

Peter von Ins	Editorial	■ 299
Thema/Question du jour		
Beat von Rechenberg, interviewé par Peter von Ins	L'avocat: à la fois un auxiliaire de la justice et un ayant droit à la liberté économique – situation contradictoire?	■ 303
Michael Leupold/ Susanne Kuster	Verantwortungsvolle Rechtsetzung	■ 306
Dominique Biedermann	Investisseurs institutionnels: intensification des mesures d'actionnariat actif	■ 312
Anwaltspraxis/Pratique du barreau		
Niklaus Ruckstuhl	Strafprozessrecht: neue Entwicklungen	■ 317
Roland Pfäffli/ Daniela Byland	Revision des Immobiliarsachenrechts: Wissenswertes für die Anwaltschaft	■ 325
Christian Leupi	«Durchklick»: Fristen im elektronischen Behördenverkehr – ausgewählte Besonderheiten	■ 335
Christian Leupi	«Clic informatique»: quelques spécificités liées aux délais de la communication électronique	■ 336
Rebecca Lauchenaier	Augmenter le ratio d'heures facturables tout en tenant compte des intérêts des collaborateurs et des clients	■ 337
Rechtsprechung/Jurisprudence		
		■ 341
SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux		
	Der SAV teilt mit/La FSA vous informe	■ 350
Agenda		
		■ 354

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/Édité par
Helbing Lichtenhahn Verlag
Schweizerischer Anwaltsverband/
Fédération Suisse des Avocats

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

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

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

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

Inserate/Annonces

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

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

Preise/Prix

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

Fachjargon, oder was «fiktives Quotenvorrecht» mit «Legerwall» zu tun hat

Redlich hat Ferien. Ruhig ruckelt sein Boot an der Ankertrosse. Redlichs Blick folgt den Möwen, welche ihrerseits kreischend dem Fischerboot ins glitzernde, unendliche Wellenmeer folgen. Redlich hat Zeit. Musse, jene Dinge zu lesen, welche sonst in der Hektik des Kanzleialltages zu kurz kommen. Entscheide des Bundesgerichtes etwa, welche im Volltext zu lesen während der Arbeitswochen eines Anwaltes kaum Zeit verbleibt. Lesen wäre ja noch eines, nun hat Redlich auch Zeit, die Dinge innert angemessener Zeit verstehen zu wollen, welche er dann in einfacher Laien-Sprache seinen Klienten erklären möchte: *«Bereits der Umstand, dass dem Quotenvorrecht nur im Rahmen der Leistungskoordination Bedeutung zukommt, lässt es als fragwürdig erscheinen, ein <fiktives Quotenvorrecht> auch für den Fall anzuerkennen, dass der Geschädigte seinen Schadenersatzanspruch infolge Verjährung gar nicht mehr durchsetzen kann. Es ist fraglich, ob in einer solchen Konstellation von einer Konkurrenz des Direktanspruchs des Geschädigten mit dem Subrogationsanspruch des Versicherers gesprochen werden kann, weshalb sich womöglich auch die Frage nach der Rangfolge dieser Ansprüche erübrigt. Wie es sich damit in Bezug auf das Verteilungsvorrecht nach Art. 48^{quater} Abs. 1 aAHVG (bzw. nunmehr Art. 73 Abs. 1 ATSG) verhält, kann vorliegend offen bleiben, da der haftpflichtige Arzt unbestritten für den gesamten Schaden aufzukommen hat und ein Quotenvorrecht im Sinne des Verteilungsvorrechts ausser Betracht steht.»* BGE 134 III 336 ff. E. 1.3.1 Aha! Eigentlich klar, Juristen verstehen dies, nein, Juristen wissen, dass dies so stehen muss, weil sie das System kennen, bloss müssen solche Überlegungen auch zuweilen, respektive eben meistens, auch Nicht-Juristen verständlich erklärt werden. Redlich gerät wieder einmal ins Grübeln, wie solches Dilemma zu verhindern sei. Bräuchte es wohl, in Anlehnung an bekannte Vorbilder eines Bartolus de Saxoferraro und Baldus de Ubaldis heute wieder Glossatoren, welche nun Juristensprache und Gesetzestexte auch dem juristisch ungebildeten Volk verständlich machen? Und wie Redlich so in elementarphilosophische Grundsatzüberlegungen zu Aufgabe und Ausgestaltung des Rechts vertieft dasitzt, dabei gerade in die jüngst gefundene Baumrinde ein japanisches Esstäbchen als Mast setzt, woran nun Segel aus ungebrauchten Robidog-Säcklein zu montieren sind, befällt ihn die diabolische Lust, abzuklären, ob dieses zu Redlichs und dessen Enkel Freude und für dessen Freunde so gestaltete Schifflein nun ein vom langen Arm der Legiferierung verschontes Objekt darstelle. Liebe Leserschaft, falls Sie nicht bereits durch obenstehende bundesgerichtlich exakt formulierten Überlegungen die Obergrenze Ihres abstrakten Denkvermögens ausgereizt haben, folgen Sie nun mit Redlich der amüsanten, hoffentlich auch mysteriösen Kreuzfahrt über die unendlichen Tiefen juristisch zu durchdringenden Dunkels des weiten Ozeans voller noch nicht entdeckter, aber dereinst sicher noch zu regelnder Lebenssachverhalte: Dass so ein Rindenschiffchen, gedacht für den Enkel und in Reproduktion für dessen drei Freunde am See ein Gebrauchsgegenstand ist, scheint logisch. Redlich, gemäss Art. 2 Abs. 1 BG betreffend Lebensmittel- und Gebrauchsgegenstände «Lebensmittelgesetz» (LMG SR 817.0), demnach als Hersteller erfasst. Abs. 4

nimmt zwar den Hersteller der für den Eigengebrauch bestimmten Gegenstände davon aus. Die Frage nun, ob auch die Herstellung von vier Rindenschiffchen für Enkel und dessen Freunde demnach dem LMG unterworfen sind, wäre gemäss Abs. 5 durch das EDI nach Anhörung der betroffenen Behörde (hier wohl Seepolizei?) zu klären. Art. 5 lit. a subsumiert Spielzeuge wiederum eindeutig unter LMG.

Verfeinert geht es in Art. 30 Lebensmittel- und Gebrauchsgegenstandsverordnung (SR 817.02) weiter, welcher zunächst einmal keine Gesundheitsgefährdung verlangt und in Art. 43 Abs. 3 LGV unmissverständlich festlegt, was in Sachen Spielzeug Sache ist:

1 Als Spielzeug gelten alle Gegenstände, die dazu gestaltet oder offensichtlich dazu bestimmt sind, von Kindern bis 14 Jahren zum Spielen verwendet zu werden.

2 Spielzeug darf bei bestimmungsgemässer oder voraussehbarer Verwendung und unter Berücksichtigung des üblichen Verhaltens von Kindern die Sicherheit und die Gesundheit der Benutzerinnen und Benutzer sowie Dritter nicht gefährden.

3 Das EDI:

a. grenzt Spielzeug ab gegenüber Gegenständen, die nicht als Spielzeug gelten;

b. legt die Anforderungen an die Sicherheit von Spielzeug fest;

c. regelt die Kennzeichnung von Spielzeug.

Was das EDI denn auch in Art. 1 Spielzeugverordnung (VSS) SR 817.044 mutig anpackt, um als Höhepunkt juristisch legislatorischen Schaffens in Anhang 1 eine Liste zu wagen, gesetzestech-nisch unschwer als abschliessend zu erkennen, welche sich an-masst, Erzeugnisse aufzulisten, welche nicht Spielzeug im Sinne von Art. 43 Abs. 1 LGV sind. Diese Liste, hochverehrte Leserschaft dürfen Sie sich nicht entgehen lassen ...! Alles andere ist Spielzeug – oder eben doch nicht, siehe obenstehend ...

Redlichs Reflexionen und Computerrecherchen werden jäh gestört durch aufgeregten Lärm vom See her:

«Wenn der Wind weiter schrallt, musst du mal schauen wohin du abfällst, sonst werden wir noch steuerbords mit dem Legerwall Bekanntschaft machen» schreit der mit Schoten aufgeregte hantierende Mann am Bug des Segelschiffes, welches soeben in einiger Distanz Redlichs Boot passiert hat, zu der am Steuer stehenden nervösen Frau. «Erstens kannst du dies anständig sagen und zweitens verstehe ich in diesem Lärm kein Wort, du Idiot!» «Du sollst nach steuerbord fahren, verdammt!» «Mach ich ja!» «Nein, du fährst nach backbord, du Krawallschachtel, du ziehst die Pinne ja nach rechts!» «Du hast ja gesagt, nach rechts!»

Soll niemand sagen, nur Juristen hätten ihre eigene Ausdrucksweise – übrigens, es ist eine natürliche Vermutung ohne bisher erfolgten strikten Beweis, dass die Anzahl Scheidungen nach Ende der jeweiligen Segelsaison dem Vernehmen nach statistisch signifikant ansteigen soll.

