifie notamment certains aspects de la profession, en particulier les règles professionnelles et les règles de la surveillance disciplinaire. Par ailleurs, La LLCA règle les modalités de la libre circulation des avocats ressortissants des Etats Membres de l'UE et de l'AELE sur la base de l'accord de libre-échange et de la convention instituant l'AELE. Le but de la LLCA est de garantir la mobilité professionnelle de l'avocat en Suisse et de réguler la profession d'avocat pour protéger le public contre les «market failures» (asymétrie d'information, externalités négatives ou préservation de biens publics).

Pour le surplus, il est à relever que le droit fédéral ne règle pas la profession d'avocat de manière complète et exhaustive. De ce fait, il existe une compétence cantonale résiduelle (pour ce qui n'est pas régi exhaustivement par la LLCA), ainsi qu'une compétence réservée dans certains domaines comme les conditions d'obtention du brevet d'avocat, sur le monopole de représentation, les procédures d'application de la LLCA et la surveillance des avocats.

La LMI et la LLCA sont applicables aux avocats. La LLCA est une *lex specialis* par rapport à la LMI. Cependant pour les cas non couverts par la LLCA, la LMI reste applicable. Ainsi les avocats de représentation (ou avocats enregistrés) sont essentiellement régis par la LLCA et par le droit cantonal (qui doit respecter la LMI). Par contre, les conseillers juridiques sont soumis à la LMI et au droit commun.

b) Aperçu de la réglementation des services juridiques en Suisse

En somme, on peut distinguer deux catégories d'activité dans le domaine des services juridiques en Suisse.

La première catégorie est celle des avocats inscrits dans un registre cantonal des avocats. Ces avocats ont un monopole sur certaines activités, essentiellement sur les activités de représentation. De ce fait, ils sont soumis à des règles strictes, comme l'exigence de qualification (études et stage), des restrictions sur le nom, la publicité ou la fixation des honoraires, ainsi que sur l'association avec d'autres membres ou sur la constitution de sociétés d'avocats. Dans ce contexte, le but de la LLCA est de favoriser la circulation d'un canton à l'autre, en établissant un mécanisme de reconnaissance automatique des qualifications et en harmonisant les règles professionnelles. Ce régime est étendu aux avocats de l'UE et de l'AELE, sous certaines conditions.

La deuxième catégorie représente tout le reste, c'est-à-dire toute personne donnant des conseils juridiques et qui ne figure pas dans le registre cantonal des avocats. Il est à noter que d'autres praticiens du droit, comme les notaires ou agents d'affaires, sont soumis à certaines règles, qui cependant ne rentrent pas dans le champ de cette étude.

c) La Réglementation Suisse au regard des engagements GATS

Au vu de ce qui précède, la situation des avocats étrangers hors EEE (ci-après: avocats GATS), correspond à celle des avocats non enregistrés ou autres conseillers juridiques pratiquant sur le territoire suisse. En conséquence, ces derniers ne sont pas soumis aux règles professionnelles qui pourraient limiter leur pratique. Dans cette perspective, il convient de se demander si l'inscription *None* en mode 1, 2, 3 pour l'accès au marché (Art. XVI) et pour le traitement national (Art. XVII) correspond à la situation.

Plus exactement, la question est essentiellement le lien entre les avocats suisses enregistrés et les avocats étrangers non-enregistrés. Autrement dit, on peut se demander si les avocats suisses peuvent travailler pour des avocats GATS, s'associer avec des avocats GATS, fonder société avec des avocats GATS ou éventuellement vendre des participations à des avocats GATS. Comme il a été mentionné plus haut, cette question est centrale pour l'internationalisation des services juridiques.

1) Définition de la notion «l'avocat GATS» au sens du droit suisse

Si on se réfère à l'engagement suisse, il ne devrait pas y avoir de restrictions. Toutefois, à la lecture de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA et de la jurisprudence qui en découle, la réponse semble moins évidente. En effet, l'art. 8 al. 1 let. d LLCA mentionne:

Pour être inscrit au registre, l'avocat doit remplir les conditions personnelles suivantes: (...)

- d. être en mesure de pratiquer en toute indépendance; il ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal.

Cet article est complété par une jurisprudence cantonale qui traite de la possibilité pour les avocats enregistrés de constituer une société anonyme, chose qui n'était pas possible sous le régime des lois cantonales avant l'entrée en vigueur de la LLCA en 2000. Dès 2006, un certain nombre de cantons ont accepté la possibilité, pour les avocats, de constituer une société anonyme, tout en posant un certain nombre de conditions, afin de sauvegarder le principe d'indépendance.¹⁸ Seul le canton de Saint-Gall s'est prononcé en défaveur de la société anonyme le 13 mai 2008.

Ces diverses décisions cantonales se basent sur le jugement rendu par l'Autorité de surveillance des avocats du canton de Zurich. La solution retenue consiste à imposer à la société de capitaux d'adopter dans ses statuts des règles spéciales. Ces dernières visent un équilibre entre, d'un côté, le droit à la liberté économique (notamment de s'organiser librement) et de l'autre, la préservation du devoir d'indépendance mentionné à l'art. 8 al. 1 let. d LLCA.

En résumé, ces règles visent la formulation du but de la société, le mécanisme de prise de décisions, la composition de l'actionnariat, du Directoire et du conseil d'administration, ainsi que la transmissibilité des actions nominatives.

Pour ce qui nous concerne, l'Autorité de surveillance des avocats du canton de Zurich a décidé qu'au moins deux tiers du capital-action et des voix doivent être constitués d'avocats inscrits.¹⁹ Le conseil d'administration doit être composé majoritairement d'avocats inscrits.²⁰ De plus le président du Conseil d'administration doit être un avocat inscrit.²¹

La question principale était d'assurer que le contrôle de la société d'avocats demeure dans les mains d'avocats inscrits au détriment d'associés non inscrits au registre cantonal. Par associés non inscrits, l'autorité de surveillance visait des fiscalistes, gérants de fortune, comptables etc. Dans notre contexte, se pose la question de la situation des avocats étrangers, voire des sociétés d'avocats étrangères ou *law firm*.

Une partie de la question a été abordée par le Tribunal administratif du canton de Genève en 2008. S'agissant d'un avocat exerçant à Londres, le Tribunal a mentionné:

18 Ces cantons sont: Obwald (29 mai 2006), Zurich (5 octobre 2006), Berne (7 février 2007), Tessin (16 mars 2007), Zoug (13 juin 2007), Bâle Ville (14 juin 2007), Genève (11 mars 2008) et Argovie (28 mars 2008).

19 Aufsichtskomm. ZH (05.10.2006), ZR 105 (2006) 294 N 71, consid. IV 3.3.2.

20 Idem, consid. IV 3.4.

21 Idem, consid. IV 3.6.

Compte tenu de la règle de réciprocité qui gouverne les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, rien n'interdit à un avocat inscrit à autre registre qu'un registre cantonal suisse d'être actionnaire d'une société anonyme d'avocat, pour autant que les règles de majorité décrites ci-dessus soient respectées. En revanche, le tribunal de céans considère qu'il serait contraire au système desdits accords qu'un avocat exerçant son activité professionnelle dans un pays couvert par les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE puisse ne pas être soumis à l'autorité disciplinaire.

En conséquence, seul pourra être admis comme actionnaire de la société anonyme d'avocats, l'avocat exerçant à l'étranger dans la mesure où il se soumet aux mêmes règles professionnelles et déontologiques que les avocats exerçant dans l'Etat d'accueil et ce pour l'ensemble des activités qu'il exerce sur le territoire de celui-ci.

(...) c'est le cas d'un avocat exerçant à Londres et soumis aux règles du barreau de cette ville, qui peut donc être actionnaire d'une SA.²²

Ce raisonnement établit une reconnaissance des règles professionnelles des avocats de l'EEE permettant de traiter ces derniers *a priori* comme des avocats suisses enregistrés. Cependant, tout ce raisonnement est basé sur l'accord bilatéral sur la libre circulation des personnes Suisse-UE. Le même raisonnement paraît difficile dans le cadre du GATS ou au sein de ALE, car aucun de ces accords ne va aussi loin que l'accord bilatéral Suisse UE, notamment au niveau des reconnaissances des qualifications professionnelles. Dès lors, il faut considérer les avocats GATS comme des associés non enregistrés au même titre que des comptables ou gestionnaires de fortune.

2) L'avocat GATS au sens du droit suisse à la lumière des engagements suisses

A la lumière de ces éléments, il apparaît que les avocats GATS ne sont pas soumis aux mêmes règles que les avocats enregistrés suisses (et européens) et de ce fait ne jouissent pas des mêmes droits. Il en résulte certaines limitations, notamment dans la collaboration entre avocats suisses et étrangers. En effet, comme nous l'avons vu:

- les avocats GATS ne peuvent pas employer des avocats enregistrés suisses, puisque l'art. 8 let. d mentionne que l'avocat enregistré ne peut pas être employé par des personnes non inscrites dans un registre cantonal;
- les avocats GATS et les avocats enregistrés suisses peuvent s'associer, avec certaines restrictions quant à la forme juridique et la composition de la direction de la société;
- les avocats GATS seront soumis à des restrictions quant à la détention du capital-actions.

Dans l'accord GATS l'art. XVI al. 2 *accès au marché* mentionne notamment les restrictions quantitatives suivantes:

- (d) Limitations concernant le nombre total de personnes physiques qui peuvent être employées dans un secteur de services particulier, ou qu'un fournisseur de services peut employer et qui sont nécessaires pour la fourniture d'un service spécifique, et s'en occupent directement, sous forme de contingents numériques ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques;
- (e) Mesures qui restreignent ou prescrivent des types spécifiques d'entité juridique ou de coentreprise par l'intermédiaire desquels un fournisseur de services peut fournir un service; et
- (f) Limitations concernant la participation de capital étranger, exprimées sous forme d'une limite maximale en pourcentage de la détention d'actions par des étrangers, ou concernant la valeur totale d'investissements étrangers particuliers ou des investissements étrangers globaux.

Comme nous l'avons vu, dans le cadre des négociations, les Etats Membres peuvent engager un secteur de services en prenant position par rapport aux art. XVI, XVII, XVIII. A cet effet, ils sont libres de maintenir certaines restrictions, mais ils ont l'obligation de les inscrire. S'ils imposent des restrictions qui vont au-delà de ce qu'ils ont inscrit, ils peuvent s'exposer à une procédure devant les organes des différends de l'OMC.

Dans le cadre des négociations à l'OMC, la position de la Suisse, dans les engagements 1994 ou dans les offres initiales et révisées, est qu'il n'y a aucune restriction puisque figure l'inscription *none* pour l'art. XVI et XVII (mis à part quelques cas spécifiques). Un tel engagement conduit à penser qu'un avocat GATS peut s'associer librement avec un avocat suisse sans restrictions. Cette situation ne correspond pas à la réalité de la réglementation suisse, ce qui comporte le risque que la Suisse soit attaquée sur ce point. C'est d'autant plus vrai que des Etats Membres de l'UE ayant le même type de restrictions ont mentionné ces restrictions dans la liste d'engagement de l'UE.²³

Toutefois, il convient de préciser que cette interprétation n'est valable que si la Suisse s'est engagée pour les conseils juridiques couvrant le droit d'origine, le droit international et le droit suisse. Or, comme le souligne la note du Secrétariat, si un Etat Membre ne s'est engagé que pour les conseils juridiques dans le droit d'origine et le droit international (à l'exclusion du droit du pays hôte), ce dernier n'est nullement obligé d'inscrire des restrictions sur la coopération entre juristes locaux et internationaux dans son engagement.²⁴ Telle est la situation de l'engagement 1994 de la Suisse. En revanche, les offres initiales et révisées comportent un engagement pour des conseils juridiques incluant le droit suisse et qui violent les obligations de l'accord.

23 Voir notamment les offres initiales et révisées de l'UE, qui peuvent être consultées sur le site de l'OMC à <http://www.wto.org> ou sur le site de l'European Services Forum à <http://www.esf.be> (dernière visite le 4 juillet 2011).

24 OMC-CONSEIL DU COMMERCE DES SERVICES 2010 (note 4), pp. 13-14.

22 TA GE (11.03.2008) ATA/111/2008, consid. 5 *in fine*.

Par ailleurs, pour le moment le risque d'une dispute est réduit puisque seuls les engagements 1994 sont en vigueur. En effet, les offres initiales et révisées sont dépendantes de la conclusion du cycle de Doha. Cependant, la nécessité d'agir demeure car, d'une part, la conclusion du cycle pourrait arriver ces prochaines années²⁵, d'autre part la Suisse a signé des accords de libre-échange comportant ces engagements et qui sont en vigueur.²⁶ De plus, elle négocie avec d'autres partenaires des accords importants qui comporteront un engagement dans les services juridiques.²⁷

Dès lors, afin de remettre les engagements juridiques en conformité avec la situation réelle de la législation suisse sur les professions juridiques, il conviendrait de changer les engagements suisses dans la rubrique accès au marché (art. XVI), soit en utilisant la formule *unbound* (qui représenterait l'approche minimale), soit en y incluant un langage spécifique décrivant les mesures mentionnées ci-dessus, à l'instar des engagements de l'UE. Cette possibilité de changer les engagements est prévue par l'art. XXI du GATS.

Conclusion

Il ressort de cette analyse que les professions juridiques ont subi de grands changements au cours de ces vingt dernières années, en devenant notamment plus internationales. Cependant, les réglementations nationales n'ont pas forcément suivi le même processus et les obstacles à la fourniture transfrontalière de services juridiques demeurent conséquents. Dans ce contexte, les accords de libre-échange sont des instruments importants pour négocier la levée de ces restrictions. Au niveau multilatéral, au sein de l'OMC, les Etats Membres ont conclu en 1995 l'accord GATS, qui a jeté les bases de la libéralisation des services, dont les services juridiques.

La Suisse est partie prenante dans ce processus, puisqu'elle a pris des engagements dans ce secteur d'activité. Cependant, comme il a été souligné dans cet article, ces derniers vont au-delà de la réglementation des professions juridiques suisses, ce qui pourrait à terme engager la responsabilité du gouvernement suisse et l'obliger à amener des changements. S'il n'y a pas encore péril en la demeure, il y a nécessité d'agir au plus vite en étant acteur et en choisissant la voie à suivre, sous peine de se voir imposer ces changements par des instances internationales. ■

25 Les plus optimistes parlent de 2012, mais il est plus probable que cela soit plus tard.

26 Avec le Japon, la Corée du Sud, la Colombie et le Conseil de Coopération du Golf, l'Ukraine, le Pérou et Hong-Kong.

27 Avec notamment l'Inde, l'Indonésie, la Chine ou la Russie.

Adrian Rufener*

«Durchklick» – Mailsicherheit

Stichworte: Durchklick, Mailsicherheit, Disclaimer

Der zunehmende Einsatz moderner Kommunikationsmittel im Kanzleialltag sowie in unserer Gesellschaft hat dazu geführt, dass immer mehr Daten auf elektronischem Weg, insbesondere per E-Mail, SMS oder MMS, übermittelt werden. Die elektronische Post hat der Informationsgesellschaft bedeutende Impulse und Produktivitätsvorteile gebracht. Die Datenübertragung per E-Mail erfolgt heute in aller Regel ohne entsprechende Sicherheitsvorkehrungen. Die Mails werden im Klartext versandt, d.h. bildlich gesprochen werden elektronische Ansichtskarten vermailt (vgl. Anwaltsrevue 4/2009, S. 191 ff.).

In der Praxis behelfen sich die Unternehmen und wir Anwälte oft mit dem Anbringen von «Disclaimern» (Enthaftungserklärungen). Solche Erklärungen können allenfalls dazu dienen, das Unbehagen des Absenders beim Versand vertraulicher Informationen zu vermindern und sich vor allfälligen strafrechtlichen Sanktionen und der Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche zu schützen. Mit dem Anbringen von Disclaimern wird jedoch der Inhalt der elektronischen Post weder vertraulicher (immer noch Versand im Klartext) noch wird sichergestellt, dass Unbefugte keine Kenntnis vom Mailinhalt erhalten und diese Kenntnisse verwenden.

Die dargelegten Sicherheitsrisiken führen zur Erkenntnis, dass schützenswerte Informationen durch einen vom Absender bis

zum Empfänger durchgehenden, vom Zugriff durch unbefugte Personen geschützten Prozess abgesichert werden sollten. Zur schützenswerten Kommunikation zählen etwa die Vorbereitung und Abwicklung eines Rechtsgeschäftes (z.B. Unternehmenskauf bzw. -verkauf), der Austausch von Geschäftsgeheimnissen, die Übermittlung von Finanzinformationen oder kursrelevanten Informationen sowie von Personaldaten wie z.B. Lohndaten an Versicherungsgesellschaften. Dabei gibt es keinen Unterschied zwischen einzelnen Berufsgeheimnisträgern und Unternehmen. Dies gilt namentlich für uns Anwälte. Meines Erachtens mutet es sehr seltsam an, wenn wir grossen Wert auf unser Berufsgeheimnis legen und gleichzeitig unsere Kunden verpflichten wollen (ausdrücklich oder stillschweigend), in ungeschützten Mailverkehr einzuwilligen. Niemand von unserem Berufsstand käme auf die Idee, unseren Kunden zu erklären, dass wir Geschäftsbriefe nicht in einen Briefumschlag stecken, sondern als Postkarte versenden. So wie wir Briefe in Couverts verpacken, muss es auch zumutbar sein, Mails mittels geeigneter technischer Hilfsmittel zu schützen, dies namentlich auch deshalb, weil seit dem 1. Januar 2011 sichere Zustellplattformen für den elektronischen Rechtsverkehr mit Gerichten, Strafbehörden und übrigen Verwaltungsbehörden zur Verfügung stehen. Wir Anwälte können deshalb nicht mehr argumentieren, die technische Umsetzung sei schwierig und kostspielig. Wir tun gut daran, unseren Mailverkehr mit technischen Mitteln abzusichern. ■

* Rechtsanwalt, St. Gallen.

Adrian Rufener*

«Clic informatique» – devrions-nous sécuriser les e-mails échangés avec nos clients?

Mots-clés: Questions/réponses en matière de communication électronique, disclaimer, sécurité courrier e-mail

Lors de ces dernières années, nous avons connu un boom spectaculaire de la communication par e-mails, SMS ou MMS, aussi bien dans la vie de tous les jours qu'au sein de notre étude. Ces nouveaux moyens de communication facilitent notre travail et permettent sans aucun doute une meilleure productivité. En revanche, les risques liés à ces transferts de données n'ont pas forcément été jugés à leur juste valeur. En effet, la plupart des

e-mails sont encore envoyés en «texte clair», c'est-à-dire sans être sécurisés et sans aucune garantie de confidentialité. Un e-mail en «texte clair», c'est un peu comme lorsque nous envoyons une carte postale dont le texte pourra être lu par tout un chacun, au lieu d'utiliser une enveloppe fermée qui assurera une certaine confidentialité (pour des explications plus détaillées, cf. Revue de l'avocat 4/2009, p. 191 ss).

Dans la pratique, les entreprises et les avocats ont souvent recours à des *disclaimers*. Ces décharges inhibent en quelque sorte

* Avocat, Saint-Gall.

la crainte d'envoyer des informations confidentielles sans protection particulière («*Ce que j'envoie est confidentiel, mais j'ai mis le disclaimer, donc tout va bien*») et, dans la mesure du possible, de se protéger des sanctions pénales ou de dommages-intérêts sur le plan civil. Le fait d'inclure dans le message un *disclaimer* ne permet cependant pas de sécuriser l'e-mail, puisqu'il n'est pas exclu qu'un tiers puisse en prendre connaissance, voire utiliser les informations de celui-ci.

Les risques que nous venons d'évoquer montrent qu'il est nécessaire de sécuriser son courrier électronique afin d'éviter la mainmise de données confidentielles par des personnes non autorisées, et ce durant tout le transfert qui va de l'expéditeur au destinataire. Certaines données appellent une confidentialité qui va de soi, tant pour les entreprises que pour les personnes soumises au secret professionnel: préparation et réalisation d'une relation contractuelle (p. ex. achat/vente d'une entreprise), échange de secrets d'affaires, communication d'informations financières, mais aussi informations plus succinctes telles que données personnelles, déclarations de salaires aux caisses d'assurances, etc. Si nous analysons maintenant le cas particulier de notre profession

et, d'une manière générale, tout le courrier électronique que nous échangeons avec nos clients, je pense qu'il est plutôt bizarre, d'une part, de revendiquer une importance capitale au secret professionnel et, d'autre part, d'exiger de nos clients qu'ils acceptent (explicitement ou tacitement) le fait que les e-mails qu'ils échan- gent avec nous ne soient dotés d'aucune garantie de confidentialité: il y a ici quelque chose de profondément paradoxal. Aucun d'entre nous n'aurait en effet l'idée d'expliquer à son client que les e-mails se font sous la forme d'une «carte postale» dont le texte est public! Au vu de ce qui précède, on pourrait raisonnablement attendre de notre profession que nous utilisions désormais certains moyens techniques garantissant la confidentialité de nos e-mails. Avec l'introduction sur le marché de plusieurs plateformes de messagerie sécurisée (destinées initialement à la communication électronique avec les tribunaux et les autorités au 1^{er} janvier 2011), notre profession ne pourra plus prétexter le fait que les messages sécurisés sont trop coûteux et compliqués sur le plan technique. Tous ces éléments montrent que nous serions bien inspirés de sécuriser notre courrier électronique par les moyens techniques qui sont aujourd'hui à notre disposition. ■

Thomas Skipwith*

Stegreifreden – nie mehr sprachlos

Stichworte: Stegreifreden, ohne Vorbereitung reden, gestern – heute – morgen, spontan reden, präsentieren, Präsentationen halten

Beim nachfolgenden Artikel handelt es sich um eine Ausführung zum Vortrag vom 23. Juni 2011 am Anwaltskongress 2011 im KKL in Luzern.

Ist Ihnen das ebenfalls schon mal passiert? Sie nehmen an einer Sitzung teil. Der Sitzungsleiter sucht einen Freiwilligen. Dieser soll vom Treffen mit dem Kunden berichten. Keiner aus dem Team ist vorbereitet. Keiner meldet sich. Als Erstes denken Sie: «Hoffentlich nicht ich». Dann wählt der Sitzungsleiter jemand anderen aus. Als Zweites denken Sie: «Das arme Schwein». Dann denken Sie: «He, he, mal sehen, wie er sich schlägt.»

Unvorbereitet, aus dem Stegreif, zu reden fällt vielen schwer. Damit Sie beim nächsten Mal unvorbereitet eine Rede mit Hand und Fuss halten können, hier die wichtigsten Tipps. Manche sind auch für diejenigen nützlich, welche keine Mühe haben spontan zu reden.

1.1 Vorbereitet vs. unvorbereitet

Seien Sie ganz beruhigt – es kommt nur ganz selten vor, dass Sie wirklich eine Stegreifrede halten müssen. Also eine Rede, bei der

Sie alles aus dem Finger saugen müssen. Dies deshalb, weil derjenige, der Sie zum Reden auffordert, der Meinung ist, dass Sie etwas dazu sagen können. Beispielsweise fragt er Sie danach, wie Ihnen der diesjährige Anwaltskongress gefallen hat. Oder was Sie vom laufenden Prozess «Meyer gegen Huber» erwarten. Alles Themen, zu denen Sie inhaltlich etwas sagen können.

Ausserdem hilft vielen «das Gefühl» im Bauch. Es «warnt» bereits Tage im Voraus. Die Warnung? «Es könnte sein, dass ich etwas sagen muss.» Na, wenn das Gefühl schon so nett ist, Sie zu warnen, dann hören Sie doch einfach darauf. Nehmen Sie sich fünf Minuten um zu überlegen, was Sie sagen würden, wenn Sie zum Reden aufgefordert werden. Und damit ist es schon nicht mehr eine Stegreifrede – zu Ihrem Vorteil. Dass Sie sich vorbereitet haben, müssen Sie ja dann nicht jedem auf die Nase binden.

Egal, ob Sie etwas zu sagen wissen oder nicht: Dieser Artikel stellt Ihnen Tipps und eine Technik vor, mit welcher Sie etwas zu (fast) jedem Thema sagen können.

1.2 Ganz selten: «Kein Kommentar»

Selbstverständlich gibt es die eine oder andere Situation, in der Sie nichts sagen können oder wollen. Dann sagen Sie z.B.: «Da bin ich nicht der richtige Ansprechpartner. Ich empfehle Ihnen

* Lic. oec. HSG, Präsentations-Coach, mehrfacher Rhetorik-Europameister, Buchautor, www.descubris.ch

mit Herrn Müller zu sprechen.» Oder: Zu diesem Thema möchte ich mich (noch) nicht äussern». Oder, oft im Fernsehen gesehen: «Kein Kommentar».

Diese Situationen sind aber eher die Ausnahme als die Regel. In 99 von 100 Fällen ist es möglich, einen Beitrag zu leisten resp. etwas zu sagen.

1.3 Chance packen

Ich empfehle Ihnen, jede sich Ihnen bietende Redegelegenheit am Schopf zu packen. Der Live-Vortrag erlaubt Ihnen auf mehreren Kanälen zu senden, inklusive Körpersprache, Stimme und Energie. Damit hinterlassen Sie beim Publikum einen viel stärkeren Eindruck als mit einem schriftlichen Text. Genauso ist es mit diesem Artikel. Das schriftliche Wort ist meistens schwächer als das gesprochene. Wer an meinem Vortrag am Anwaltskongress dabei war, weiss, wovon ich spreche.

1.4 Übung macht den Meister

«Übung macht den Meister». Das gilt ganz besonders für die Stegreifrede. Beobachten Sie einen guten Politiker oder einen erfolgreichen Unternehmer. Er macht den Eindruck, als wenn er ohne Vorbereitung die gescheiterten Antworten geben könnte. Also wie wenn er aus dem Stegreif reden würde. Dem ist aber nur zu einem kleinen Anteil so. Denn er hat seinen Stoff bereits hunderte Male geübt. Er hat sozusagen Textbausteine bereit, welche er nach Belieben zusammenstellen kann. Ein Anfänger kann das noch nicht. Jeder, der ein Meister werden will, muss also auch üben.

Um diesen Punkt zu untermauern: Weshalb zieht jemand einen Rechtsanwalt bei? Weil der Rechtsanwalt in der Ausübung des Rechts geübt ist. Genauso ist es mit dem Stegreifreden. Wenn Sie im Stegreifreden gut werden wollen, dann müssen Sie üben.

1.5 Checkliste

Die folgenden Merkmale werden Ihre nächste Stegreifrede zum Erfolg machen.

- Lächeln: Lächeln Sie. Lächeln wird Ihnen helfen, dass Sie sich gut fühlen und eine positive Einstellung zur Aufgabe gewinnen. (Ausnahme: Wenn es sich um ein ernstes oder tragisches Thema handelt, ist ein Lächeln vermutlich nicht angebracht.)
- Energie einsetzen: Sprechen Sie mit Engagement. Augustinus sagte: «In Dir muss brennen, was Du in anderen entfachen willst.» Dosierte eingesetzt, wird sich das positiv auf die Zuhörer auswirken.
- Entschuldigen Sie sich NICHT: Stellen Sie sich der Aufgabe! Verlieren Sie keine Gedanken daran, wieso das Thema zu komplex, zu ungewöhnlich oder zu altmodisch ist. Vermeiden Sie Sätze wie: «Ich bin kein guter Redner. Ich mache das jetzt zum ersten Mal. Mir fällt nichts ein.» Es ist wie beim Radfahren: Falls Sie umfallen, stehen Sie (einfach) wieder auf.
- Begrüssen: Falls Ihnen nicht unmittelbar ein origineller Anfang einfällt, hilft es, die Zuschauer als Erstes zu begrüssen. Beispiel: «Liebe Kolleginnen und Kollegen ...»