Peter von Ins

Beat von Rechenberg*, nouveau Président de la Fédération Suisse des Avocats, interviewé par Peter von Ins**

L'avocat: à la fois un auxiliaire de la justice et un ayant droit à la liberté économique – situation contradictoire?

Mots-clés: Président FSA, loi sur les avocats, LLCA, SA d'avocats, e-justice, Congrès des avocats

M^e von Rechenberg, vous êtes l'ancien Bâtonnier du barreau zurichois et aujourd'hui – dix ans plus tard – vous venez d'être élu à la tête de la Fédération Suisse des Avocats. Toutes nos félicitations. Qu'est-ce qui vous pousse à accepter de telles fonctions?

Les avocats souhaitent des organisations professionnelles fortes et l'expérience montre que s'organiser entre gens du métier permet d'obtenir, si l'on travaille efficacement, des résultats concrets, tant nationaux que cantonaux. J'ai toujours ressenti du plaisir à travailler pour une cause qui me passionne et c'est ce qui me pousse à y consacrer mon temps. J'exprime à ce titre ma gratitude aux associés et collaborateurs de mon étude qui m'apportent leur soutien en me déchargeant d'une partie de mes activités.

Citez nous un exemple de travail qui a donné des résultats concrets.

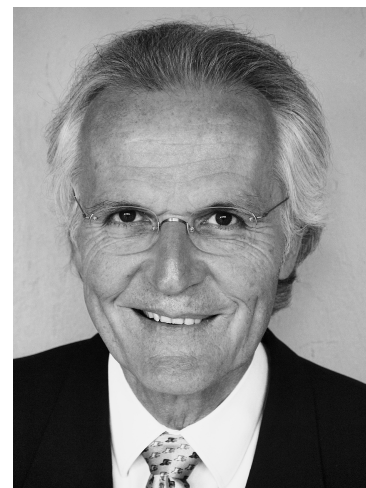
Au niveau cantonal, le meilleur exemple est peut-être celui du bon fonctionnement des permanences mises en place pour l'avocat de la première heure. En offrant ce soutien juridique immédiat à nos justiciables, le nouveau CPP a été introduit efficacement dans la pratique.

Et au niveau national?

Grâce à d'innombrables démarches de persuasion, nous avons pu inscrire dans le CPC et le CPP une protection encore plus étendue de notre secret professionnel: en Suisse, toute la correspondance de l'avocat est désormais protégée, quel que soit le lieu de son établissement ou de sa détention (donc également si elle se trouve sur le bureau du client). Cette protection accrue pourra servir de modèle à toute l'Europe.

Si je suis bien informé, la FSA s'efforce aussi d'introduire explicitement ce secret de la correspondance dans les autres lois de procédure.

Nous pensons que l'effet horizontal du CPC et du CPP devrait permettre d'insérer le secret de la correspondance de l'avocat dans la procédure administrative, la procédure pénale administrative et la procédure civile fédérale. Par ailleurs, nous nous efforçons d'ancrer cette garantie dans toute la législation annexe. A ce sujet, nous attendons que le Conseil fédéral dépose, au cours de l'année, un message allant dans ce sens.



M^e Beat von Rechenberg a été élu nouveau président de la Fédération Suisse des Avocats lors du dernier Congrès des avocats.

Quelles sont les actions de la FSA que le membre peut immédiatement «ressentir»?

Grâce à son dynamique secrétaire général, notre fédération dispose depuis deux ans d'un «Service-FSA». Celui-ci a connu un boom spectaculaire et permet à nos membres de bénéficier d'offres avantageuses. A l'heure actuelle, il s'agit avant tout de produits d'assurances, mais d'autres services devraient bientôt suivre.

Pour le futur, quels sont les grands projets de la FSA?

Le projet le plus important est la nouvelle loi sur les avocats. La LLCA est entrée en vigueur au début du siècle, à l'époque où on avait tout d'un coup compris qu'il ne s'agissait pas seulement d'accorder aux avocats UE-AELE la libre circulation en Suisse, mais qu'il fallait également garantir cette dernière aux avocats suisses dans leur propre pays. Les avocats ne souhaitent toutefois pas une loi de libre circulation, mais une loi professionnelle dans laquelle s'inscrit cette liberté de circulation. Le projet a les caractéristiques de la LLCA, comme les règles professionnelles de l'art. 12 LLCA, mais comble aussi certaines lacunes. Exemple: inclure non seulement les avocats qui pratiquent le barreau, mais également les avocats-conseils actifs sur le marché. Pour le surplus, la délivrance et le retrait du brevet doivent être harmonisés. Les dispositions qui concernent l'obtention du brevet ont été rédigées de telle sorte qu'elles ne mettent pas en péril l'Ecole d'avocature genevoise. Dans le même registre, il ne s'agit pas

* Avocat, docteur en droit, CMS, von Erlach Henrici SA, Zurich.

** Avocat, rédacteur en chef de la Revue de l'avocat, Berne.

d'imposer des contraintes (trop pénibles) avec une école de cette ampleur dans les cantons plus petits.

Que prévoit le projet de loi pour les SA d'avocats?

La loi reprend les règles uniformisées déjà proposées comme modèle par les autorités de surveillance de quatorze cantons.

N'y a-t-il donc que St-Gall qui ait choisi une voie différente?

La FSA pense que l'autorité de surveillance et le tribunal cantonal st-gallois – qui ont refusé d'admettre les SA d'avocats – méconnaissent le principe de la liberté organisationnelle et, corollairement, la liberté économique dont les avocats figurent parmi les ayants droit, à tout le moins si les règles fondamentales applicables à leur profession continuent d'être respectées. Il convient de mentionner ici l'article intitulé «Anwalts-Gesellschaft: Regulierung oder Wirtschaftsfreiheit» paru dans la Revue de l'avocat (NDLR: Revue de l'avocat 4/2011, p. 163), ainsi que le bref article de M^e Hans Nater publié à la RSJ sous le titre évocateur: «Zulässigkeit der Anwalts-AG: Stunde der Wahrheit» (NDLR: RSJ n° 107 (2011), p. 212). On peut encore se référer au rapport du Conseil fédéral du 4 mars 2011 destiné à l'Assemblée fédérale au sujet de la motion Cottier «Forme d'organisation juridique pour les professions libérales» (NDLR: FF 2011 2477). Les conclusions de ce rapport sont tellement justes que je peux les citer de mémoire (NDLR: Traduction en français): «On peut dire que la pratique a sans grandes difficultés réussi à rendre accessible aux avocats les formes juridiques de la SA ou de la Sàrl... Le Conseil fédéral propose donc de classer la motion» (sous-entendu: parce que notre profession a elle-même trouvé les solutions adéquates).

Quelles sont les prochaines étapes du projet?

La FSA a présenté aux barreaux en juillet une proposition de texte en français et en allemand, afin qu'ils puissent nous faire parvenir leur position après une procédure de consultation interne. Début 2012, nous espérons pouvoir présenter à l'OFJ un texte finalisé et soutenu par l'ensemble des barreaux. L'OFJ a d'ores et déjà manifesté son intention de collaborer et de nous soutenir dans ce projet.

Nous constatons que la FSA s'engage également pour le projet e-justice.

Ce qui constitue déjà la règle dans le travail quotidien d'un avocat, à savoir une communication avant tout électronique avec les clients, les parties adverses et les autorités, doit aussi devenir une réalité dans toutes les procédures grâce à e-justice. La carte de membre FSA, qui inclut la technologie de la SuisselD, permet le transfert électronique de documents aux tribunaux et bientôt la consultation électronique du dossier administratif ou judiciaire. Ainsi, e-justice évite un aller-retour inutile du point A au point B, juste pour consulter le dossier. Je suis presque sûr qu'en 2015, personne ne croira qu'en 2011 il fallait encore trimballer des paquets entiers de pièces et courir à la poste avant que celle-ci ne ferme en fin d'après-midi.

Les oppositions nous sont toutefois connues: on invoque tout d'abord qu'e-justice n'est pas encore opérationnelle. Certes, il y a quelques défauts de jeunesse auxquels il faut remédier. Ensuite, il existe une rumeur selon laquelle la SuisselD ne serait pas totalement sûre. Voici ce qu'il convient de répondre: à l'instar de la SuisselD, la sécurité d'une carte bancaire n'est pas absolue si on oublie d'observer quelques règles élémentaires de précaution avec son code PIN.

A ces objections, on peut encore opposer l'argument suivant: pourquoi 90 % de toutes les procédures en Autriche se feraient par la voie électronique si cette dernière était problématique? Nos voisins sont en train de vivre ce que nous allons nous-mêmes vivre en 2015. Le projet e-justice n'a pour autre vocation que de faciliter le travail des avocats.

Quid de l'art. 130 al. 3 CPC qui prévoit que «le tribunal peut exiger que l'acte et les pièces annexées transmis par voie électronique soient (ensuite) produits sur support papier»?