- Bedanken: Steigen Sie ohne sich zu bedanken in das Thema ein. Sie laufen sonst Gefahr, das Thema zu vergessen. Ausserdem empfinden viele eine Danksagung als Floskel.
- Blickkontakt halten: Versuchen Sie, die Gedanken bei den Zuschauern zu holen und nicht an der Decke, auf dem Boden oder an den Fingernägeln.
- Frage wiederholen: Falls Ihnen (immer noch) nichts einfällt, wiederholen Sie die Frage. So gewinnen Sie Zeit. Sie können die Frage sogar ein zweites Mal wiederholen. Am besten mit anderen Worten.
- Pause machen: Falls Sie gerade von keinem Gedanken beglückt werden, sagen Sie einfach nichts. Machen Sie eine Sprechpause.
- Ähs vermeiden: Wenn Sie nicht wissen, was Sie sagen wollen, dann ist es besser, Sie schweigen, als die Stille mit Ähs zu füllen.
- Struktur: Es gibt vier Möglichkeiten, die sich für eine Stegreifrede eignen:
 - Geben Sie Ihre Meinung zum Besten.
 - Gehen Sie auf Ursache und Wirkung ein.
 - Unterteilen Sie das Thema in seine Komponenten.
 - Erklären Sie, wie es in der Vergangenheit war, in der Gegenwart ist und in der Zukunft sein wird.
- Zusammenfassen: Fassen Sie zusammen, was Sie gesagt haben.
- Das Wort übergeben: Übergeben Sie das Wort mit einer Handgeste wieder dem Moderator.

Diese Checkliste können Sie auf www.descubris.ch herunterladen.

1.6 G–H–M

Die Formel G–H–M eignet sich besonders gut für die Stegreifrede. Sie gibt Ihrer Rede eine Struktur. Sie wissen, wo anzufangen und wo aufzuhören. Weder Sie noch das Publikum sind verloren. Die Buchstaben G–H–M stehen für:

- Gestern
- Heute
- Morgen

Die G-H-M-Formel kann vielseitig eingesetzt werden, z.B. für Projektstatusberichte, Kundenanlässe, Mitarbeiterveranstaltungen. Erzählen Sie zuerst etwas zum Gestern (= Vergangenheit), dann etwas zum Heute (= Gegenwart) und schliesslich etwas zum Morgen (= Zukunft). Auf diese Weise geben Sie Ihrer Präsentation einen schönen zeitlichen (Spannungs-)Bogen. Und alle wissen, wo sie sind.

1.7 Redezeit

Wie lange soll eine Stegreifrede dauern? Es kommt darauf an. Je besser Sie reden, desto länger werden Ihnen die Zuhörer ihr Ohr schenken. Je schlechter die Rede, desto eher driftet das Publikum ab und umso seltener werden Sie zum Reden eingeladen.

Empfehlenswert sind 1–2 Minuten. Das ist lange genug, um etwas Gescheites zu sagen, und kurz genug, um das Publikum nicht zu verlieren.

1.8 Persönliche Geschichten

Seien Sie wenn möglich persönlich. Die Zuhörer wollen Sie als Person aus Fleisch und Blut erleben. Nicht als kalten, hohlen Paragraphen aus dem Gesetzbuch. Erzählen Sie also ruhig, was Ihnen aus Ihrer Zeit als Student oder im Anwaltspraktikum einfällt.

1.9 Ein Bild sagt mehr als tausend Worte

«Ein Bild sagt mehr als tausend Worte» heisst nicht, dass wir für alles ein Bild per Beamer an die Leinwand projizieren müssen. Bilder können auch mit Worten erzeugt werden. Letzteres wird häufig vergessen. Der Mensch denkt in Bildern. Geben Sie ihm diese. Je mehr Sie die 5 Sinne (Augen, Ohren, Hände, Nase, Zunge) ansprechen können, desto einfacher wird es Ihrem Zuhörer fallen, mit Ihnen auf Ihre Gedankenreise zu gehen.

1.10 Für Fortgeschrittene

Fortgeschrittenen kann ich empfehlen, einen Bezug zum Ort und/oder zur Zeit zu knüpfen. Idealerweise schaffen Sie eine Verbindung von Ort und/oder Zeit mit dem vorgegebenen Thema.

Ort

Das Publikum liebt Streicheleinheiten. Lassen Sie es sich deshalb nicht nehmen zu sagen, wie gut Ihnen die Stadt, die Umgebung, die Berge oder sonst eine herausragende Eigenschaft des Ortes gefallen. Dadurch schaffen Sie einen konkreten Bezug zum Ort und zum Publikum. Vermutlich waren Sie auch schon an einem Konzert, bei dem der ausländische Leadsänger die Stadt in der Begrüssung nannte: «Hallo, Zürich!»

In vielen Fällen können Sie bereits im Voraus vermuten, dass Sie zum Reden aufgefordert werden. Wenn dem so ist: Machen Sie eine kleine Recherche im Internet, auf dem Fremdenverkehrsamt (Tourismusbüro), bei der lokalen Handelskammer und/oder Ihrer eigenen Kanzlei. Bestimmt finden Sie einen Anknüpfungspunkt. Eine berühmte Persönlichkeit, eine interessanter Kunde, ein Ereignis aus der Geschichte, ein relevantes Projekt, das Sie oder Ihre Kanzlei bereits in dieser Stadt durchgeführt haben.

Zeit

Knüpfen Sie an aktuelle Ereignisse, die für den Veranstaltungsort oder das Publikum relevant sind, an. Vergessen Sie dabei nicht den allgemeinen Zeitgeist.

Wenn die einheimische Fussballmannschaft am Wochenende gespielt hat, können Sie darauf kurz eingehen.

Was ist Ihnen über die Firma, bei der Sie präsentieren, zu Ohren gekommen? Gibt es gerade eine Umstrukturierung? Konnte gerade ein grosser Erfolg gefeiert werden?

Was stand in der Zeitung gerade auf der Frontseite? Was ist an der Börse passiert? Mit dem Forschungsetat des Bildungsministeriums? Gibt es gerade eine bahnbrechende Idee auf einem verwandten Gebiet?

Selbstverständlich können Sie auch auf Dinge hinweisen, die unmittelbar vor Ihrer Präsentation passiert sind, beispielsweise auf die Dame in der Strassenbahn, auf die Bemerkung des Vorredners, eine Frage, die eben gestellt wurde, oder auf den Herrn eben an der Kaffeemaschine.

Den Kreis schliessen

Versuchen Sie am Schluss der Stegreifrede wieder am Anfang Ihrer Rede anzuknüpfen. Sie schliessen den Kreis. Dieses Vorgehen ist das Tüpfelchen auf dem «i».

1.11 Übung

Üben Sie mit Hilfe der folgenden Anleitung. Dieses Training dauert ca. fünf Minuten. Nehmen Sie sich diese Zeit. Es lohnt sich!

1. Halten Sie Ihre Uhr mit Sekundenzeiger bereit.
2. Halten Sie sich die folgende Struktur vor dem geistigen Auge:
 - a. Wie war es in der Vergangenheit (G: gestern)?
 - b. Wie ist die Situation heute (H: heute)?
 - c. Wie sehen Sie die zukünftige Entwicklung (M: morgen)?
3. Entscheiden Sie sich innerhalb von 30 Sekunden für eines der folgenden Themen:
 - a. Wird der Stau am Gotthard durch eine zweite Tunnelröhre gelöst?
 - b. Ist der letzte heisse Sommer ein Zeichen für die globale Erwärmung?
 - c. Was würde es brauchen für eine gerechtere Welt?
4. Halten Sie nun eine ein- bis zweiminütige Stegreifrede anhand der Struktur «gestern – heute – morgen» (G–H–M).
5. Viel Erfolg!

Tipp: Wiederholen Sie diese Übung mit beliebigen Themen, so oft Sie wollen.

Auf www.descubris.ch können Sie eine Datei mit 200 Themen zum Üben herunterladen.

1.12 Der Wurm muss dem Fisch schmecken

Ob vor den Mitarbeitenden oder den Kunden: Die Stegreifrede darf nicht langweilen. Wer langweilt, hat verloren. Oder anders ausgedrückt: Wenn der Wurm dem Fisch nicht schmeckt, dann beisst er nicht an. Genauso ist es mit dem Publikum. Das Publikum soll (und will) einen schmackhaften Köder zum Reinbeissen. Wenn Sie nur schon einige der Tipps in diesem Artikel anwenden, werden Sie gekonnt Stegreifreden halten und das Publikum begeistern. Viel Erfolg! ■

■ Verfassungsrecht/Droit constitutionnel (I)

Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; Subsidiäre Verfassungsbeschwerde, Rügeprinzip, unentgeltliche Rechtspflege

Für die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gilt das Rügeprinzip (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Der Beschwerdeführer muss angeben, welches verfassungsmässige Recht verletzt wurde und substantiiert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheides darlegen, worin die Verletzung besteht. Das Bundesgericht prüft nur ausdrücklich vorgebrachte, klar und detailliert erhobene sowie, soweit möglich, belegte Rügen. Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein (BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

In der Beschwerde dürfen keine neuen Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden, es sei denn, erst der Entscheid der Vorinstanz habe dazu Anlass gegeben (Art. 117 i.V.m. Art. 99 Abs. 1 BGG). Neu sind Tatsachen, die weder im vorangegangenen Verfahren vorgebracht noch von der Vorinstanz festgestellt wurden (BGE 136 III 123 E. 4.4.3 S. 128 f.).

Es ist zudem nicht Aufgabe des Bundesgerichts, Beweise abzunehmen und Tatsachen festzustellen, über die sich das kantonale Sachgericht nicht ausgesprochen hat (BGE 136 III 209 E. 6.1 S. 214 f.). [...]

Im Anwendungsbereich des Rügeprinzips verbietet der Grundsatz von Treu und Glauben, der Vorinstanz bekannte rechtserhebliche Einwände vorzuenthalten und diese erst nach dem Ergehen eines ungünstigen Entscheides im anschliessenden Rechtsmittelverfahren zu erheben. Dies ergibt sich auch aus dem Erfordernis der Letztinstanzlichkeit des angefochtenen Entscheides und fusst auf dem Gedanken, dass der Instanzenzug nicht nur prozessual durchlaufen, sondern auch materiell erschöpft sein muss (Art. 75 Abs. 1 BGG; BGE 133 III 638 E. 2 S. 640).

Dem Beschwerdeführer wäre es im kantonalen Verfahren wie erwähnt mehrmals möglich gewesen, das Obergericht darauf hinzuweisen, dass die fragliche Lebensversicherung gar keinen Rückkaufswert aufweise. Indem er dies nicht getan hat und die Aufforderung des Obergerichts zur Einreichung einer Bestätigung zum Rückkaufswert ignoriert hat, kann auf diese erst vor Bundesgericht geltend gemachte Willkürzüge nicht eingetreten werden.

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A_211/2011, 6.6.2011, X. c. Obergericht des Kantons Thurgau; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Unparteiisches und unabhängiges Gericht, Ausstand

Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat laut Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht. Damit dies gewährleistet bleibt, dürfen Personen, deren Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit fraglich erscheint, an einer gerichtlichen Urteils- resp. Entscheidungsfindung nicht teilhaben, sondern müssen, wenn Anschein einer Befangenheit oder Gefahr einer Voreingenommenheit besteht, in Ausstand treten (vgl. die

bundesrechtliche Regelung in den Art. 34 ff. BGG). Dass eine Richterin, ein Richter oder eine Gerichtsschreiberin, ein Gerichtsschreiber ausserhalb ihres/seines Amtes abstrakt und ohne Bezug zu einem konkreten Verfahren eine politische oder wissenschaftliche Meinung geäussert hat, begründet für sich allein noch keine Befangenheit, welche als Ausstandsgrund zu gelten hätte (BGE 133 I 89 E. 3.3 S. 92; vgl. auch Verfügung 9C_510/2009 vom 7. Juli 2010 E. 2.3 mit Hinweis auf das Urteil I 269/05 vom 11. Oktober 2005 E. 1). Anschein der Befangenheit kann hingegen entstehen, wenn sich eine Gerichtsperson durch die Art ihrer Äusserungen in einer Weise festlegt, die bei objektiver Betrachtungsweise befürchten lässt, sie habe ihre Meinung abschliessend gebildet und werde die sich in einem konkreten Streitfall stellenden Fragen nicht mehr umfassend und offen beurteilen können (REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001, S. 194 ff.).

Dass eine an einem Gericht tätige und hier bei der Beantwortung von sich in Streitfällen stellenden Rechtsfragen mitwirkende Person – wozu nebst Richterinnen und Richtern auch Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber gehören – eine persönliche Meinung und eigene Einstellung gegenüber bestimmten Rechtsproblemen hat, ist der aktuellen Gerichtsorganisation immanent und kann für sich allein noch nicht als Ausstandsgrund wegen Befangenheit herangezogen werden. Geben solche Amtsträger ihre persönlichen Ansichten im Rahmen publizistischer Tätigkeit öffentlich bekannt und machen sie diese damit der Allgemeinheit zugänglich – was der Fortentwicklung des Rechts dienen kann – darf ihnen auch dies nicht grundsätzlich verwehrt sein.

(I. sozialrechtliche Abteilung, 8C_828/2010, 14.6.2011, S. c. IV-Stelle und Versicherungsgericht des Kantons Solothurn; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 29 Abs. 3 und 32 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 3 EMRK; Faires Verfahren, Mehrfachverteidigung

Die Beschwerdeführer machen geltend, ihr Anspruch auf ein faires Verfahren sei verletzt. Sie seien vor erster und zweiter Instanz alle durch denselben amtlichen Verteidiger, Rechtsanwalt C., vertreten gewesen. Dieser habe vor Vorinstanz «zehn» Mitangeklagte vertreten. Die standesrechtlichen Regeln würden eine solche Mehrfachvertretung verbieten. Sie hätten gegenläufige Interessen, zumal ihnen nicht derselbe Tatbeitrag zur Last gelegt werde. [...]

Bei Mehrfach-Verteidigungsmandaten desselben Rechtsvertreters für verschiedene Mitangeschuldigte besteht grundsätzlich ein Interessenkonflikt, der einen Verfahrensausschluss eines Verteidigers (gestützt auf das Anwaltsberufs- und Strafprozessrecht) rechtfertigen kann. Von besonderen Ausnahmefällen abgesehen, dürfen Anwältinnen und Anwälte keine Mehrfachverteidigungen von Mitangeschuldigten ausüben. Dies selbst dann nicht, wenn die Mandanten der Doppelvertretung zustimmen, oder wenn der Verteidiger beabsichtigt, für alle Angeschuldigten auf Freispruch zu plädieren. Bei seinem Entscheid über die Nichtzulassung bzw. Abberufung von Anwälten hat der verfahrensleitende Strafrichter

entsprechenden Interessenkonflikten in jedem Verfahrensstadium vorausschauend Rechnung zu tragen (Urteil 1B_7/2009 vom 16. März 2009 E. 5.5, E. 5.9 und E. 5.11 mit Hinweisen, nicht publ. in BGE 135 I 261, aber in SJ 2009 I S. 386 und in JD 2010 I 282; Urteil 1P.587/1997 vom 5. Februar 1998 E. 3c, in Pra 1998 Nr. 98, S. 560 ff.). Eine Mehrfachverteidigung könnte allenfalls (im Interesse der Verfahrenseffizienz) ausnahmsweise erlaubt sein, sofern die Mitangeschuldigten durchwegs identische und widerspruchsfreie Sachverhaltsdarstellungen geben und ihre Prozessinteressen nach den konkreten Umständen nicht divergieren (Urteil 1B_7/2009, a.a.O., E. 5.8 mit Hinweisen). Diese Rechtsprechung steht im Einklang mit den Standesregeln, wonach Rechtsanwälte Konflikte mit den Interessen ihrer Klientenschaft vermeiden sollen (Art. 12 lit. c BGFA). [...]