Un acte déposé électroniquement qui doit ensuite être envoyé en format papier constitue, pour les avocats, une aberration du point de vue de la communication avec le tribunal. On peut bien sûr comprendre que celui-ci souhaite lire certains documents sous format papier, mais qu'il puisse exiger que toutes les pièces soient imprimées après avoir été envoyées électroniquement est dénué de toute pertinence. La FSA et les barreaux devront donc continuer à persuader les tribunaux que l'alinéa 3 de l'art. 130 CPC ne repose sur aucune rationalité.

Notre profession est-elle en pleine mutation? Si oui, que peut ou doit faire la FSA?

Vous évoquez la tendance à avoir des études de plus en plus grandes et des avocats de plus en plus spécialisés dans tel ou tel domaine. Sur les 8 000 membres que compte la FSA, seuls 700 pratiquent encore dans des études à avocat unique. Des études entre 5 et 10 membres, il en existe 300, et 11 études réunissent plus de 50 membres. Ce développement s'explique par le fait qu'il est généralement plus facile de surmonter les difficultés d'un mandat complexe avec une équipe d'avocats, *a fortiori* lorsque l'affaire repose sur des problèmes juridiques multiples. La FSA suit attentivement ce développement et met en place certaines mesures accompagnatrices telles que les sociétés d'avocats ou la spécialisation des avocats FSA. Mais l'avocat qui travaille en solo continuera d'avoir sa place sur le marché, que ce soit en avocat spécialiste ou en avocat de confiance qui peut répondre en toute compétence et d'une manière globale aux premières attentes du client. En revanche, il est important que les avocats généralistes n'hésitent pas à faire intervenir des spécialistes (ou, à tout le moins, de les recommander au client) lorsque la matière devient trop technique ou insuffisamment maîtrisée.

Vous considérez donc que la spécialisation est en progression?

Comme il s'agit d'une demande émanant directement des clients, la FSA doit accepter et accompagner cette nouvelle tendance. Après avoir réalisé suffisamment tôt que l'avocat ne pouvait plus

couvrir l'intégralité du spectre des branches juridiques, elle a modifié les règles pour les domaines d'activités que l'avocat pouvait auto-déclarer dans le répertoire FSA. Ainsi, seuls cinq domaines pourront désormais être auto-déclarés, alors qu'il était possible d'en mentionner jusqu'à 12.

Cela nous amène directement à la formation continue.

La FSA a plusieurs fois examiné, au cours des 15 dernières années, s'il fallait instaurer une formation continue obligatoire pour les membres FSA. Tel est par exemple le cas en France. Une forte majorité des barreaux ont refusé d'y donner suite. En ce qui me concerne, je pense qu'une formation continue obligatoire génère beaucoup trop de bureaucratie (en raison des contrôles à effectuer), avec finalement peu de succès et de bonne volonté. En revanche, il nous semble important de continuer d'encourager la formation continue volontaire, et c'est cette direction que prend le gigantesque «projet de l'avocat spécialiste FSA»: un avocat qui apprécie de pratiquer dans un domaine particulier du droit peut approfondir ses connaissances avec un cours de spécialisation et obtenir un diplôme réglementé par la FSA. En plus, se spécialiser est un bon moyen de se profiler sur le marché. A ce jour, pas moins de 350 membres ont suivi des cours de spécialisation. Celui du droit pénal sera d'ailleurs très bientôt proposé.

Avec son «Congrès des avocats» qui se tient tous les deux ans à Lucerne, la FSA offre également une formation continue de haut niveau et concentrée sur quelques jours. En juin 2011, nous avons eu le plaisir de constater que le Congrès jouissait d'une popularité toujours plus grande.

L'avocat, un auxiliaire de la justice? Qu'en dites-vous?

Je pense personnellement que les avocats sont des prestataires de service et représentent avant tout les intérêts de leurs clients. D'un autre côté, il est cardinal que les services effectués le soient en conformité à des règles clairement établies (secret professionnel,

indépendance, absence de conflits d'intérêts). En disant cela, je sais que je provoque certains de mes confrères ou consœurs. Je leurs réponds que notre profession représente aussi des points de vue politico-juridiques importants et qu'en notre qualité d'auxiliaires de la justice, nous sommes l'un des piliers de l'Etat de droit. Voici un exemple actuel de souhait politico-juridique: les avocats suisses doivent lutter contre des situations totalement disproportionnées, telles que les affaires «DSK» aux Etats-Unis ou celle de l'ancien patron de la poste allemande Zumwinkel. En ayant considéré que l'intérêt public était plus fort que le droit à la protection de la personnalité, les Etats-Unis et l'Allemagne ont agi de manière totalement disproportionnée. DSK est par exemple filmé jusque dans le prétoire. Il est coupable avant même qu'un juge n'ait pu jeter le moindre coup d'œil sur son dossier. Quant au chef de la poste allemande, il est arrêté dans sa maison le 14 février 2008, le tout en direct à la télévision, sans que ceci ne soulève la moindre question juridique. Dans les deux affaires, la présomption d'innocence et la protection de la personnalité ont tourné à la farce. En invoquant la présence d'un intérêt public plus fort que tout, les autorités pénales ont sciemment violé des règles élémentaires du droit de la personnalité. Il n'est dès lors pas surprenant que cette série de faux-pas aient alimenté la presse de boulevard. Il est juste triste que la presse qualifiée de «plus sérieuse» n'ait pas pris le temps d'examiner ces affaires avec plus de retenue, probablement en raison de la pression des ventes à laquelle elle doit aussi faire face. Mais le plus critiquable reste le manquement des autorités pénales, et non celui de la presse.

Il est de notre devoir de nous battre contre ce genre d'événements en Suisse. Et c'est pour cela que nous sommes également des auxiliaires de la justice.

Comme vous pouvez le constater, la FSA et ses membres ont encore du pain sur la planche. Le but est de maintenir, grâce au soutien énergique de tous nos membres, une profession intéressante dans un cadre adéquat, c'est-à-dire dans un Etat de droit. ■

Michael Leupold* und Susanne Kuster**

Verantwortungsvolle Rechtsetzung

Stichworte: Verantwortung und Verantwortlichkeit im Rechtsetzungsprozess, Verantwortungsbegriff der Bundesverfassung, Verantwortung für Minderheiten in der Demokratie, Regulierungsverzicht, entwicklungsfähiges Recht, Prinzip der ruhigen Hand

Der folgende Aufsatz von Michael Leupold und Susanne Kuster basiert auf einem Referat, das der Erstgenannte am schweizerischen Anwaltskongress am 24. Juni 2011 gehalten hat.

1. Einleitung

Der Anwaltskongress vom 23. bis 25. Juni 2011 stand unter dem Motto «Recht und Verantwortung». Dieses Begriffspaar bietet Anlass, sich abseits vom aktuellen juristischen Tagesgeschäft wieder einmal ganz grundsätzliche Gedanken zu machen über das Recht an sich: darüber, wie es ist, wie es sein soll, und wie sich unsere Rechtsordnung überhaupt legitimiert.

Ein wichtiger Teilaspekt dieser Überlegungen ist die Gestaltung des Rechtsetzungsprozesses. Das Bundesamt für Justiz ist daran auf Grund seiner Kernaufgabe bereits in einer sehr frühen, konzeptionellen Phase beteiligt. Natürlich prägen in einer halbdirekten Demokratie viele weitere und darüber hinaus sehr viel wichtigere Akteure den Rechtsetzungsprozess. Dies sind vor allem der Bundesrat, das Parlament, die Kantone, die politischen Parteien, Vernehmlassungsteilnehmende und – ganz besonders wichtig – wir alle als Staatsbürgerinnen und Stimmbürger respektive Stimm- und Wahlberechtigte. Genau genommen endet der Rechtsetzungsprozess auch nicht mit der Inkraftsetzung eines Gesetzes oder einer Verordnung, sondern er läuft mit der Rechtsanwendung durch die Rechtsunterworfenen (oft mit Unterstützung durch Anwältinnen und Anwälte) und mit der gerichtlichen Kontrolle weiter. Das Recht selber wird dabei mittels Auslegung ständig weiterentwickelt und erst, wenn seine Regelungs- und Problemlösungsfunktion in der Praxis akzeptiert wird, erlangt es seine wahre Bedeutung. Um die Wirksamkeit des Rechts zu untersuchen, werden heute die Erfahrungen aus der Rechtsanwendung mit Evaluationen und ähnlichen wissenschaftlichen Methoden analysiert, was dann im Falle eines erkannten Revisionsbedarfs die Maschinerie des Rechtsetzungsprozesses weiter in Schwung hält – wie bei einem Perpetuum mobile.

Unser Rechtsetzungssystem führt daher zwangsläufig dazu, dass sich die Verantwortung für die Setzung und den Inhalt des Rechts letztendlich auf sehr viele verschiedene Schultern verteilt. Aus geteilter Verantwortung ergibt sich wiederum geteilte Verantwortlichkeit. Dementsprechend gibt es in unserem demokratischen System auch keine einfachen Antworten auf die Frage, wer genau die Verantwortlichen – oder, wenn man so will, auch die «Schuldigen» – sind, falls das Recht bestimmten Erwartungen

einmal nicht gerecht wird, etwa dann, wenn es für ein Problem keine oder nur eine als «falsch» empfundene Lösung anbietet.