Die Beschwerdeführer rügen sinngemäss, die amtliche Verteidigung sei nicht effektiv gewesen. Eine sorgfältige Verteidigung sei bei der grossen Anzahl der Angeklagten nicht gewährleistet gewesen. Zudem habe es Rechtsanwalt C. abgelehnt, die Vertretung vor Bundesgericht zu übernehmen. [...]

Die Beschwerdeführer zeigen keine groben Pflichtverletzungen auf, welche eine wirksame Verteidigung ausschliessen. Es ist gerichtsnotorisch, dass sich ein Rechtsanwalt von Berufs wegen gleichzeitig um zahlreiche Mandate kümmert. Daraus kann nicht abgeleitet werden, er verfüge über zu wenig Zeit für eine sorgfältige Ausführung des einzelnen Auftrags der Mitangeklagten. Die Mehrfachvertretung brachte aufgrund des weitgehend übereinstimmenden Sachverhalts auch zeitliche Vorteile. Zudem kümmerte sich der amtliche Verteidiger effektiv um die Interessen der einzelnen Mandanten, indem er für sie sowohl im erstinstanzlichen als auch im Berufungsverfahren je ein separates Plädoyer erstellte. Die Auffassung der Beschwerdeführer, die Anzahl der vom amtlichen Verteidiger vertretenen Angeklagten schliesse eine wirksame Verteidigung aus, ist nicht stichhaltig. Auch die unterschiedliche Strafhöhe zeigt nicht, dass die Wirksamkeit der Verteidigung beeinträchtigt gewesen wäre, denn die Strafzumessung erfolgt für jeden Angeklagten individuell nach den in Art. 47 ff. StGB genannten Kriterien. Selbst gleich oder ähnlich gelagerte Fälle unterscheiden sich durchwegs in zumessungsrelevanten Punkten (BGE 135 IV 191 E. 3.1). Nicht ableiten lässt sich daraus, dass der amtliche Verteidiger von einer weiteren Vertretung der Beschwerdeführer vor Bundesgericht absah. Dieser Umstand ist für die Qualität der Verteidigung nicht entscheidend. (Strafrechtliche Abteilung, 6B_1076/2010, 21.6.2011, U. et al. c. Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Glarus; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

aArt 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG; Einstellung der Strafuntersuchung, Beschwerdebefugnis des Opfers

Nach der Praxis zur Beschwerdebefugnis des Opfers (aArt. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG; vgl. auch Urteil 6B_127/2007 vom 23. Juli 2007 E. 2) konnte dieses gegen ein Strafurteil, durch das der Angeschuldigte freigesprochen wurde, Rechtsmittel im Strafpunkt grundsätzlich nur erheben, wenn es, soweit zumutbar, seine Zivilansprüche aus strafbarer Handlung im Strafverfahren

geltend gemacht hatte. Dies wurde damit begründet, dass das Strafverfahren nicht blosses Vehikel zur Durchsetzung von Zivilforderungen in einem Zivilprozess sein soll, den das Opfer erst nach Abschluss des Strafprozesses, je nach dessen Ausgang, anzustrengen gedenkt. Vielmehr sollte das Opfer, soweit zumutbar, seine Zivilansprüche im Strafverfahren geltend machen (BGE 131 IV 195 E. 1.2.2 S. 198; 127 IV 185 E. 1 S. 186 ff.; 120 IV 44 E. 4b S. 54 f.; Urteil 6B_260/2009 vom 30. Juni 2009 E. 2.2.1 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 125 IV 161 E. 3 S. 164 mit Hinweisen). Anders verhielt es sich im Falle der Einstellung des Strafverfahrens. Da diesfalls vom Opfer nicht verlangt werden kann, dass es bereits adhäsionsweise Zivilforderungen geltend gemacht hat, reichte es, wenn es im Verfahren vor Bundesgericht darlegte, aus welchen Gründen sich der angefochtene Entscheid inwiefern auf welche Zivilforderungen auswirken kann (BGE 131 IV 195 E. 1.2.2 S. 199; 122 IV 139 E. 1 S. 141; je mit Hinweisen).

Mit der Revision von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG wurde die Legitimation auf die Privatküglerschaft erweitert. Die zusätzliche Voraussetzung, dass sich der angefochtene Entscheid auf die Beurteilung der Zivilansprüche auswirken kann, blieb jedoch unverändert. An der Praxis, dass der Beschwerdeführer, soweit zumutbar, seine Zivilansprüche im Strafverfahren geltend gemacht haben muss, ist deshalb ebenso festzuhalten wie an der Ausnahme im Falle von Verfahrenseinstellungen.

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B_236/2011, 15.7.2011, X. c. Y. und Obergericht des Kantons Luzern; Publikation in der AS vorgesehen – Zusammenfassung Be)

Art. 29 BV, Art. 5 Ziff. 4 EMRK; Ausschaffungshaft, unentgeltliche Verbeiständung

Das Bundesgericht hat [...] festgestellt, dass dem Ausländer bei der Haftverlängerung nach drei Monaten eine schwere Freiheitsbeschränkung droht, die für ihn mit rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden ist, denen er – auf sich selber gestellt – mangels Kenntnis der Sprache und der hiesigen Verhältnisse nicht gewachsen erscheint. Es ist ihm in dieser Situation selbst in «einfachen» Fällen kaum möglich, das administrative Haftverlängerungsverfahren ohne anwaltliche Hilfe zu verstehen. Die wirksame Geltendmachung seiner Rechte setzt deshalb spätestens in diesem Verfahrensabschnitt voraus, dass einem Antrag auf unentgeltliche Verbeiständung entsprochen wird (BGE 134 I 92 E. 3.2.2 und 3.2.3).

Das Gleiche ergibt sich aus Art. 5 Ziff. 4 EMRK: Im Rahmen dieser Bestimmung sind dem Inhaftierten die der Haftart angepassten grundlegenden Rechte zu gewähren; das richterliche Prüfungsverfahren muss «fair» sein. Der Betroffene hat das Recht, sich selber zu vertreten, sich durch den Anwalt seiner Wahl vertreten zu lassen oder die Bestellung eines unentgeltlichen Vertreters zu verlangen, wenn er bedürftig ist und seine Verbeiständung «im Interesse der Rechtspflege erforderlich» erscheint (so auch Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK für den Strafprozess; BGE 134 I 92 E. 3.2.4). Entsprechende Anforderungen ergeben sich heute indirekt auch aus der für die Schweiz ebenfalls massgebenden europäischen Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG, die

festhält, dass die von ihr betroffenen Drittstaatsangehörigen «rechtliche Beratung, rechtliche Vertretung und – wenn nötig – Sprachbeistand in Anspruch nehmen können» bzw. ihnen auf Antrag die erforderliche Rechtsberatung und/oder -vertretung gemäss dem einschlägigen Prozesskostenhilferecht (Art. 15 Abs. 3–6 RL 2005/85/EG) bereitzustellen ist (Art. 13 Abs. 3 und 4 RL 2008/115/EG; vgl. zur Anwendung der RL 2008/115/EU in der Schweiz: THOMAS HUGI YAR, Das Urteil El Dridi, die EU-Rückführungsrichtlinie und der Schengen-Besitzstand, Jusletter 11. Juli 2011, Rz. 13 ff.). Nach Art. 81 Abs. 1 AuG hat der inhaftierte Ausländer ausdrücklich Anspruch darauf, mit dem von ihm bezeichneten Rechtsvertreter mündlich und schriftlich zu verkehren. Ist er im Verfahren vor dem Haftrichter nicht vertreten, weil die Behörden nichts unternommen haben, um ihm diesen zu ermöglichen, bzw. weil sie seinen Anwalt nicht über die Festhaltung oder den Hafttermin informierten, verletzt dies den Anspruch des Betroffenen auf rechtliches Gehör (Urteil 2C_131/2011 vom 25. Februar 2011 E. 2.4.1 mit weiteren Hinweisen auf Doktrin und Praxis).

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C_548/2011, 26.7.2011, X. c. Amt für Migration und Verwaltungsgericht des Kantons Zug; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Entzug der Berufsausübungsbewilligung als Ärztin, rechtliches Gehör

Es ist der Beschwerdeführerin nicht nur um eine eigentliche Befragung im Sinne einer Beweismassnahme gegangen, sondern ebenso sehr darum, vor einem unabhängigen Gericht ihren persönlichen Standpunkt zum Beweisergebnis im Allgemeinen und zum massgebenden ärztlichen Gutachten im Speziellen mündlich vortragen zu können. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz schliesst ein solcher Antrag auf «persönliche Anhörung» den Antrag auf eine mündliche (öffentliche) Verhandlung im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ein.

Im Übrigen erscheint in Verfahren betreffend den Entzug der Bewilligung zur selbständigen ärztlichen Tätigkeit, bei welchem es um die persönliche Voraussetzung der Vertrauenswürdigkeit (vgl. Art. 36 Abs. 1 lit. b MedBG; SR 811.11) des Bewerbers geht, eine mündliche Verhandlung ohnehin als grundsätzlich geeignet, zur Klärung allfälliger noch streitiger Punkte beizutragen (Urteil 2C_370/2010 vom 26. Oktober 2010 E. 2.8; vgl. auch THOMAS MERKLI und andere, Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, 1997, N. 6 zu Art. 31 und N. 13 und 14 zu Art. 69 Abs. 3 VRPG/BE).

Die Vorinstanz hat zur Ablehnung des Antrages auf persönliche Anhörung auf die entsprechenden Ausführungen der Gesundheitsdirektion verwiesen. Diese hat sich darauf berufen, dass die Beschwerdeführerin vom Sanitätskollegium sowie Professor A. angehört worden sei. Auch die Vorinstanz stützt sich namentlich auf die erfolgte Anhörung durch das Sanitätskollegium.

Die damit angesprochene mündliche Anhörung ist indessen nicht durch ein Gericht erfolgt, weshalb dadurch den Anforderun-

gen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht entsprochen worden ist. Wenn die Beschwerdeführerin klar auf einer mündlichen Anhörung beharrte, so kann darin – entgegen der von der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung geäusserten Auffassung – kein Verzicht auf die Durchführung einer mündlichen, öffentlichen Verhandlung im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erblickt werden (vgl. Urteil 8C_67/2007 vom 25. September 2007 E. 3.2.5).

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C_100/2011, 10.6.2011, X. c. Kantonsarztamt und Verwaltungsgericht des Kantons Bern; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

■ Verwaltungsrecht/Droit administratif (II)

Art. 24 LBA; Organisme d'autorégulation, mutation de status

La recourante est un organisme d'autorégulation reconnu au sens de l'art. 24 LBA. Elle est tenue par l'art. 25 al. 1 et 2 LBA d'édicter un règlement qui précise à l'intention des intermédiaires financiers qui lui sont affiliés les obligations de diligence définies au chapitre 2 de la loi sur le blanchiment (cf. art. 12 LBA) et règle les modalités d'application. Elle est à cet égard délégataire d'une tâche de puissance publique et soumise à la surveillance de la FINMA. Elle a notamment pour but statutaire de faire appliquer par ses membres les obligations qui résultent de la loi sur le blanchiment. En tant qu'elle exerce par délégation un pouvoir de surveillance sur ses membres, elle ne poursuit pas un but classique au sens où l'entendait le législateur historique de l'art. 60 CC, mais joue un rôle majeur dans la sauvegarde de la réputation de la place financière suisse en s'assurant du comportement des personnes travaillant dans le secteur financier (Message, FF 1996 III 1071). C'est dire l'influence qu'une exclusion de l'association peut avoir sur la réputation d'un de ses membres, ne serait-ce que parce que l'autorisation d'exercer son activité est accordée à un intermédiaire financier à condition notamment de jouir d'une bonne réputation (art. 14 al. 2 let. c LBA).

Dans ces conditions, il convient de constater que l'art. 72 CC doit être interprété conformément à l'art. 35 al. 2 Cst. en ce sens que les organismes d'autorégulation en matière de blanchiment d'argent constitués sous forme d'association de droit privé ne peuvent prévoir dans leurs statuts le droit d'exclure un membre sans indication de motif.

(II^e Cour de droit public, 2C_887/2010, 28.4.2011, Association Romande des Intermédiaires Financiers c/ FINMA; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

Art. 29 al. 1 let. c LDFR; Action en rectification du registre foncier

Par l'adoption de l'art. 29 al. 2 let. c LDFR, le législateur a voulu prévenir toute tentative du propriétaire d'utiliser de manière dilatoire les voies de droit pour faire échec au droit au gain des cohéritiers (cf. Message, FF 1988 III 947). Pour la majorité de la commission parlementaire du Conseil national, le moment déterminant devait être la mise à l'enquête publique des plans,

laquelle exprime la volonté politique de construire dans un avenir proche (cf. réf.). L'art. 33 al. 1 LAT impose en effet aux cantons de mettre à l'enquête publique les plans d'affectation (cf. ATF 135 II 286 consid. 5). Cette solution garantit contre les manœuvres dilatoires du propriétaire du terrain, puisque celui-ci n'est pas en mesure d'influer formellement sur le cours de la procédure antérieure à la mise à l'enquête publique des plans d'affectation, dont l'avancement ne dépend que des autorités compétentes; ce n'est en effet qu'à partir de la mise à l'enquête qu'il a la possibilité de faire opposition ou recours (cf. réf.). Elle a également le mérite d'assurer une certaine uniformité dans l'application de l'art. 29 al. 2 let. c LDFR dès lors qu'elle se réfère à une notion de droit fédéral dans une procédure d'aménagement du territoire relevant essentiellement du droit cantonal. Enfin, cette solution permet de ne pas prolonger indéfiniment l'exigibilité du gain qui peut déjà intervenir plus de quarante ans après l'attribution d'une parcelle à la valeur de rendement dans l'hypothèse où le terrain n'est ni vendu ni utilisé comme terrain à bâtir – vu la durée maximale du droit de 25 ans et le report de l'exigibilité en cas de classement de 15 ans au plus (art. 30 let. b LDFR) – (cf. réf.).