2. Annäherung an den Begriff «Verantwortung»

Begriffe haben wie viele andere Phänomene Konjunkturen. Der Begriff «Verantwortung» wurde seit Mitte der 1980-er Jahre in verschiedenen Disziplinen der Wissenschaft, in Philosophie, Ethik und dann auch in der Rechtswissenschaft stark diskutiert; im letzten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts war dann wohl seine Hochkonjunktur: Damals wurde Verantwortung in den Bereichen Umwelt, Technologie oder Sozialversicherungswesen in konkrete Formeln gegossen, was nicht zuletzt zur heute allgegenwärtigen Forderung nach Nachhaltigkeit geführt hat. Kritisch sei angemerkt, dass Begriffe, inflationär verwendet als Schlagworte, durchaus auch einen Zug ins Beliebige oder zumindest Konturlose erhalten können: Plötzlich sollen alle für alles verantwortlich sein, aber am Ende kann trotz vieler schöner Worte niemand richtig zur Rechenschaft gezogen werden.¹ Umgekehrt ist festzustellen, dass Verantwortung grundsätzlich mit fast jeder politischen Forderung verknüpft und instrumentalisiert werden kann.²

Die Hochkonjunktur des Begriffs Verantwortung ist an der per 1. Januar 2000 in Kraft gesetzten Bundesverfassung³ nicht spurlos vorbeigegangen:

Bereits die Präambel spricht an zwei Stellen explizit von Verantwortung, und zwar einmal «gegenüber der Schöpfung» sowie einmal «gegenüber den künftigen Generationen». Auch der übrige Präambeltext ist vom Verantwortungsbegriff geradezu im Sinne eines Leitmotivs für die Verfassungsordnung geprägt. Die Wissenschaft erkennt in diesem Leitmotiv verschiedene Schichten, so etwa eine soziale, ökologische, kulturelle oder internationale Dimension.⁴

Eine sehr wichtige Bestimmung findet sich sodann in Art. 6 BV, wo es heisst: «Jede Person nimmt Verantwortung für sich selber wahr und trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei.» In dieser Norm mit rechts-

* Dr. iur., Fürsprecher, Direktor des Bundesamts für Justiz.

** Dr. iur., Direktionsadjunktin im Bundesamt für Justiz.

1 Vgl. dazu HORST DREIER, Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: Ulfrid Neumann/Lorenz Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, Referate der Tagung der deutschen Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 2. bis zum 3. Oktober 1998 in Frankfurt am Main, Stuttgart 2000, S. 9 ff., S. 11.

2 Vgl. DREIER (Fn. 1), S. 11, der diese Instrumentalisierung besonders in Bezug auf den Begriff «Eigen-» bzw. «Fremdverantwortung» vermutet.

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

4 Siehe dazu FRANK HALDEMANN, Verantwortung als Verfassungsprinzip: Die schweizerische Verfassungsordnung im Spannungsfeld der Verantwortungsethik, Zürich 2003, S. 40 ff.

ethischer Appellwirkung scheint sowohl die liberale Forderung nach Eigenverantwortung und subsidiärer staatlicher Verantwortung als auch deren Gegenforderung nach Anerkennung sozial-ethisch begründeter Pflichten der Gemeinschaft respektive des Staats gegenüber dem Individuum auf.⁵

In Art. 41 BV wird im Weiteren festgelegt, dass Bund und Kantone sich «in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative» für die Erreichung der Sozialziele einsetzen sollen. Auch hier erscheint das Prinzip der Subsidiarität der staatlichen Verantwortung.⁶

Die Bundesverfassung stützt sich demnach einerseits auf den klassischen Dualismus individuelle – kollektive Verantwortung. PETER SALADIN spricht vor diesem Hintergrund von der «Verantwortung als Staatsprinzip»⁷, das er als geteilte oder auch komplementäre Verantwortung zwischen Privaten und Staat im demokratischen Rechtsstaat auffasst. Die Bundesverfassung hat dieses Prinzip der geteilten Verantwortung übernommen.⁸ Andererseits ist aus den Begriffsverwendungen der Bundesverfassung auch zu schliessen, dass diese beiden Verantwortungssphären sich überschneiden und ineinander übergehen. So ist beispielsweise kollektive Verantwortung nicht deckungsgleich mit der staatlichen Verantwortung. Zudem ergeben sich verschiedene «Verantwortungsobjekte», nämlich entweder Individuen, die Gesellschaft oder der Staat. Daraus folgt beispielsweise, dass die oft in politischen Diskussionen ins Feld geführte «private» Verantwortung aus Sicht der Bundesverfassung nicht nur einseitig als Eigenverantwortung zu verstehen ist, sondern auch als Verantwortung für andere und für die Gesellschaft im Sinne von Fremdverantwortung. Entsprechend hat etwa HANS JONAS die Verantwortung «als Pflicht anerkannte Sorge um ein anderes Sein»⁹ definiert. Als offensichtlichstes Beispiel für eine «private Fremdverantwortung» mag die Verantwortung der Eltern für ihre Kinder dienen: Diese ist gestützt auf Art. 6 und 41 BV grundsätzlich zu respektieren, geht dann aber fliessend über in die kollektive und in die staatliche Verantwortungssphäre bzw. wird dadurch teilweise überlagert, sobald es um den Schutz des Kindeswohls geht, wenn dieses durch die Eltern nicht ausreichend gewährleistet wird.

Ein Wort noch zum Element der Verantwortung im Sinne von «zur Verantwortung gezogen werden» oder «sich verantworten müssen»: Gemeint ist hier in aller Regel eine positivierte Rechtspflicht mit festgelegten Rechtsfolgen, zumeist auf Gesetzesstufe, wie wir sie etwa im Strafrecht, bei der Staatshaftung oder im Haftpflichtrecht kennen. Diese Form von Verantwortlichkeit als ein Einestehenmüssen für eigene Handlungen gehört zu den unentbehrli-

chen Grundlagen einer entwickelten Gesellschaft.¹⁰ Symbolische Rechtsetzung liegt vor, wenn das positive Recht von Verantwortung spricht, ohne dass damit eine bestimmte Rechtsfolge verknüpft ist; eine solche «unechte» Verantwortung ist wirkungslos, wenn keine konkrete Verantwortlichkeit damit verbunden ist.

Es wäre allerdings zu kurz gegriffen, wenn die verfassungsrechtlich festgeschriebene Verantwortung rein in dieser positivrechtlichen Perspektive verhaftet bleiben würde, denn hier geht es erstens, wie bereits ausgeführt, um die Grundprinzipien der Verantwortungsteilung, die auf Gesetzesstufe ja noch zu konkretisieren sind und zudem als Auslegungshilfen dienen können.¹¹ Zweitens ist aus der Sichtweise einer geteilten und mehrschichtigen Verantwortung festzuhalten, dass der freiheitliche, nichttotalitäre Verfassungsstaat seinen Bürgerinnen und Bürgern geradezu unterstellen muss, dass sie vor allem im Sinne der «privaten Fremdverantwortung» auch Pflichten anerkennen, die positivrechtlich weder verankert werden können noch sollen. Immerhin ist im Gesetzesrecht aber möglichst dafür zu sorgen, dass keine unechten Verantwortlichkeiten festgelegt werden, da dies wirkungslose Rechtsetzung wäre.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in der Schweiz ein «Prinzip der geteilten Verantwortung» positivrechtlich in der Bundesverfassung verankert ist. Die Verfassung unterscheidet hauptsächlich die private und die staatliche Verantwortungssphäre, baut aber gleichzeitig auf deren Mehrschichtigkeit. Die Verfassung postuliert hierzu das Grundprinzip, aus dem sich zwar keine konkreten Rechtspflichten oder umgekehrt individuellen Rechtsansprüche ableiten lassen, das jedoch für die Gesetzgebung als Richtschnur dienen muss.

3. Diagnose Zunahme von Regulierungen – ein Problem aus Sicht einer «verantwortungsvollen Rechtsetzung»?

Wir alle kennen Schlagworte wie «Regulierungsflut» oder «wuchernde Gesetzgebung». Unter Bezugnahme auf die rein quantitativ tatsächlich feststellbare Zunahme von Publikationen in der Amtlichen Sammlung¹² ist diese Aussage eine Binsenwahrheit und es ist unmöglich zu übersehen, dass wir in einer sehr stark verrechtlichten Gesellschaft leben. Verfolgt man die Tagespolitik, so hat man zudem den Eindruck, dass gerade etwa mit parlamentarischen Vorstössen sehr oft und sehr rasch die Gesetzgebungsmaschinerie in Gang gesetzt wird, sobald medial ein (echtes oder auch nur vermeintliches) Problem ausgemacht worden ist. Für den vorliegenden Zusammenhang interessant ist unseres Erachtens nun allerdings nicht eine generelle Bewertung solcher Phänomene, sondern die Frage, ob diese «Regulierungsflut» aus Sicht einer verantwortungsvollen Rechtsetzung ein Problem darstellt

5 Vgl. MARTIN BERTSCHI/THOMAS GÄCHTER, *Schöne Worte?*, in: Thomas Gächter/Martin Bertschi (Hrsg.), *Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung*, Zürich, 2000, S. 3 ff., S. 24; PETER HABERLE, Art. 6 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastroradi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2008, (St. Galler Kommentar), Rz. 13 ff.