Il convient en conséquence de retenir que la mise à l'enquête publique du plan d'affectation est le moment déterminant pour l'introduction de la procédure de classement au sens de l'art. 29 al. 2 let. c LDFR.

En l'espèce, l'adoption du schéma directeur sectoriel – qualifié d'études de base au sens de l'art. 6 LAT et englobant la parcelle n° 6209 (anciennement n° 4371) –, qu'invoquent les intimés, ne constitue pas un plan d'affectation et ne suffit donc pas pour introduire la procédure de classement. En outre, quand bien même le recourant aurait l'intention d'attendre l'échéance du délai du droit au gain pour vendre, comme invoqué par les intimés, il n'en demeure pas moins qu'il n'a eu aucune influence sur le déroulement de la procédure puisque le choix des terrains compris dans le plan d'affectation du 10 août 2005 appartenait aux seules autorités étatiques et qu'il ne disposait d'aucun moyen de droit pour intervenir formellement sur ce point.

Comme aucun plan d'affectation comprenant la parcelle en cause n'a été mis à l'enquête publique avant le 15 mars 2006, aucune procédure de classement dans la zone à bâtir au sens de l'art. 29 al. 1 let. c LDFR n'a été introduite dans le délai de 25 ans. Par conséquent, le droit au gain des cohéritiers est périmé. L'inscription provisoire du droit de gage, sans indication de montant, en garantie du droit au gain opérée le 2 mars 2006 au registre foncier est donc dépourvue de cause légitime. L'action en rectification doit en conséquence être admise et la radiation de cette inscription ordonnée.

(II^e Cour de droit civil, 5A_816/2010, 28.4.2011; A. c/ B., C., et D.; publication de l'arrêt prévue. – condensé Bû)

Art. 13 CEDH; Détentions administratives, recours effectif

Se fondant sur l'ATF 136 I 274, le Tribunal fédéral a plusieurs fois jugé que l'autorité de recours doit entrer en matière pour exami-

ner la licéité de la détention d'une personne libérée en cours de la procédure, dans la mesure où le recourant invoque une violation de l'art. 5 CEDH (arrêts 1B_125/2011 du 8 avril 2011 consid. 1.2; 1B_25/2011 du 14 mars 2011 consid. 1.2, non publié in: ATF 137 IV 13; 1B_10/2011 du 14 février 2011 consid. 2; 1B_94/2010 du 22 juillet 2010 consid. 1.3; 1B_161/2010 du 12 juillet 2010 consid. 1). Comme il a été vu (cf. références citées dans l'arrêt), la jurisprudence développée par la I^{re} Cour de droit public procède entre autres du principe de l'unité de la procédure, qui tend notamment à ce que les griefs invocables devant la Cour européenne soient examinés en amont par le Tribunal fédéral et que les griefs qui peuvent être vérifiés par ce dernier le soient par les instances inférieures. Elle offre à la personne qui s'estime lésée dans ses droits reconnus par la CEDH la possibilité, avant le dépôt de toute requête auprès de la Cour européenne, de faire constater cette violation alléguée dans le cadre d'un recours national interjeté contre l'acte litigieux, quand bien même l'intérêt actuel à former un tel recours en droit suisse aurait entretemps disparu en raison de la cessation (des effets) de la mesure en question. Cette jurisprudence concilie donc les critères de la recevabilité avec les exigences liées au droit à un recours effectif au sens de l'art. 13 CEDH. Par ailleurs, cette solution n'a pas pour effet d'assouplir à outrance les conditions de la recevabilité, dès lors qu'elle insiste non seulement sur le devoir du recourant de se prévaloir expressément, devant les autorités judiciaires, d'une violation de la CEDH et qu'elle l'oblige aussi à rendre «défendable» son grief, ce qui présuppose une obligation de motivation accrue comparable à celle qui est déjà prévue à l'art. 106 al. 2 LTF. En conséquence, rien ne s'oppose à ce que la nouvelle pratique amorcée par la I^{re} Cour de droit public soit reprise par la Cour de céans s'agissant des détentions administratives.

(II^e Cour de droit public, 2C_745/2010, 31.5.2011, X. c/ Service de la population, Division Asile, Juge de paix du district de Lausanne; publication de l'arrêt prévue dans le RO. – condensé Bû)

Art. 12 lit. a BGFA; Verletzung von Berufsregeln

Streitgegenstand bildet die Tragweite der Diskretionsklausel im Vergleich vom 29. November 2006. Die kantonalen Instanzen gehen zu Recht davon aus, dass sich die Verpflichtung zu Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit auch auf die Beziehungen des Anwalts zur Gegenpartei – hier der Z.-Versicherung – erstreckt (BGE 130 II 270 E. 3.2 S. 276 mit Hinweis). Ebenso nehmen sie richtig an, dass die Vereinbarung der Vertraulichkeit zwischen den Parteien auch von den Anwälten zu beachten ist, die bei der Aushandlung des Vergleichs mitwirken, da die Diskretionsklausel andernfalls nicht die erwünschte Wirkung hätte. Eine Missachtung der vereinbarten Verschwiegenheit stellt deshalb eine Verletzung der anwaltlichen Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung nach Art. 12 lit. a BGFA dar. Der Anwalt darf den Inhalt von Vergleichsverhandlungen dem Gericht oder anderen Behörden insbesondere dann nicht bekannt geben, wenn sie ausdrücklich als vertraulich bezeichnet wurden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.658/2004 vom 3. Mai 2005 E. 3, in: RtiD 2005 II 288, mit Hinweis auf Standesregeln; WALTER FELLMANN, in: Kom-

mentar zum Anwaltsgesetz, Fellmann/Zindel [Hrsg.], 2. Aufl. 2011, N. 24 und 24a zu Art. 12 BGFA; KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, S. 378 Rz. 1530; BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, S. 509 f. Rz. 1187 f.; MICHEL VALTICOS, in: Commentaire romand, Loi sur les avocats, 2010, N. 58 zu Art. 12 BGFA). Der Beschwerdeführer [Anwalt X.] bestreitet das nicht, macht aber geltend, die vereinbarte Diskretionsklausel finde gegenüber der SUVA keine Anwendung, wenn diese ihre Regressansprüche geltend mache. [...]

Alles was die SUVA zur Durchsetzung ihrer Rückgriffsansprüche gegen den Haftpflichtigen unternimmt, tut sie aus der Rechtsposition des Geschädigten heraus. Sie tritt gleichsam in dessen Fussstapfen und verfolgt ihren Rückgriff gegen den Haftpflichtigen «mit der Brille des Geschädigten» (MARC HÜRZELER, in: Personenschadensrecht, Hürzeler/Tamm/Biaggi [Hrsg.], 2010, Rz. 432 und 439).

Insoweit kann die erwähnte Auskunftspflicht der Versicherten nicht durch eine Diskretionsklausel, welche im Rahmen eines Vergleichs zwischen diesen einerseits und dem Unfallgegner oder dessen Haftpflichtversicherer andererseits vereinbart wird, ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Die Unfallgeschädigte war demnach gegenüber der SUVA nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit Letztere Informationen zur Geltendmachung ihrer Regressansprüche benötigte. Das betrifft auch den Inhalt des Vergleiches. [...]

Die Diskretionsklausel hat gegenüber dem Beschwerdeführer grundsätzlich die gleiche Wirkung wie gegenüber der Geschädigten. Was die Letztere bekannt geben darf, muss auch er nicht verschweigen. Daran ändert der Umstand nichts, dass er bei Abschluss des Vergleichs mit der Möglichkeit eines Regressprozesses rechnen musste. Allerdings verfügt der Beschwerdeführer als Rechtsvertreter über besondere Kenntnisse des vergleichsweise abgeschlossenen Verfahrens, die er bei einer Übernahme eines Mandats der SUVA verwenden könnte und über die ein beigezogener anderer Anwalt auch aufgrund der Informationspflicht der Geschädigten nicht ohne weiteres verfügt. [...]

Es ist nicht zu beanstanden, dass die SUVA vom Wissen des Anwalts aus dem Verfahren zwischen Y. und der Z.-Versicherung profitieren kann. Der Beschwerdeführer darf dem Gericht im Verfahren der SUVA allerdings nicht bekannt geben, was anlässlich der Vergleichsverhandlungen im Verfahren zwischen Y. und der Z.-Versicherung gesagt worden ist. Ein solcher Vorwurf wird dem Beschwerdeführer jedoch nicht gemacht. Das blosses Risiko, dass der Anwalt entsprechende Äusserungen machen könnte, genügt hingegen nicht, um ihm zu verbieten, die SUVA zu vertreten. Wie dargelegt, ist dieses Risiko nicht grundsätzlich anders als bei einem Anwalt, der eine Partei nach gescheiterten Vergleichsverhandlungen im anschliessenden streitigen Verfahren – zulässigerweise – vor Gericht weiter vertritt.

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C_900/2010, 17.6.2011, X. c. Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte im Kanton Zürich und Verwaltungsgericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

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

Art. 122 CC; Complément d'un jugement étranger (LPP)

Il existe une différence de nature entre la prestation compensatoire du droit civil français et le partage des avoirs de prévoyance prévu par les art. 122 ss CC, institution que la législation française ne connaît pas comme telle (ATF 131 III 289 consid. 2.8 s.; 134 III 661 consid. 3.3). La comparaison entre ces deux institutions juridiques montre en effet des différences fondamentales en ce qui concerne le but politico-juridique, la justification de la prétention et l'aménagement de détail (ATF 131 III 289 consid. 2.8 s.). Il s'ensuit que, dans la mesure où la prestation compensatoire n'a pas été fixée en tenant compte des avoirs de libre passage de l'époux débiteur (ATF 134 III 661 consid. 3.3), l'époux créancier doit pouvoir prétendre à l'une comme à l'autre: l'octroi d'une prestation compensatoire n'exclut pas le droit au partage des avoirs de prévoyance.

En l'espèce, le jugement de divorce ne contient aucune référence expresse à la prestation de prévoyance de l'ex-mari. La cour cantonale remarque certes que le montant de la prestation compensatoire a été déterminé en tenant compte de la retraite des parties, sur la base d'une simulation de leurs pensions. Il n'empêche qu'aucune attestation de la caisse de prévoyance de l'ex-mari quant aux montants des avoirs accumulés auprès d'elle n'a été produite devant le juge français. Il faut par conséquent en conclure que ladite simulation a été effectuée sans disposer de cet élément essentiel, la production de fiches de salaires, de surcroît devant un juge qui ne connaît pas l'institution de la prévoyance, ne suffisant pas, à elle seule, à déterminer le montant de ces avoirs. La Cour de justice ne pouvait donc, sans arbitraire, en déduire que le juge du divorce les aurait indirectement pris en considération dans la mesure où il ne disposait pas des éléments propres à en déterminer le montant, et refuser ainsi d'entrer en matière sur le complément sollicité par la recourante.

(II^e Cour de droit civil, 5A_835/2010, 1.6.2011, Dame X. c/ Monsieur X.; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bii)

Art. 41 et ss CO; Responsabilité du mandataire

La décision attaquée condamne la demanderesse à indemniser le défendeur d'un gain manqué, c'est-à-dire d'une non-augmentation de son actif, consécutif à une réduction prématurée de son activité professionnelle plus de trois ans avant le moment où il l'aurait de toute manière interrompue. La réduction de l'activité professionnelle en raison de l'âge, d'ordinaire importante et définitive, est un choix de vie influencé par de multiples considérations personnelles et patrimoniales. La demanderesse n'avait aucune compétence particulière pour conseiller son client sur le principe d'une réduction de son activité et elle était consultée exclusivement sur l'aspect fiscal de cette réduction; le défendeur ne cherchait pas à savoir s'il devait réduire son activité, mais comment il pouvait économiser des impôts. En l'espèce, la réduc-

tion de l'activité professionnelle accomplie avant mai 2001 a son origine dans un libre choix du défendeur, lequel, à court ou moyen terme, désirait adapter ses occupations à son âge et passer à une nouvelle étape de sa vie; la perte de gain résultant effectivement de ce choix revêt un caractère volontaire et elle ne constitue donc pas un dommage.

C'est ainsi à tort, en s'écartant de la notion juridique du dommage consacrée par le droit civil fédéral, que la Cour civile a accordé au défendeur la réparation du gain manqué.

(I^{re} Cour de droit civil, 4A_63/2011, 6.6.2011, Fiduciaire X. SA c/ Z; arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

Art. 24 aLFors; Compétence et autres

Appliquées au cas particulier, les réflexions complexes et détaillées du Tribunal fédéral (cf. lecture complète de cet arrêt très intéressant) commandent de confirmer, sinon les motifs, du moins la décision d'irrecevabilité pour défaut de compétence *ratione loci* prise par la II^e Cour d'appel. Le différend qui divise les parties prend racine dans les seuls rapports de travail noués par elles. Dès lors, il paraît raisonnable de le soumettre au tribunal chargé de connaître des actions relatives au contrat de travail, conformément à l'art. 24 aLFors, soit à la juridiction neuchâteloise compétente. Force est, d'ailleurs, de relever le caractère artificiel de la construction juridique échafaudée par le recourant à l'effet d'établir la compétence des tribunaux fribourgeois, dans la mesure où cette construction repose sur la combinaison de la règle touchant le cumul objectif d'actions et de celle que l'intéressé voudrait poser pour l'action à double fondement (ou concours d'actions). Ce caractère artificiel est illustré également par le fait que le recourant entend soumettre le même comportement de l'employeur – le prétendu harcèlement psychologique – à un régime juridique distinct (responsabilité délictuelle/responsabilité contractuelle) en fonction du critère purement contingent que constitue le moment où ce comportement a sorti ses effets (avant ou après le licenciement). Il n'est, au demeurant, pas certain que l'on ait véritablement affaire, ici, à une action à double fondement, s'il faut admettre, avec TERCIER/FAVRE/EIGENMANN (Les contrats spéciaux, 4^e éd. 2009, n° 3521) qu'il y a de bons motifs pour appliquer la règle spéciale de l'art. 328 CO lorsqu'elle est invoquée concurremment avec la règle générale de l'art. 28 CC.

(I^{re} Cour de droit civil, 4A_145/2011, 20.6.2011, X. c/ Fondation Y.; publication de l'arrêt prévue dans le RO. – condensé BÜ)

Art. 319 et ss CO; Contrat de travail vs. contrat d'agent

La Cour d'appel a mis en évidence les similitudes, en droit fédéral, du contrat de voyageur de commerce et du contrat d'agence, et les critères à prendre en considération pour les distinguer. Elle a considéré qu'à elles seules, les clauses de la «convention de collaboration» ne permettent pas cette distinction car dans l'ensemble, elles peuvent s'inscrire aussi bien dans l'un ou l'autre de ces contrats. Elle a aussi jugé que le résultat de l'administration des preuves ne lui permettait pas de constater que les parties, au moment de conclure cette convention, eussent la réelle et commune intention de conclure soit un contrat de

voyageur de commerce, soit un contrat d'agence, et qu'il était donc nécessaire d'interpréter objectivement les clauses de cette convention, en tenant compte de l'ensemble des circonstances et, en particulier, du comportement des parties au cours de leur relation contractuelle.

La Cour d'appel juge qu'il existait un rapport de subordination entre les parties, caractéristique du contrat de travail et propre à distinguer ce contrat des autres contrats de prestation de services (ATF 112 II 41 consid. 1a/aa in fine, consid. 1a/bb p. 46; 134 III 102 consid. 3.1.2 p. 106/107; 130 III 213 consid. 2.1 p. 216), en considération des circonstances ainsi constatées: les clauses de la convention concernant les heures de travail supplémentaires et les vacances annuelles sont insolites dans un contrat d'agence; la durée déterminée et les modalités des vacances ainsi prévues comportaient une contrainte dans l'emploi de son temps par la partie apportant son activité, contrainte qu'un agent n'a pas à subir; une restriction similaire, étrangère au statut d'un agent, résultait en outre de l'obligation d'être présent chaque lundi après-midi au siège de la société pour une réunion consacrée à l'encadrement des collaborateurs; ceux-ci recevaient des injonctions concernant la performance à atteindre; enfin, la société a pris en charge des frais de représentation, de déplacement et de téléphone, et elle a prélevé des déductions sociales sur la rémunération du demandeur.

(I^{re} Cour de droit civil, 4A_184/2011, 21.6.2011, X. SA c/ A.; arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

Art. 239 CO; Promesse de donner

Il n'est pas contesté que l'agence A. SA ait reçu un versement de CHF 350 000.–, et nul ne met en doute que ce versement eût une cause juridique valable. La rétrocession de CHF 70 000.– n'est donc pas demandée sur la base des règles de l'enrichissement illégitime. D'après les déclarations que le demandeur a faites devant le Tribunal de première instance, cette rétrocession est la rémunération d'une activité qu'il a fournie, consistant à déterminer les hoirs de A.O. à accepter le versement d'une commission à l'agence A. SA. Le demandeur n'a pas prétendu, et il ne prétend pas avoir fourni cette activité en exécution d'un contrat qu'il aurait préalablement conclu avec l'agence A. SA, ou avec son directeur personnellement. Ladite activité était donc fournie sans contrepartie, en dehors de toute relation contractuelle synallagmatique. La loyauté que le demandeur devait aux héritiers, dont il était l'avocat, lui interdisait d'ailleurs de contracter des obligations incompatibles avec leurs propres intérêts.

Il s'ensuit que la rétrocession est elle aussi étrangère à une relation contractuelle synallagmatique, bien qu'elle doive rémunérer ou récompenser une activité du demandeur. En l'absence d'une contre-prestation contractuelle, la promesse de rétrocéder CHF 70 000.–, exprimée par Z. selon la version des faits du demandeur, ne peut être qu'une promesse de donner, aux termes des art. 239 al. 1 et 243 al. 1 CO. Cette dernière disposition prévoit qu'une promesse de donner n'est valable que si elle a été faite par écrit. Selon les art. 13 et 14 al. 1 CO, l'accomplissement

de la forme écrite nécessite une signature manuscrite de la personne qui s'oblige. Parmi les pièces auxquelles le demandeur se réfère, une seule porte la signature du défendeur, sur le papier des sociétés B. SA et C. SA, où il s'est exprimé dans les termes suivants:

... Je vous ai confirmé courant 2007 que je vous verserai une part de commission sur une autre affaire car j'ai apprécié nos relations au cours de cette affaire et ai pris acte que c'est grâce à vous que nous avons eu une partie de la commission même si cette dernière n'a pas reflété l'important travail fourni. Je vous répète également que si vous nous amenez un objet à vendre, nous vous rétribuerons généreusement. Je vais donc examiner sur quelle affaire importante je pourrai vous rétribuer et vous tiendrai au courant dans les meilleurs délais. Le montant de la «rétribution» ainsi annoncée n'est pas déterminé ni déterminable, de sorte que le demandeur ne peut se prévaloir d'aucune promesse propre à obliger le défendeur conformément à l'art. 243 al. 1 CO. Il est loisible à ce courtier en immeubles de verser de l'argent au demandeur s'il trouve cela favorable à la continuation de leurs relations d'affaires, ainsi qu'il l'a déjà fait en remettant une première fois CHF 37 660.—, mais il ne peut pas y être contraint par une action en justice fondée sur des déclarations inconsistantes ou sur des promesses qui ne satisfont pas à l'exigence de forme consacrée en matière de donation.

(I^{re} Cour de droit civil, 4A_205/2011, 15.7.2011; X. c/ Z.; arrêt non publié dans le RO. — condensé Bû)

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

Art. 227a al. 1 CPP/VD; Réalisation d'un immeuble séquestré

Conformément à l'art. 227a al. 1 CPP/VD, «le juge peut procéder à la réalisation anticipée de gré à gré ou à la destruction déjà au stade de l'enquête des objets et valeurs séquestrés qui risquent de se déprécier rapidement ou qui exigent un entretien coûteux, si leur restitution n'entre pas en ligne de compte pour des motifs de fait ou de droit». L'art. 266 al. 5 CPP a au demeurant une teneur similaire à l'art. 227a CPP/VD. Il prévoit que «les objets sujets à une dépréciation rapide ou à un entretien dispendieux ainsi que les papiers-valeurs et autres valeurs cotées en bourse ou sur le marché peuvent être réalisés immédiatement selon les dispositions de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite». Le séquestre d'un objet immobilier et sa réalisation anticipée sont ainsi des atteintes graves à la garantie de la propriété.

Pour être conforme à l'art. 26 Cst., la vente anticipée litigieuse, qui repose sur une base légale claire, doit se justifier par un intérêt public suffisant et respecter le principe de la proportionnalité (cf. réf.). Vu la gravité de l'atteinte, le Tribunal de céans examine librement si les conditions de la mesure fondée sur l'art. 227a CPP/VD sont réalisées.

La réalisation anticipée de valeurs et d'objets présentant un risque de déprédation tend, dans l'intérêt du prévenu comme dans celui de l'autorité, à obtenir une valeur de remplacement qui, le moment venu, pourra être restituée ou confisquée (cf. réf.). Le but est de préserver au mieux les intérêts du propriétaire en réalisant le meilleur profit possible, objectif qui est plutôt rempli par une vente de gré à gré que par une vente aux enchères (cf. réf.). Les art. 227a CPP/VD et 266 al. 5 CPP doivent être appliqués restrictivement, vu l'atteinte grave à la garantie de la propriété que représente la réalisation anticipée d'un bien séquestré (cf. réf.).

En l'occurrence, depuis juin 2009, les intérêts hypothécaires s'élèvent à environ CHF 15 000.— par mois. Cela représentait une somme de quelque CHF 210 000.—, en août 2010 au moment où les ordonnances litigieuses ont été rendues. Ce montant doit être mis en relation avec la valeur de l'immeuble saisi, estimé en juin 2009 à 7,9 millions: il correspondrait alors au 2,6% de la valeur des biens séquestrés. La charge de la dette est ainsi minime par rapport à la valeur des biens séquestrés, lesquels, vu l'expertise figurant au dossier, présentent déjà une plus-value de plusieurs millions par rapport au prix d'achat acquitté par le supposé produit d'infractions. Dès lors, il n'est pas exclu que l'accroissement de la dette hypothécaire à raison de 5% d'intérêts par an, soit de CHF 180 000.— par an, puisse être couvert par la plus-value de la villa. A tout le moins, un tel montant ne relève pas d'un entretien coûteux. Si on prend en considération le temps écoulé jusqu'en juin 2011, date de l'arrêt du Tribunal de céans, la charge de la dette hypothécaire s'élève à environ CHF 360 000.—. Mis en rapport avec la valeur des biens séquestrés, cette somme ne peut toujours pas être qualifiée de coûteuse.

De même, le fait que chaque mois la charge de la dette hypothécaire augmente d'environ CHF 15 000.— ne peut être considéré comme une perte de valeur rapide. Dans ces circonstances, la question de savoir si l'accumulation des intérêts hypothécaires pourrait constituer une dépréciation rapide ou un entretien coûteux au sens de l'art. 227a CPP/VD peut demeurer indécise, dans la mesure où même si tel devait être le cas, l'entretien ne peut être considéré comme coûteux et la dépréciation ne peut être qualifiée de rapide en l'espèce. Les conditions de la vente anticipée selon l'art. 227a CPP/VD ne sont donc pas remplies en l'état.

(I^{re} Cour de droit public, 1B_95/2011, 9.6.2011, A. c/ Juge d'instruction VD, Ministère public VD; arrêt non publié dans le RO. — condensé Bû)

Art. 6 CEDH; Droit de participer aux débats

L'avocat du recourant a requis le report de l'audience prévue devant le tribunal de police en invoquant un certificat médical du 18 juillet 2009. Il en ressort en substance que le recourant présente les séquelles d'un accident vasculaire cérébral, qu'il subit une aphasie qui se manifeste par une difficulté d'expression du langage, sans atteinte évidente à la compréhension de la parole ou de la lecture, qu'il doit bénéficier d'aide pour ses affaires administratives; le médecin conclut que le recourant «aurait beaucoup de peine à s'exprimer et à se justifier dans le cadre d'une

audience de jugement, d'autant plus que toute situation qui augmenterait ses émotions ne ferait qu'accentuer ses troubles».

La cour cantonale a exposé que le recourant avait pu s'exprimer à plusieurs reprises devant le juge d'instruction, alors qu'il n'était pas atteint dans sa santé; que lors de l'instruction préalable, il avait été en mesure de communiquer avec son avocat et de s'expliquer, de sorte que ses droits avaient été respectés; que le certificat médical n'attestait pas d'une incapacité de comprendre les faits reprochés ni de s'exprimer lors de l'audience de jugement, malgré des difficultés; que son absence à l'audience de jugement n'était pas la conséquence de son état de santé mais de son choix de se faire représenter par son avocat. La cour cantonale a ainsi rejeté le grief tiré d'une violation de l'art. 6 CEDH.

Contrairement à ce qu'a retenu la cour cantonale, il n'était pas possible de considérer que la participation du recourant à la phase d'instruction suffisait. L'art. 6 CEDH garantit véritablement la participation aux débats lors du jugement, ce que ne peut pallier une participation à l'instruction préalable. L'avocat du recourant n'était d'ailleurs pas le même lors de la phase de l'instruction. Il ne saurait non plus être question dans les circonstances d'espèce de retenir une renonciation du recourant à participer à l'audience et une représentation valable par son avocat à cette occasion. En effet, il ressort du procès-verbal d'audience du 27 août 2009 que l'avocat du recourant a signalé que celui-ci ne lui avait fait part d'aucune détermination, n'étant pas en mesure de le faire. Selon cette indication, qui apparaît compatible avec les renseignements sur l'état du recourant contenus dans le certificat médical, le recourant n'a pas pu exposer à son avocat sa version des faits ni indiquer quels faits il souhaitait mettre en avant. Il n'a de la sorte pas pu bénéficier d'une défense et d'une représentation effectives.

(Cour de droit pénal, 6B_75/2011, 21.6.2011, X. c/ Procureur général GE, Banque A.; arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

Art. 6 par. 1 CEDH; Révocation

Les circonstances évoquées par les recourants remontent à 2001, époque à laquelle le président exerçait accessoirement (parallèlement à ses fonctions d'assistant et de chargé d'enseignement à la faculté de droit de l'Université de Genève, à temps plein) en tant qu'avocat – associé pour les frais uniquement – dans la même étude que son frère. Ce dernier avait alors représenté la BCG dans une procédure judiciaire et avait obtenu, sur mesures provisionnelles, la fermeture d'un site Internet ouvert aux «déchus de la BCG», permettant au public d'exprimer son mécontentement au sujet de la gestion de la banque et mettant en cause la réputation de ses dirigeants. Il apparaît ainsi que l'activité déployée par l'avocat s'est exercée en faveur de la banque et de ses dirigeants; le fait que les intérêts de l'une et des autres aient par la suite divergé ne change rien à cette appréciation. Ce mandat a pris fin, de sorte que le frère du président ne représente plus actuellement la BCG et n'a plus de liens avec cette banque, quand bien même certaines obligations découlant de ce mandat (obligation de garder le secret) pourraient encore subsister. Par

ailleurs, le magistrat intimé a affirmé – sans que ses déclarations ne soient mises en doute sur ce point – n'avoir jamais assisté, remplacé ou excusé son frère dans le cadre de ce mandat. Considérées objectivement, les circonstances ne sont dès lors en rien comparables avec les exemples tirés de la jurisprudence rappelée par la cour cantonale à propos des relations entre le juge, les parties et leurs mandataires.

(I^{re} Cour de droit public, 1B_231/2011, 23.6.2011, 1. René Curti et al. c/ Banque Cantonale de Genève et al.; arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

Art. 66, 104 und 105 Abs. StGB; Friedensbürgschaft

Im Schrifttum ist die Auffassung verbreitet, dass die Friedensbürgschaft nicht nur gemäss dem Gesetzestext bei Verbrechen oder Vergehen, sondern auch bei Übertretungen zulässig ist (vgl. etwa STEFAN TRECHSEL/MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2008, Art. 66 N. 2; AUDE BICHOVSKY, in: Commentaire Romand, Code pénal I, 2009, Art. 66 N. 8; RENÉ KISSLING, Friedensbürgschaft und Zwangsmassnahmen, SJZ 103 [2007], S. 200; ERICH ZÜBLIN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, 2. Aufl. 2007, Art. 66 N. 11 mit Hinweisen auf weitere Literatur, sowie STEFAN HEIMGARTNER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, 2. Aufl. 2007, Art. 105 N. 10; im Ergebnis wohl anderer Ansicht GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., 2006, § 13 N. 6).