6 MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Art. 41, in: St. Galler Kommentar (vgl. Fn. 5), Rz. 25 ff.

7 Siehe PETER SALADIN, *Verantwortung als Staatsprinzip*, Bern 1984, S. 161 ff.

8 Siehe HALDEMANN (Fn. 4), S. 163.

9 HANS JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt a.M. 1984, S. 391.

10 Vgl. DREIER (Fn. 1), S. 10 f.

11 Vgl. BERTSCHI/GÄCHTER (Fn. 5), S. 13 und S. 25.

12 Vgl. z.B. die Erhebung für die Zeit zwischen 1990 und 2003 bei LUZIUS MADER/BERNHARD RÜTSCHKE, *Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legistischer Sicht*, Schweizerischer Juristentag 2004, Heft 1 (= ZSR NF 123 II 2004, S. 3 ff.), S. 67.

und ob die Forderung nach Regulierungsverzicht infolgedessen gerechtfertigt ist.

Es versteht sich von selbst, dass in einer immer komplexeren, immer globalisierteren und immer pluralistischeren Welt – man spricht auch von einer Multioptionsgesellschaft¹³ – sich uns Menschen nicht nur immer neue Handlungsspielräume eröffnen, sondern sich gleichzeitig auch die zu lösenden Probleme vervielfachen. Wie gesagt gibt uns die Bundesverfassung zur Lösung solcher neuer Probleme für die Entscheidung über die zuständige Verantwortungssphäre das Prinzip der geteilten Verantwortung in die Hand. Gemessen an den daraus folgenden Grundsätzen ist es nicht so eindeutig, dass jede verantwortungsvolle Lösung in die staatliche Sphäre fallen soll und infolgedessen einzig mittels Rechtsetzung erfolgen muss. Die in Art. 6 BV unterschiedenen Verantwortlichkeitssphären müssen in einem Gleichgewicht zueinander stehen, indem sich private und staatliche Verantwortung, individuelle und kollektive Verantwortung sowie Eigen- und Fremdverantwortung gegenseitig ergänzen sollen. Zu erinnern ist ausserdem an die Vorgabe von Art. 41 BV, wonach die staatliche Verantwortung gegenüber der privaten subsidiär zum Tragen kommen soll. Verantwortungsvolle Rechtsetzung bedeutet aus diesen Gründen, dass zu Beginn oder besser schon vor Initiierung des Rechtsetzungsprozesses im Sinne des verfassungsrechtlichen Auftrags immer zuerst sorgfältig die Frage zu beantworten ist, welcher Verantwortungssphäre die notwendige Problemlösung zugeordnet werden soll. Diese Prüfung obliegt infolge der geteilten Verantwortung für die Rechtsetzung allen am Rechtsetzungsprozess Beteiligten.

Die folgenden Ausführungen werden sich vor diesem Hintergrund auf die zwei folgenden Themenbereiche konzentrieren:

- **Verantwortungsvolles Recht setzen:** Dieser Themenbereich greift die Frage auf, wie die materielle «Richtigkeit» des im Entstehen begriffenen Rechts im Hinblick auf das Prinzip der geteilten Verantwortung beurteilt werden kann. Insbesondere geht es darum, die Forderung nach Regulierungsverzicht in diesen Kontext einzuordnen.
- **Verantwortungsvoll Recht setzen:** Hier soll dargelegt werden, wie der Prozess der Rechtsetzung verantwortungsvoll gestaltet werden kann, besonders mit Blick auf rechtsetzungsmethodische Anforderungen.

4. Verantwortungsvolles Recht setzen

4.1 «Richtiges» und «falsches» Recht in der demokratischen Rechtsordnung?

Die meisten Menschen werden gewisse – unbewusste oder auch reflektierte – Vorstellungen von Massstäben haben, die sie für sich als über der Rechtsordnung stehend anerkennen, abhängig von ihren individuellen politischen, ethischen und weltanschaulichen Grundhaltungen. Demgegenüber kann die Rechtsordnung in einer nichttotalitären, säkularen, pluralistischen und demokra-

tischen Gesellschaft nicht von allgemeinverbindlichen, über ihr selbst stehenden Massstäben ausgehen. Anders wäre es in einer Staatsordnung, die ausdrücklich beispielsweise einer bestimmten Religion oder Ethik verpflichtet wäre. Dazu aber gehört die schweizerische Staatsordnung nicht, und zwar trotz der Anrufung des (christlichen) Gottes in der Präambel der Bundesverfassung.¹⁴ Selbstverständlich ist die Bundesverfassung kein rein auf sich selbst bezogener Normtext, sondern setzt sich selber in Bezug zu anderem Recht. In diesem Zusammenhang anerkennt sie insbesondere sogenannt «zwingendes» Völkerrecht als Schranke für ihre Abänderbarkeit. Übrigens führt der vom Bundesrat kürzlich in einem Bericht an die Bundesversammlung vorgeschlagene zusätzliche Ungültigkeitsgrund der Verletzung eines Kerngehalts von Grundrechten zu keiner «echten» materiellen Schranke für die Verfassungsrevision: Es geht hier um eine selbst auferlegte Bindung der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger. Diese Selbstbindung kann nur solange gelten, als sie mittels entsprechender Verfassungsrevision nicht wieder aufgehoben wird.¹⁵ Im Grundsatz ist die Feststellung also richtig, dass die Bundesverfassung unter Einhaltung des vorgesehenen demokratischen Verfahrens jederzeit und in jedem Punkt änderbar ist.

Das bedeutet, dass die «richtige» Lösung in unserer Staatsordnung sich primär aus dem demokratischen Prozess ergibt; sie muss im Meinungsbildungsprozess entwickelt, ausgehandelt und immer wieder neu justiert werden. Nur eine demokratische Mehrheit kann infolgedessen darüber befinden, ob unsere Gesellschaft für einen bestimmten Lebensbereich Rechtsregeln braucht und wie die Balance zwischen privater und staatlicher Verantwortung im Sinne der Grundsätze von Art. 6 und 41 BV konkretisiert werden soll. Eine Qualifizierung als «richtiges» oder «falsches» Recht ist somit immer nur dann möglich, wenn es um die Beurteilung von untergeordnetem Recht geht, das durch die dafür zuständig erklärten Instanzen am übergeordneten Recht «gemessen» werden kann.

4.2 Die Verfassung als Massstab für die Konkretisierung von Verantwortung durch den Gesetzgeber

Nach dem Gesagten muss sich die Gesetzgebung also an den Verfassungsvorgaben messen lassen – was für Juristinnen und Juristen an sich eine Selbstverständlichkeit sein sollte. Wichtig ist aber, dass alle am Gesetzgebungsprozess beteiligten Akteure sich vor der Verfassung «verantworten» müssen. Was heisst das nun in Bezug auf die Verteilung von Verantwortung im Sinne der verfassungsrechtlichen Vorgaben?

Selbst wenn sich das Menschenbild der mündigen, verantwortlich handelnden Bürgerinnen und Bürger da und dort als Fiktion entpuppen mag, so kann nicht daran vorbeigesehen werden, dass die Bundesverfassung mit ihrem Konzept der Grundrechte

13 Vgl. zum Begriff: PETER GROSS, Die Multioptionsgesellschaft, 10. A. Frankfurt a.M. 2005.

14 Vgl. dazu BERTSCHI/GÄCHTER (Fn. 5), S. 6 ff. sowie BERNHARD EHREZZELLER, Präambel, in: St. Galler Kommentar (vgl. Fn. 5), Rz. 14 ff.

15 Vgl. den Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl 2011 3613, S. 3629.

eben gerade von einem solchen liberalen und optimistischen Menschenbild ausgeht. Den Individuen wird zugetraut, die wesentlichen Lebensentscheidungen selbst treffen zu können – so lange, bis nach dem Konzept der geteilten Verantwortung von Art. 6 und 41 BV eine bestimmte Problemlösung von der Sphäre der Eigen- an jene der Fremdverantwortung bzw. vom privaten in den staatlichen Verantwortungsbereich übertragen wird.

Damit korreliert der Mechanismus, dass Einschränkungen von Freiheitsrechten nach Art. 36 BV nur dann zulässig sind, wenn sie auf demokratischem Weg, d.h. mit der Schaffung einer genügenden gesetzlichen Grundlage und unter Wahrung der öffentlichen Interessen sowie in Beachtung der Verhältnismässigkeit und des Kerngehalts, beschlossen werden. Dies führt wegen des verfassungsrechtlichen Postulats der Subsidiarität staatlicher Verantwortung wiederum zur Forderung nach möglichst weitem Belassen von individuellen, d.h. privaten Freiheitsbereichen. Hier eröffnet sich ein wichtiger Bezug zum Aspekt des Minderheitenschutzes: Wenn eine demokratische Mehrheit darüber bestimmt, was im öffentlichen Interesse liegt und in welchem Mass ein Eingriff in die individuelle Freiheitsphäre verhältnismässig ist, besteht das Risiko, dass die an sich weiterhin vorausgesetzte Freiheit der Minderheit dauerhaft eingeschränkt wird. Aus den Grundsätzen der Verfassung selbst ist abzuleiten, dass die demokratische Mehrheit in ihrer Funktion als Gesetzgeberin ihre Verantwortung gegenüber der Verfassung dann wahrnimmt, wenn sie die Kompetenz zur Einschränkung von Freiheitsrechten nach Art. 36 BV nur zurückhaltend ausübt. Das demokratische Mehrheitsprinzip soll nur in jene individuellen und privaten Lebensbereiche eingreifen, in denen von einer kollektiven respektive staatlichen Lösung für ein Problem tatsächlich zu erwarten ist, dass diese nach einer Gesamtbeurteilung zu einem «besseren» Ergebnis führt. Vor diesem Hintergrund kann man sich durchaus die Frage stellen, ob die demokratische Mehrheit verantwortlich gehandelt hat, als sie ein Minarettverbot in der Verfassung festgeschrieben hat, denn diese Bestimmung beschneidet einseitig die Freiheitsrechte einer religiösen Minderheit, ohne gleichzeitig eine wirkungsvolle Lösung für die offenbar weitherum als Problem empfundene fehlende Integration gewisser Bevölkerungsgruppen anzubieten. Selbstverständlich darf die Antwort auf diese Frage, die letztlich nicht ohne individuelle Wertung auskommen wird, auch individuell ausfallen. Festzuhalten ist aber immerhin, dass sich unsere auf Grundrechten aufbauende Rechtsordnung nur dann auf Dauer selber erhalten kann, wenn sie die Grundrechte gerade mit Bezug auf Minderheiten mit Augenmass einschränkt.

Selbstverständlich birgt die soeben postulierte Zurückhaltung auch ein Risiko in sich: Es gibt keine Pflicht des Individuums zur verantwortungsvollen Wahrnehmung der eigenen Freiheit. Wenn nun die Mehrheit ganz im Sinne des liberalen, optimistischen Menschenbilds den Einzelnen eine bestimmte Entscheidung zutraut, ist damit auch eine gewisse Zumutung verbunden. Möglicherweise setzt sich hier die Bessere gegen den Schlechteren, der Schlaue gegen den Dummen, der Fähige gegen die Unfähige und vielleicht sogar auch einmal die Ruchlose gegen die Skrupelhafte durch. In einem gewissen Mass muss die liberale, demokra-

tische Gesellschaft dieses Risiko jedoch in Kauf nehmen. Diese Feststellung entbindet aber nicht davon, dass die am Rechtssetzungsprozess Beteiligten immer wieder aufs Neue danach fragen, wo der Staat zum Schutz der Einzelnen vor sich selbst eingreifen darf oder sogar muss, wo also die Verantwortung «der anderen», d.h. der Gesellschaft oder des Staates, beginnt, oder umgekehrt bis zu welcher Grenze es verantwortungsvoll ist, auf die Freiheit zu vertrauen. An dieser Stelle setzt jeweils die Diskussion um das Verhältnis zwischen Freiheitsrechten und (Chancen-)Gleichheit ein, da diese Prinzipien verfassungsrechtlich auf derselben Stufe einzuordnen sind. Welche Balance zwischen Freiheit und Gleichheit ist demzufolge «gerecht» und in diesem Sinne eine verantwortungsvolle Lösung? Auch auf diese Frage kann es im schweizerischen Verfassungsverständnis – man ahnt es schon – keine allgemeinverbindliche Antwort geben.

Mit Blick auf das Verfassungskonzept der geteilten Verantwortung ergibt sich aber immerhin die Grundforderung nach einer ständigen, sorgfältigen Prüfung der Vor- und Nachteile, Chancen und Risiken einer Lösung, bevor sie mittels Rechtsetzung in den staatlichen Verantwortungsbereich übertragen wird.

4.3 Chancen und Risiken regulierungsfreier oder offen regulierter Bereiche

Wie ist nach dem bisher Gesagten nun die Forderung nach regulierungsfreien oder zumindest offen regulierten Bereichen einzuordnen?

Stärkstes Argument zu Gunsten eines Regulierungsverzichts oder einer Zurückhaltung bei der Regulierung ist die Bundesverfassung selbst mit dem Prinzip der geteilten Verantwortung und der Subsidiarität von staatlichen Regelungen, welches den Respekt vor dem freien, vernunftbegabten und verantwortungsvollen Individuum bzw. der Würde des freien Menschen zum Ausdruck bringt. Gemäss dem Menschenbild der Verfassung sollen die Individuen eben – ganz nach einem anderen, aktuell oft gehörten Motto – nicht nur «gefördert», sondern auch «gefordert» werden.

Die Wahrung privaten Handlungsspielraums lässt zudem Raum für Selbstverantwortung und Eigeninitiative. Ob dieser Aspekt in der Gesetzgebung immer in ausreichendem Mass berücksichtigt wird, lässt sich unseres Erachtens ab und zu bezweifeln. Als jüngeres Beispiel sei auf das neue Bundesgesetz über das Bergführerwesen verwiesen.¹⁶ Darin wird eine gesetzliche Bewilligungspflicht mit detaillierten Sorgfalts- und Informationspflichten für die Anbieterinnen von Dienstleistungen im Bereich von Bergsportarten vorgesehen. Ist hier die Verantwortung «richtig» geteilt worden, wenn doch die Personen, welche solche Dienstleistungen in Anspruch nehmen, dies in aller Regel auf rein freiwilliger Basis tun werden? Würde eine Lösung über die allgemeinen privatrechtlichen Vertragspflichten nicht genügen? Ein weiteres Beispiel könnte im Bereich der hängigen Aktienrechtsrevision liegen, mit ähnlicher Begründung: Da (zumindest, was die

16 Bundesgesetz über das Bergführerwesen und Anbieten weiterer Risikoaktivitäten vom 17. Dezember 2010, SR 935.91.

privaten Anlegerinnen und Anleger betrifft) niemand gezwungen ist, ihr bzw. sein Geld in Aktien zu investieren, darf mit Bezug auf die verfassungsrechtlichen Grundsätze mit einer gewissen Berechtigung die Frage gestellt werden, inwieweit neue, allgemeinverbindliche Regelungen für alle Aktiengesellschaften die an sich vorausgesetzte Eigenverantwortung der jeweiligen Aktionärinnen und Aktionäre zur Gestaltung «ihrer» Aktiengesellschaft beschneiden sollen. Ein gewisser Hang zur «Skandalrechtsetzung», d.h. der Forderung nach einem raschen Eingreifen des Gesetzgebers aufgrund eines aktuellen Ereignisses – das vielleicht tatsächlich einen gewissen Handlungsbedarf offengelegt hat, das aber möglicherweise medial und mit Unterstützung der Tagespolitik auch stark skandalisiert worden ist – ist hier nicht ganz von der Hand zu weisen.

Des Weiteren kann ein Regulierungsverzicht respektive eine offene Regulierung gesellschaftliche und technische Entwicklungen ermöglichen. Es geht hierbei um die Zukunftstauglichkeit und die Entwicklungsfähigkeit des Rechts; dieser Aspekt wird weiter unten gesondert dargestellt.¹⁷

Zu den Argumenten, die für einen Regulierungsverzicht oder eine zurückhaltende Regulierung sprechen, gehören auch die bereits gemachten Ausführungen zum Minderheitenschutz. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass Recht als «geronnene Gerechtigkeit» möglicherweise nur aus Sicht der Mehrheit gerecht ist. Ein Regulierungsverzicht kann hier gerade dem Schutz der Freiheit der Minderheit dienen, indem es der privaten Verantwortung (auch) der Minderheit überlassen wird, welche Lösungen diese für bestimmte Probleme wählen will – zumindest solange, als dies nicht wiederum zu tatsächlichen, nicht akzeptablen faktischen Unfreiheiten führt. Als Beispiel hierzu zu nennen ist die religiöse Erziehung von Kindern: Diese soll grundsätzlich im freien Verantwortungsbereich ihrer Eltern liegen; die Schulen müssen sich entsprechend neutral verhalten – solange, als nicht die Interessen der betroffenen Kinder bestimmte Abweichungen von diesem Grundsatz rechtfertigen (so etwa in Bezug auf den obligatorischen Schwimmunterricht¹⁸).

Ein weiterer Aspekt offener Regulierungen zeigt sich im Zivilrecht: Hier wird dem Prinzip der geteilten Verantwortung durch sehr viele offene oder dispositive Normen nachgelebt. Dadurch können Private ihren eigenen Verantwortungsbereich solange selber gestalten, als die Beteiligten als Gleichgestellte zu betrachten sind. Als Beispiel kann auf das Vertragsrecht oder auch auf das Eherecht verwiesen werden.