Die Mehrheitsmeinung stützt sich auf Art. 104 StGB, wonach die Bestimmungen des Ersten Teils des Strafgesetzbuches mit den nachfolgenden Änderungen (Art. 105–109 StGB) auch für Übertretungen gelten. Da Art. 105 Abs. 3 StGB die Friedensbürgschaft nicht als Ausnahme erwähne, finde diese e contrario auch bei angedrohten Übertretungen Anwendung. Diese Auffassung ist abzulehnen.

Die in Art. 105 Abs. 3 StGB aufgelisteten Massnahmen, die entgegen der generellen Verweisungsnorm in Art. 104 StGB nicht auf Übertretungen anwendbar sind, können nicht als abschliessend zu betrachtet werden. In der bundesrätlichen Botschaft und den parlamentarischen Beratungen (AB S 1999, S. 1136 sowie AB N 2001, S. 602) wurde die Frage der Anwendbarkeit der Friedensbürgschaft auf Übertretungen nicht thematisiert, so dass kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt. Aus der Nichterwähnung der Friedensbürgschaft in Art. 105 Abs. 3 StGB kann entsprechend nichts gewonnen werden. Wie das Bundesgericht in anderem Zusammenhang festgehalten hat, erscheint es ohnehin problematisch, aus unerwähnt gebliebenen Vorschriften rechtliche Schlüsse abzuleiten (Urteil 6B_899/2010 vom 10. Januar 2011 E. 2.6).

2.4.6 Darüber hinaus gebieten Sinn und Zweck der Friedensbürgschaft, diese präventive Massnahme – wie aus dem Gesetzestext ausdrücklich hervorgeht – auf Verbrechen und Vergehen zu beschränken. Bei Übertretungen wären Friedensbürgschaften regelmässig unverhältnismässig (HEIMGARTNER, a.a.O.; BICHOVSKY, a.a.O.). Obwohl mit der Höhe der zu zahlenden Friedensbürgschaft der Verhältnismässigkeit in gewissem Grad Rechnung getragen werden könnte, verbietet sich diese Massnahme bei Baga-

tellfallen, da dem zu zahlenden Geldbetrag diesfalls jegliche Wirksamkeit abginge.

(Strafrechtliche Abteilung, 6B_190/2011, 11.7.2011, Y. c. X. und Obergericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 329 CPP; Renvoi de l'acte d'accusation

L'examen de l'accusation au sens de l'art. 329 CPP est plutôt sommaire et ne permet pas d'apprécier complètement les preuves administrées par le ministère public et de déterminer celles qui devraient encore l'être. Cela étant, si ce premier examen révèle d'emblée qu'un moyen de preuve indispensable n'a pas été administré, le tribunal doit pouvoir renvoyer la cause au ministère public sans attendre. Le but de l'examen prévu par l'art. 329 CPP est en effet d'éviter qu'une accusation clairement insuffisante ne conduise à des débats inutiles, ce qui serait contraire tant à l'économie de procédure qu'au principe de célérité (cf. STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER, in: Basler Kommentar StPO, op. cit., n. 1 ad art. 329 CPP). Pour ces motifs, l'opinion selon laquelle l'art. 329 CPP ne permettrait qu'un examen de la régularité formelle de l'accusation ne saurait être suivie.

De plus, il convient de ne pas perdre de vue que le législateur a voulu que l'administration des preuves aux débats se fasse selon le système de l'immédiateté limitée (cf. Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2005 1266 s.). Il en résulte que les preuves doivent être administrées en priorité par le ministère public et que ce n'est qu'à titre exceptionnel que cette tâche incombe au tribunal, notamment aux conditions des art. 343 et 349 CPP. C'est ainsi avant tout au ministère public qu'il appartient de fournir les éléments essentiels pour juger la cause, conformément à l'art. 308 al. 3 CPP. Dans ces conditions, s'il s'avère que l'accusation présentée au tribunal est insuffisante et que des mesures d'instruction supplémentaires sont nécessaires.

(I^{re} Cour de droit public, 1B_304/2011, 26 juillet 2011, Ministère public VD c/ A. et B.; publication de l'arrêt prévue dans le RO. – condensé *Bü*)

■ Sozialversicherungsrecht/Droit des assurances (V)

Art. 94 al. 1 LPA-VD; Compétence du juge unique

Dès lors que le législateur cantonal est libre de choisir la composition du tribunal lorsqu'il est amené à connaître des cas d'irrecevabilité (cf. réf.), qu'il a clairement mentionné les causes relevant de la compétence d'un juge unique (art. 94 al. 1 LPA-VD), que la non-entrée en matière comme sanction de la tardivité du versement de l'avance de frais n'en fait pas partie, que la loi précise expressément que les autres cas non cités doivent être tranchés par une Cour du tribunal (art. 94 al. 4 LPA-VD) composée ordinairement de trois juges (art. 12 al. ROTC) et que les situations à l'origine de décisions d'irrecevabilité ou de radiation du rôle sont explicitement différenciées (cf. réf.), il est arbitraire d'adopter une solution selon laquelle la compétence du juge instructeur de statuer comme juge unique pour radier une cause du rôle englobe celle de prononcer l'irrecevabilité d'un recours pour cause de tardivité dans le règlement de l'avance de frais. Cela est manifestement contraire à la

volonté du législateur et au sens de la loi (cf. réf.). L'adoption d'une telle solution a en outre comme conséquence d'affaiblir la garantie procédurale voulue par le législateur d'une justice cantonale rendue principalement par trois magistrats et d'élargir les compétences du juge unique à des situations exclues par la loi. Celui-ci se verrait ainsi conférer des compétences d'ordre formel (déclarer le recours irrecevable) dans des litiges qui, matériellement, devraient être tranchés par une cour ordinaire de trois juges (notamment dans tous les cas dont la valeur litigieuse dépasserait les CHF 30 000.– prévus par l'art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

(II^e Cour de droit social, 9C_473/2010, 7.6.2011; M. c/ Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud; publication de l'arrêt prévue dans le RO. – condensé *Bü*)

DIE PRAXIS

BUNDESGERICHT EGMR

Neben weiteren, nicht in der Amtlichen Sammlung publizierten Entscheiden sowie umfassenden Hinweisen auf die aktuellsten Leitentscheide des Bundesgerichts, die innerhalb der letzten Monate im Internet zugänglich gemacht worden sind, enthält die August-Ausgabe 2011 der **Praxis** Übersetzungen der unten aufgeführten BGE ins Deutsche.

BGE	Praxis	Gegenstand
137 II 152	Nr. 83	Geschützte geografische Angaben; Gesuch um Änderung des Pflichtenhefts der «Waadtländer Saucisson»
137 III 113	Nr. 84	Ehevertrag; Vorschlagszuweisung; Formerfordernis
137 III 138	Nr. 85	Anerkennung einer im Ausland bewilligten Nachlassstundung; Arrestprosequierung
137 IV 13	Nr. 90	Haftverlängerung wegen Wiederholungsgefahr
136 V 71	Nr. 91	Invalidenversicherung; Kognition des Bundesgerichts und des kantonalen Versicherungsgerichts bei der Überprüfung von Abzügen vom Invalideneinkommen
vorgesehen 4A_546/2010 vom 13.3.2011	Nr. 81	Vorrang des Bundesrechts; Mietvertrag, Nebenkosten
vorgesehen 4C_2/2011 vom 17.5.2011	Nr. 89	Angemessenheit der Entschädigung des amtlichen bestellten Rechtsbeistandes und des unter seiner Leitung tätigen Anwaltspraktikanten; Tarif des Kantons Waadt
vorgesehen 8C_268/2010 vom 6.1.2011	Nr. 82	Asylverfahren; Anspruch auf Nothilfe, Unterstützungswohnsitz

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

Der SAV teilt mit La FSA vous informe

Service-SAV Versicherungen: Eine Dienstleistung des SAV

Richtig versichert?

Der SAV empfiehlt seinen Mitgliedern eine periodische Überprüfung des Preis-Leistungsverhältnisses und des Deckungsumfanges der bestehenden Versicherungsverträge. Ein Vergleich mit anderen Produkten lohnt sich. Gerne ist Frau Margrith Graf, Versicherungsfachfrau und Leiterin der verbandseigenen Servicestelle des SAV im Bereich der Versicherungen, den Mitgliedern bei der Suche nach dem «richtigen Versicherungsmix» behilflich. Absolute Diskretion ist garantiert. Die Servicestelle SAV offeriert eine unentgeltliche und unabhängige Beratung, einen unentgeltlichen Policen-Check oder einen einfachen Versicherungs-Check.

Prämie 2012

Die speziell auf die Bedürfnisse der Anwältinnen und Anwälte ausgerichteten Versicherungsprodukte des SAV zeichnen sich durch stabile Prämien aus. Informieren Sie sich im Detail unter <http://service.sav-fsa.ch>.

Neu im Angebot: Motorfahrzeugversicherung

Das neueste Produkt im Versicherungsangebot garantiert eine fixe Prämie und überzeugt durch folgende Leistungen:

- Permanenter Bonusschutz (kein Bonus-/Malus-System)
- Hoher Zeitwertzusatz
- Sämtliche Glasteile inklusive Plexiglas und Xenon sind versichert
- Exklusiv für SAV-Mitglieder: Einschluss elektronischer Geräte

Angaben zu den Prämien und weitere Informationen zu diesem Produkt finden Sie unter <http://service.sav-fsa.ch/Praemie-und-Offerte.809.0.html>.

Kollektivkrankenversicherungsvertrag Sanitas: Zusammenschluss der Kollektivverträge des ZAV und des SAV

Aus der Überzeugung, dass es nur zum Vorteil der Mitglieder sein kann, Kollektivversicherungslösungen der Kantonalverbände in jene des SAV zu integrieren, hat sich der SAV mit dem ZAV darauf einigen können, die Kollektivkrankenversicherungsverträge der Sanitas zusammenzuführen. Mit Erfolg! Es konnte zu Gunsten der Versicherten zusätzlicher Nutzen und ein echter Mehrwert geschaffen werden. Der SAV findet sich darin bestätigt, dass mittels Konsolidierung von bestehenden kantonalen Rahmenverträgen mit jenen des SAV für das Mitglied im Ergebnis bessere Konditionen ausgehandelt werden können. Er wird deshalb seine dahingehenden Bemühungen zum Vorteil der Mitglieder vorantreiben.

Details zum Angebot der Sanitas finden Sie unter <http://service.sav-fsa.ch/Krankenversicherung.265.0.html>.

Kontakt

Frau Margrith Graf, Versicherungsfachfrau, Leiterin Service-SAV Versicherungen

Fachanwältin/Fachanwalt SAV – Der SAV gratuliert!

Fachanwältinnen/Fachanwälte SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht

Der SAV gratuliert den neuen «Fachanwältinnen und Fachanwälten SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht», welche nach erfolgreich absolvierter Fachausbildung, bestandener schriftlicher Prüfung sowie bestandener Fachgespräch, am 2. September 2011 anlässlich einer kleinen Feier in Luzern ihr Fachanwaltsdiplom entgegennehmen durften. Es sind dies:

Daniel Altermatt, Dornach
Kurt Balmer, Zürich
Nicolai Fullin, Basel
Sabine Furthmann, Mönchaldorf
Kaspar Gehring, Zürich
Thomas Grieder, Zürich
Luzius Hafen, Zürich
Jean Baptiste Huber, Zug
Roger Peter, Zürich
Armin Sahli, Freiburg
Simone Schmucki, St. Gallen
Eric Schuler, Luzern
Claudia Starkl, Emmenbrücke
Philip Stolkin, Oerlikon
Bettina Uhang, Zürich
Rémy Wyssmann, Oensingen
Olivier Zigerli, Bern

Vorankündigung

10. Tagung für Informatik und Recht

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

Datum: 8. Dezember 2011
 Zeit: 08.30 bis 16.15 Uhr
 Ort: Bern, Berner Rathaus
 Sprache: Simultanübersetzung deutsch/französisch

Für mehr Informationen: Tagungsbroschüre in der Beilage oder www.rechtsinformatik.ch.

Spezialangebot der Vitra AG für SAV-Mitglieder

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

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

über den Online-Shop der Teo Jakob AG: Gehen Sie auf <https://shop.teojakob.ch>. Geben Sie oben rechts in der Volltextsuche den Namen «Vitra» ein und wählen Sie den/die gewünschten Artikel. Fügen Sie den/die Artikel in den Warenkorb ein, gehen Sie «zur Kasse» und registrieren Sie sich. Wählen Sie beim Bestellabschluss die Zahlungsart «Rechnung» und geben Sie in den Bemerkungen den Text «SAV 2011». Schliessen Sie die Bestellung ab.

Sie erhalten daraufhin eine Auftragsbestätigung der Teo Jakob AG, worin die 15 % Rabatt auf den Vitra-Produkten enthalten sind.

Oder direkt an folgenden Standorten:

Baar-Sihlbrugg/Bern/Genève/Solothurn/Visp/Winterthur/Zürich
 Neumarkt/Zürich Tiefenbrunnen.

Informationsmitteilung des Fachausschusses Steuerrecht zuhanden der Mitglieder

Die Eidgenössische Volksinitiative «Millionen-Erbschaften besteuern für unsere AHV (Erbschaftssteuerreform)» sieht teilweise eine Rückwirkung auf den 1.1.2012 vor: Erbvorbezüge und Schenkungen nach diesem Datum werden im Todesfall zum steuerpflichtigen Nachlass gerechnet. Somit könnten – bei Annahme der Initiative – steuerfreie Erbvorbezüge und Schenkungen nur noch in diesem Jahr getätigt werden. Diesbezüglich besteht Beratungs- und allenfalls Handlungsbedarf vor Ende 2011.