Es bestehen aber auch gewichtige Argumente, welche ausdrücklich gegen die Forderung nach Regulierungsverzicht oder einer zurückhaltenden Regulierung sprechen. So muss ein Regulierungsverzicht überall dort anders beurteilt werden als im Privatrecht, wo das Legalitätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 BV gerade mit Blick auf die Wahrung von privaten Freiheitssphären eine klare Normierung verlangt. Paradebeispiele dafür sind das Strafrecht, wo der Grundsatz «nulla poena sine lege» gelten muss, oder

auch gewisse Gebiete des Verwaltungsrechts, vor allem im Bereich der sogenannten Eingriffsverwaltung. Hier wirken möglichst klare Regulierungen – was oft auch sehr detaillierte Normen erfordert – gerade im umgekehrten Sinn als durch das Schlagwort der Regulierungsflut unterstellt, indem die staatlichen Eingriffe in für die betroffenen Individuen kontrollierbare Bahnen gelenkt werden sollen.

Weiter stellt sich unter Anknüpfung an die obigen Ausführungen zu Freiheit und Chancengleichheit wieder die Frage, welche Voraussetzungen für eine effektive, tatsächliche Wahrnehmung von individueller Freiheit gegeben sein müssen. Echte Freiheit setzt eigene Handlungsmacht und damit echte Wahlmöglichkeiten voraus. Wenn das Individuum in gewissen Situationen einen bestimmten Schutz nötig hat, damit sich seine Freiheit infolge «ungleicher Spiesse» gegenüber staatlicher Macht nicht als reine Fiktion entpuppt, verlangt verantwortungsvolle Rechtsetzung geradezu nach einer Regulierung.

Die Freiheit der Menschen kann zudem auch durch die Freiheiten der anderen Menschen bedroht sein. Dieser Gedanke liegt dem kategorischen Imperativ Kants zu Grunde und prägt unser Rechtsdenken wesentlich. Regulierung bzw. Rechtssetzung führt daher in einer «Nettobetrachtung» nicht zwingend zu einem Freiheitsverlust, sondern kann verhindern, dass die «übergewichtige» Freiheit des einen Privaten die Freiheit des anderen Privaten gleichsam erdrückt. Dies gilt beispielsweise im Wettbewerbsrecht oder bei gewissen Vertragsrechtsnormen zum Schutz der schwächeren Partei. Das Gesetz muss hier einen Ausgleich der sich gegenüberstehenden Interessen finden, um aus der Perspektive des Prinzips der geteilten Verantwortung als «richtig» anerkannt werden zu können.

Schliesslich kann ein unregelter Bereich auch Quelle von (Rechts-)Unsicherheiten sein, die sich etwa im technologischen Bereich innovationshemmend auswirken können. Klare Regulierungen können also auch mit neuen Handlungsmöglichkeiten für die Einzelnen verbunden sein.

Aus dieser Gegenüberstellung von Argumenten für und wider einen Regulierungsverzicht oder offene Regulierung ergibt sich die Erkenntnis, dass die häufig gehörte Schlussfolgerung, Regulierung führe zu Unfreiheit, zu kurz greift. Eine Regelung kann gerade einen «Nettofreiheitsgewinn» herbeiführen. Umgekehrt sind die Freiheiten, die insbesondere das offen normierte Privatrecht bietet, aus dem Blickwinkel selbstbestimmt handelnder Individuen als Chance zu betrachten.

4.4 Entwicklungsfähiges Recht setzen

Weil sich unsere Rechtsordnung nicht schleichend selber aushebeln soll, darf verantwortungsvolles Recht einmal getroffene Lösungen nicht auf unbeschränkte Zeit petrifizieren; es muss veränderbar bleiben und offen gehalten werden für künftige Entwicklungen. Anzustreben ist daher die Erhaltung seiner Steuerungsfähigkeit durch eine Balance zwischen Legalitätsprinzip und Rechtssicherheit auf der einen Seite und der Erhaltung von Handlungsspielräumen respektive Ermessensfreiheit im jeweiligen (privaten oder staatlichen) Verantwortungsbereich.

17 Siehe Kapitel 4.4.

18 Vgl. dazu als Beispiel die sehr differenzierte Argumentation in BGE 135 I 79 E. 7.2.

Als Instrument dazu dient allen voran die Klarstellung der «ratio legis». Klare Konzepte, die etwa in Generalklauseln oder Zielnormen zum Ausdruck gebracht werden können, können später auch auf die Beantwortung von neuen Fragen übertragen werden. Zielnormen bezwecken nicht nur die Nachvollziehbarkeit des Normzwecks, sondern stärken auch die Kontinuität, die Berechenbarkeit und die Rechtssicherheit. Sodann ist im Dienste einer verantwortungsvollen Rechtsetzung auch die Rollenverteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung zu wahren. Abzulehnen sind daher eigentliche Einzelfallregelungen, welche letztlich nichts anderes bedeuten als eine Art «Rechtsanwendungsdurchgriff» durch die Gesetz- oder Ordnungsgeberin. Der Abstraktionsgrad von Normen muss infolgedessen bewusst gesetzt werden, indem sich die normative Dichte an einer wirkungsvollen Problemlösung für eine Mehrzahl noch unbekannter Sachverhalte orientieren muss. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass der sogenannte «Mut zur (echten) Lücke» wie schon gezeigt nicht per se verantwortungslos ist – schlimmstenfalls ist notwendiges Recht rasch gesetzt. Zudem stehen im Privatrecht mit Art. 1 und 4 ZGB¹⁹ bewährte Rezepte zur Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit zur Verfügung. Des Weiteren können unbestimmte Rechtsbegriffe, Ermessensspielräume und dispositive Normen gezielt zur Schaffung von flexiblen Gestaltungsspielräumen für die privaten oder auch staatlichen Adressaten in Bezug auf die Rechtsanwendung eingesetzt werden. Schliesslich ist zu überlegen, ob «sunset clauses», also befristete Regelungen, deren Weitergeltung bewusst demokratisch beschlossen werden müsste, die Gesetzgeberin nicht in einem positiven Sinn zur Überprüfung der Wirksamkeit des Rechts zwingen könnten.²⁰

5. Verantwortungsvoll Recht setzen

5.1 Rechtsetzungsmethodik

Während es für die inhaltliche Güte des Rechts an sich keine «objektiven» und allgemeinverbindlichen Massstäbe gibt ausser jene des übergeordneten Rechts, so gibt es durchaus empirisch abgestützte Erkenntnisse darüber, was «gute» Rechtsetzung ist.²¹ Die Rechtsetzungsmethodik und die Evaluation leisten in dieser Hinsicht wichtige Beiträge. So kann eine Norm aus verschiedenen Gründen mangelhaft sein, z.B. wenn sie konzeptionelle Fehler in sich birgt oder weil sie nicht von den für das Problem tatsächlich relevanten Kausalzusammenhängen ausgeht. Am Anfang jeder wirksamen, d.h. verantwortungsvollen Rechtsetzung steht eine methodisch einwandfreie Problemanalyse: Notwendig ist das Erkennen des eigentlichen Problems, das Eruiere von Kausalitäten, und die Verhinderung von falschen Anreizen.²² Aus diesen Grün-

den ist nach der Erfahrung des Bundesamtes für Justiz der systematische Einsatz von Normkonzepten zu empfehlen.²³ Darin ist regelmässig vor Beginn des Rechtsetzungsprozesses die Frage zu beantworten, welches Regulierungsziel genau erreicht werden soll, d.h. welche Wirkung die neue Norm tatsächlich erzielen kann und will.²⁴ Danach können die weiteren Arbeiten immer wieder neu anhand dieses Konzepts einer «ratio legis» ausgerichtet werden. Für die Entwicklung von neuem Recht hat es sich zudem gerade im Hinblick auf eine spätere parlamentarische Beratung sehr bewährt, Zusammenhänge zu klären, Alternativen transparent gegeneinander abzuwägen und hernach klar zu begründen, weshalb bestimmte Lösungsvarianten nicht weiterverfolgt werden sollen. Der wichtigste Beitrag der Verwaltung zu einer verantwortungsvollen Rechtsetzung besteht deshalb darin, umfassende Analysen zu Handen der Akteure der Politik und für den demokratischen Meinungsbildungsprozess insgesamt bereitzustellen.