Die Eidgenössische Volksinitiative «Millionen-Erbschaften besteuern für unsere AHV (Erbschaftssteuerreform)» sieht eine Nachlassbesteuerung von einheitlich 20 % aller Nachlässe von Erblassern mit letztem Wohnsitz in der Schweiz vor. Schenkungen (und damit auch Erbvorbezüge) sind ebenfalls zum gleichen Satz zu versteuern. Ausgenommen sind Teile des Nachlasses und Schenkungen, die an Ehegatten oder steuerbefreite Stiftungen gehen sowie ein einmaliger Freibetrag von CHF 2 Mio. pro Nachlass (inkl. steuerpflichtige Schenkungen). Obwohl die Sammelfrist für die Unterschriften erst am 16. Februar 2013 enden wird, würden bei Annahme der Initiative rückwirkend sämtliche nach dem

1.1.2012 erfolgten Erbvorbezüge und Schenkungen zum steuerpflichtigen Nachlass dazugerechnet. Mit anderen Worten könnten also Erbvorbezüge und Schenkungen an Nachkommen nur noch bis zum 31. Dezember 2011 steuerfrei (bzw. nach den – in den wenigen Kantonen mit Erbschaftssteuer für Nachkommen – tiefen Steuersätzen) vorgenommen werden. Erbvorbezüge und Schenkungen nach diesem Datum und Erbfälle nach Inkrafttreten der neuen Bestimmung wären steuerpflichtig.

Um die möglichen negativen Auswirkungen im Falle der Annahme der neuen Erbschafts- und Schenkungssteuer auf Bundesebene auszuschliessen, sind Anwälte und ihre Klienten gut beraten, den individuellen Handlungsbedarf genauer abzuklären. Insbesondere ist zu entscheiden, ob noch in diesem Jahr, d.h. bis zum 31. Dezember 2011, Erbvorbezüge und Schenkungen (primär an Nachkommen) vorgenommen werden sollen.

Für den Fachausschuss Steuern:

Markus Kronauer, Niederer Kraft & Frey, 29. August 2011.

Service-FSA Assurances: une prestation de la FSA

Toujours bien assuré?

La FSA recommande à ses membres un examen périodique des prestations et de la couverture de leurs assurances. Une comparaison avec d'autres produits peut en effet s'avérer utile. M^{me} Margrith Graf, spécialiste en assurance avec brevet fédéral et responsable du Service-FSA Assurances, se tient volontiers à disposition pour trouver la «combinaison idéale d'assurances». Le Service-FSA Assurances vous garantit une discrétion absolue. Il vous propose un contrôle de vos assurances et des conseils gratuits et indépendants, ainsi qu'un bilan simple mais efficace de vos besoins en assurances.

Primes 2012

Les produits d'assurances de la FSA, spécialement conçus pour couvrir de manière optimale les besoins particuliers des avocats, se distinguent par leurs primes avantageuses et stables. Plus d'informations: <http://service.sav-fsa.ch/Nous-sommes-la-pour-vous.814.0.html?&L=1\primes 2012>.

Nouveau dans notre assortiment: assurance pour véhicules à moteur

Notre dernier produit garantit une prime fixe et des prestations particulièrement convaincantes:

- protection permanente du bonus (sans système du bonus/malus)
- valeur vénale fortement majorée
- toutes les vitres sont assurées, y compris le plexiglas et le xénon
- avantage exclusif pour les membres FSA: la couverture des appareils électroniques est également incluse

Vous trouverez les primes de cette assurance et d'autres informations en cliquant sur <http://service.sav-fsa.ch/Praemie-und-Offerte.809.0.html?&L=1>.

Contrat collectif d'assurance-maladie avec Sanitas: fusion du contrat de l'Ordre des avocats zurichois avec celui de la FSA

Convaincue que l'intégration des contrats collectifs cantonaux dans celui de notre Fédération allait dans l'intérêt des membres, la FSA a pu se mettre d'accord avec l'Ordre des avocats zurichois et réunir les deux contrats collectifs d'assurance-maladie avec Sanitas. Avec succès, puisque cette fusion a permis de créer une véritable valeur ajoutée et plusieurs avantages en faveur des assurés concernés! La FSA a dès lors pu vérifier qu'une intégration des contrats-cadres cantonaux dans celui de notre Fédération apportait, en fin de compte, de meilleures conditions d'assurances. Dans l'intérêt des membres, la FSA poursuivra ses efforts dans cette direction. Vous trouverez les informations détaillées de l'offre de Sanitas en cliquant sur <http://service.sav-fsa.ch>.

Contact

M^{me} Margrith Graf, spécialiste en assurance avec brevet fédéral et responsable du Service-FSA Assurances.

Annonce

10^e Journée d'informatique juridique

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

Date: 8 décembre 2011

Heures: de 8h30 à 16h15

Lieu: Hôtel du gouvernement de Berne (Berner Rathaus)

Langue: traduction simultanée allemand/français

Le programme et d'autres informations sont annexés dans cette édition de la Revue de l'avocat ou sous www.informatiquejuridique.ch.

Offre spéciale de Vitra SA réservées aux membres FSA

Nous avons le plaisir de vous annoncer que Vitra SA maintient l'offre spéciale proposée lors du Congrès des avocats, de sorte que les membres FSA continuent de bénéficier d'un rabais spécial de 15 % sur tout l'assortiment.

Les commandes peuvent se faire auprès de Teo Jakob SA, revendeur spécialisé de Vitra SA, comme suit: sur l'online-shop de Teo Jakob SA:

Cliquez sur le lien <https://shop.teojakob.ch>. Allez sur la «Volltextsuche» et insérez le nom «Vitra» et choisissez l'article désiré. Pour chaque article choisi, cliquez sur «Ajouter au panier» (Warenkorb). A la fin de votre commande, cliquez sur «Panier» (Warenkorb) puis «Passer la commande» et enregistrez-vous. Après l'enregistrement, sélectionnez «Sur facture» comme moyen de paiement. Sous remarques, inscrivez «SAV 2011». Cliquez ensuite sur «Passer commande» pour terminer.

Vous recevrez alors une confirmation de commande de Teo Jakob SA sur laquelle figure le rabais de 15 % pour les produits Vitra. Ou directement à l'un des points de vente suivants: Baar-Sihlbrugg/Berne/Genève/Soleure/Viège/Winterthour/Zurich Neumarkt/Zurich Tiefenbrunnen

Communication de la commission spécialisée «Impôts» à l'attention des membres

L'initiative populaire fédérale «Imposer les successions de plusieurs millions pour financer notre AVS (réforme de la fiscalité successorale)» prévoit, en partie du moins, un effet rétroactif au 1^{er} janvier 2012. En effet, si l'initiative aboutit, les donations et avancements d'hoirie effectués à partir de cette date seront soumis rétroactivement à un impôt successoral lors du décès. Concrètement, les donations et avancements d'hoirie précédemment exonérés de l'impôt ne le seront plus au-delà du 31 décembre 2011. A ce titre, il est recommandé d'en parler à ses clients et, cas échéant, d'effectuer les démarches nécessaires avant la fin de l'année.

L'initiative populaire fédérale «Imposer les successions de plusieurs millions pour financer notre AVS (réforme de la fiscalité successorale)» prévoit un impôt successoral avec un taux d'imposition unique de 20 % sur tous les legs de personnes physiques domiciliées en Suisse au moment de leur décès. Les donations (donc également les avancements d'hoirie) seront imposées selon le même taux. Font exception les donations ou parts de legs attribuées au conjoint ou à des fondations exonérées de l'impôt. Une franchise de deux millions de francs sur la somme du legs et de toutes les donations soumises à l'impôt a par ailleurs été prévue. Même si le délai imparti pour la récolte des signatures n'expire qu'au 16 février 2013, cela signifierait, en cas de succès de l'initiative, que les donations et avancements d'hoirie conclus à partir du 1^{er} janvier 2012 seront soumis rétroactivement à cet impôt. En d'autres termes, les donations et avancements d'hoirie ne seront exonérés de l'impôt que jusqu'au 31 décembre 2011 ou, pour les quelques cantons concernés, imposés à des taux inférieurs à celui de l'initiative. Dans ses dispositions transitoires, l'initiative prévoit en effet une imposition rétroactive au 1^{er} janvier 2012 des donations (et des avancements d'hoirie), alors que les autres éléments de la succession ne seront imposés qu'après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions.

Afin d'éviter d'éventuelles conséquences négatives en cas d'acceptation de ce nouvel impôt fédéral sur les successions et les donations, les avocats clarifieront avec leurs clients la question de savoir si ceux-ci doivent agir avant la fin de l'année. En particulier, il conviendra d'examiner s'il est nécessaire de prévoir

d'éventuels avancements d'hoirie ou donations avant le 31 décembre 2011.

Pour la Commission spécialisée «Impôts»:

M^e Markus Kronauer, Niederer Kraft & Frey, 29 août 2011

Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

Zivilrecht/Droit civil

11.10.2011	Protection des données: questions pratiques pour les entreprises et la rédaction des contrats	Lausanne	CEDIDAC, Université de Lausanne, Bâtiment Internef, 1015 Lausanne Tel. 021 692 28 50, www.cedidac.ch
26.10.2011	Gesamtrevision des Versicherungsvertragsgesetzes: Vorstellung und Analyse der bundesrätlichen Botschaft	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich Tel. 044 634 48 91, eiz@eiz.uzh.ch
15.11.2011	Nachehelicher Unterhalt	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch , www.sjwz.ch
19.11.2011– 23.11.2012	Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV – Spezialisierungskurs im Familienrecht	Diverse	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@sav-fsa.ch , www.sav-fsa.ch

Handelsrecht

04.10.2011	Aktuelles aus dem Handelsregister- und Gesellschaftsrecht	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich Tel. 044 634 48 91, eiz@eiz.uzh.ch
04.11.2011	Aktienrechtsforum 2011	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 900 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch
23.11.2011	Kapitalmarktsanktionen VII	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich Tel. 044 634 48 91, eiz@eiz.uzh.ch

Zivilprozessrecht/SchKG/Code de procédure civile/LP

Oktober/November 2011	Herbstkurs Mediation 2011	Konstanz	Konstanzer Schule für Mediation, Marktstätte 15, D-78462 Konstanz Tel. 0049 7531 819430, www.ksfm.de , info@ksfm.de
14.–15.10. + 18.–19.11.2011	Aufstellungsarbeit für Mediatoren	Konstanz	Konstanzer Schule für Mediation, Marktstätte 15, D-78462 Konstanz Tel. 0049 7531 819430, www.ksfm.de , info@ksfm.de
21.10.2011	Erste Erfahrungen mit der schweizerischen ZPO	Basel	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch , www.recht-aktuell.ch
26.10.2011	ZPR! Neuer Zivilprozess – Erste Erfahrungen aus Zürcher Sicht	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch , www.sjwz.ch
27.–29.10.2011	Klärungshilfe für Mediatoren – Methodentraining	Konstanz	Konstanzer Schule für Mediation, Marktstätte 15, D-78462 Konstanz Tel. 0049 7531 819430, www.ksfm.de , info@ksfm.de
11.–12.11.2011	Grundausbildung in Collaborative Practice / Collaborative Law	Deutschschweiz (Ort wird noch bekannt gegeben)	Schweizerischer Verein für Collaborative Law (SVCL) in Kooperation mit dem Pool CL-Anwältinnen und Anwälte Zürich/Ostschweiz, Zähringerstrasse 51, 8001 Zürich, Tel. 044 225 99 33, www.svcl.ch , www.cl-pool.ch
Februar/März 2012	Winterkurs Mediation 2012	Konstanz	Konstanzer Schule für Mediation, Marktstätte 15, D-78462 Konstanz Tel. 0049 7531 819430, www.ksfm.de , info@ksfm.de
08.–09.05.2012	Kurz-Zeit-Mediation	Konstanz	Konstanzer Schule für Mediation, Marktstätte 15, D-78462 Konstanz Tel. 0049 7531 819430, www.ksfm.de , info@ksfm.de

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

27.10.2011	Private Ansprüche im Strafprozess	Basel	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch , www.recht-aktuell.ch
02.12.2011	Brennpunkte der neuen Strafprozessordnung	Basel	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch , www.recht-aktuell.ch

Öffentliches Recht/Droit public

02.11.2011	Trends im öffentlichen Beschaffungswesen	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich Tel. 044 634 48 91, eiz@eiz.uzh.ch
18.11.2011	Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 900 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch
19.11.2011– 23.11.2012	Avocat/e spécialiste FSA – Cours de spécialisation en droit de la construction et de l'immobilier	Diverse	Fédération Suisse des Avocats, Marktgasse 4, CP 8321, 3001 Berne, tél. 031 313 06 06, fax 031 313 06 16, info@sav-fsa.ch , www.sav-fsa.ch
22.11.2011	Personalrechtstagung	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 900 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch
23.11.2011	Novembertagung Sozialversicherungsrecht	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 900 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch

Diverses/Divers

09.10.2011– 14.10.2011	CAS Fundraising Kompetenz in Nonprofit-Management	Spiez	Institut für Verbands-, Stiftungs- und Genossenschaftsmanagement (VMI) Universität Freiburg, Postfach 1559, 1701 Freiburg Tel. 026 300 84 00, info@vmi.ch, www.vmi.ch
Diverse	Master of Advanced Studies (MAS) in European Integration	Basel	Europainstitut der Universität Basel, Gellertstrasse 27, Postfach, 4020 Basel, Tel. 061 317 97 67, Fax: 061 317 97 66, europa@unibas.ch, www.europa.unibas.ch
	LL.M. (Legum Magister/Legum Magistra) DAS (Diploma of Advanced Studies in Law)	Bern	Universität Bern, Dekanat RW-Fakultät, Schanzeneckstrasse 1, Postfach 8573, 3001 Bern, Tel. 031 631 30 84
15.11.2011	The 8th Zurich Annual Conference on International Trust and Inheritance Law Practice	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich Tel. 044 634 48 91, eiz@eiz.uzh.ch

Verschiedene Veranstaltungen/Autres manifestations**International**

	American Legal Studies Master of Law-LL.M.	New York	Office of Enrollment Management, 108 Hofstra University, Joan Axinn Hall Hempstead, New York 11549, phone (516) 463–5916, fax (516) 463–6264, llmadmissions@hofstra.edu, law.hofstra.edu/LLMAdmissions
07.–08.10.2011	Deutscher Mediationstag 2011 – Das neue Mediationsgesetz	Jena, Deutschland	Friedrich-Schiller-Universität Jena, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Zivilprozessrecht und Rechtstheorie, Carl-Zeiss-Strasse 3, D-07743 Jena, Tel. 0 36 41 94 21 21, Fax 0 36 41 94 21 32, www.rewi.uni-jena.de/mediationstagung.html