5.2 Das Prinzip der ruhigen Hand

Verantwortungsvoll Recht setzen muss zum Ziel haben, echten Problemen mit echten Lösungen zu begegnen. Das bedeutet auch, allfällige Scheinprobleme und entsprechende Scheinlösungsvorschläge so früh wie möglich im Rechtsetzungsprozess zu entlarven. Rein symbolische Rechtsetzung ohne echte Verantwortungszuteilung oder die bereits erwähnte «Skandalrechtsetzung» sollen vermieden werden. Nicht jedes Problem, das die öffentliche Meinung als solches ausgemacht hat, ist bei genauerer Betrachtung auch tatsächlich ein solches. Ein instrumentalisierte, von der Tagespolitik gesteuerter Gebrauch des Rechts oder Recht als Placebolösung für echte oder vermeintliche Probleme ist zu vermeiden.²⁵

Zu warnen ist auch vor dauernden, überstürzten Rechtsänderungen, bevor mittels sorgfältiger Analyse in Evaluationen und dergleichen klar erkennbar ist, ob und welche Mängel bestehendes Recht tatsächlich aufweist. Als aktuelles Beispiel hierzu kann die laufende, durch zahlreiche parlamentarische Vorstösse initiierte Revision der Sanktionenordnung des StGB²⁶ genannt werden. Die erst seit dem Jahr 2007 geltenden neuen Regelungen sind bereits wieder in Revision, obschon die Resultate der bereits laufenden Evaluation noch gar nicht vorliegen.

Ein verantwortungsvoller Rechtsetzungsprozess verlangt aus diesen Gründen nach einem «Prinzip der ruhigen Hand». Der Verwaltung kommt in diesem Zusammenhang gegenüber den politischen Akteuren, die nach ihren eigenen Regeln funktionieren, ab und zu eine eher unangenehme Rolle als Warnerin und manchmal auch als Bremserin zu.

19 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB) SR 210.

20 Siehe zum Ganzen MARTIN LENDI, Das Ungewisse als Herausforderung des Rechts – die Zukunft als Auftrag, in: Martina Caroni et al. (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2011, S. 71 ff., S. 85.

21 Ausführlich dazu MADER/RÜTSCHÉ (Fn. 12), S. 139 ff.

22 Siehe dazu Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden: Modul Gesetz, Bern 2008, N. 56 ff.; auch elektronisch verfügbar unter: http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/legistik/modul-gesetz-d.pdf.

23 Vgl. GEORG MÜLLER, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 2. Aufl., Zürich 2006, N. 86 ff. sowie Gesetzgebungsleitfaden (Fn. 21), N. 90.

24 MADER/RÜTSCHÉ (Fn. 12), S. 84.

25 Vgl. auch MADER/RÜTSCHÉ (Fn. 12), welche in diesem Zusammenhang gute Regulierung und «Good Governance» fordern, sowie LENDI (Fn. 19), S. 78, der vor einer «Flucht ins positive Recht» warnt.

26 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.

6. Fazit

- Verantwortungsvolle Rechtsetzung orientiert sich am verfassungsrechtlichen Prinzip der geteilten Verantwortung.
- Verantwortungsvolles Recht liegt im Verantwortungsbereich aller und findet eine Balance zwischen Freiheit und Gleichheit.
- Das Prinzip der geteilten Verantwortung unterstützt in bestimmten Bereichen die Forderung nach einem Regulierungsverzicht oder nach offenen Normierungen. In anderen Bereichen verlangt es aber im umgekehrten Sinn nach klaren, eindeutigen und auch detaillierten Normen.

- Verantwortungsvolles Recht bewahrt oder findet echte Lösungen nicht nur im Dienste der demokratischen Mehrheit, sondern auch der Minderheit.
- Verantwortungsvolles Recht istentwicklungsfähig.
- Verantwortungsvolles Recht folgt aus verantwortungsvoller Rechtsetzung. Dazu gehört die Respektierung des Prinzips der ruhigen Hand. ■

Dominique Biedermann*

Investisseurs institutionnels: intensification des mesures d'actionnariat actif

Mots clés: Investisseurs institutionnels, gouvernement d'entreprise, droit de vote d'actionnaire, engagement actionnarial, résolution d'actionnaire

Les investisseurs institutionnels détiennent aujourd'hui près des deux-tiers du capital des sociétés cotées en bourse. Dans la gestion de leurs avoirs, ils ont une responsabilité fiduciaire envers les nombreux assurés ou épargnants qu'ils représentent. Cela implique notamment un exercice actif de tous les droits qui présentent une valeur économique. En particulier, les investisseurs institutionnels sont appelés à exercer leurs droits de vote en assemblée générale d'actionnaires et à engager un dialogue d'influence avec le management des sociétés. Si le dialogue ne porte pas de fruits, une intensification des mesures prises peut conduire à déposer des résolutions d'actionnaire et à se regrouper avec d'autres actionnaires pour défendre plus efficacement ses points de vue.

1. L'émergence des investisseurs institutionnels

Depuis quelques années, la communauté financière a pris conscience de la mutation profonde qui s'est opérée au sein de l'actionnariat des sociétés cotées, à savoir la domination progressive des investisseurs institutionnels. Ceux-ci représentent en Suisse actuellement près de deux-tiers du capital des grandes sociétés cotées qui ont un actionnariat dispersé. On y relève notamment les fonds de pension qui jouent de plus en plus un rôle particulièrement important et intéressant. On estime qu'environ 10 % de la capitalisation boursière suisse est aux mains des fonds de pension suisses. Tout en restant minoritaires, ceux-ci représentent néanmoins un poids significatif lorsqu'ils adoptent des positions de vote communes.

De par leur nature, la majorité des investisseurs institutionnels appliquent une stratégie d'investissement à long terme. Par exemple, les fonds de pension vont s'efforcer à ce que le placement et le rendement des capitaux de retraite soient en congruence avec les engagements actuariels au passif de leur bilan. Dans une telle perspective, les fonds de pension sont amenés à investir une partie substantielle de leurs avoirs en actions domestiques et internationales. Afin de limiter le risque de déviation de la performance par rapport à celle de l'indice boursier de référence, une grande partie des portefeuilles en actions sont aujourd'hui gérés de manière indicielle. Cela a pour conséquence que les fonds de pension, sans qu'ils le veuillent, sont devenus des actionnaires captifs de nombre de sociétés. Dans une telle situation, ces investisseurs réalisent de plus en plus l'importance que peut constituer l'exercice actif de leurs droits d'actionnaire.

On peut relever trois étapes principales dans la prise en compte du droit de participation des actionnaires. Il s'agit de l'exercice des droits de vote, de la possibilité d'engager le dialogue avec les instances dirigeantes et de présenter des résolutions d'actionnaires à l'assemblée générale.

2. Exercer les droits de vote

2.1 La valeur économique du vote

En tant qu'organe suprême d'une société, l'assemblée générale des actionnaires dispose de pouvoirs non négligeables. Dans la plupart des pays, c'est l'assemblée générale qui a la compétence inaliénable de prendre différentes décisions importantes, comme par exemple l'approbation des comptes et du dividende, l'octroi

* D^r, Directeur de la Fondation Ethos, Genève.

de la décharge du conseil d'administration, l'élection des membres du conseil d'administration, l'approbation des augmentations de capital et du rachat d'actions propres, l'approbation des modifications statutaires, ainsi que l'élection de l'organe de révision.

Au vu de l'importance des compétences de l'assemblée générale, il semble légitime que la grande majorité des actionnaires, en particulier ceux qui ont un horizon d'investissement à long terme, portent une attention spécifique à l'exercice de leurs droits de vote. En effet, ces droits ont une valeur économique, les décisions prises par l'assemblée générale pouvant avoir une incidence sur le cours du titre. De plus, un faible taux de participation va donner un poids d'autant plus grand aux autres actionnaires.¹

En fonction de ce qui précède, pour les investisseurs institutionnels, l'exercice des droits de vote devrait être considéré comme un devoir fiduciaire de bonne gestion envers leurs bénéficiaires.

Pourtant, seul environ la moitié du capital des grandes sociétés cotées est traditionnellement représenté aux assemblées générales suisses. Ce manque d'empressement est d'autant plus surprenant qu'il n'est pas nécessaire pour un actionnaire de se rendre lui-même physiquement à l'assemblée. Il peut donner ses instructions de vote au représentant indépendant qui prend en charge gratuitement l'exercice des droits de vote.

Deux raisons peuvent expliquer en partie ce comportement. Premièrement, la plupart des sociétés disposant d'actions nominatives, il est nécessaire de se faire inscrire par sa banque dépositaire dans le registre des actions de la société pour pouvoir voter à l'assemblée générale. Cela peut constituer un frein administratif. Deuxièmement, de nombreux actionnaires institutionnels prêtent leurs titres dans le cadre d'opérations de «securities lending», ce qui leur permet généralement de financer les droits de garde de leurs titres.

2.2 Vers une obligation de vote pour certaines catégories d'investisseurs

Au vu de cette situation, il faut se demander si le législateur ne devrait pas imposer le vote à certaines catégories d'investisseurs institutionnels, afin de protéger les intérêts des bénéficiaires finaux des capitaux investis. Dans ce contexte, deux types d'investisseurs sont souvent mentionnés, les fonds de pension et les fonds de placement.

Pour les fonds de pension suisses, l'exercice des droits d'actionnaire est régi de la façon suivante:

«L'organe suprême a pour tâche de définir les règles applicables à l'exercice des droits d'actionnaire de l'institution de prévoyance»²

Cette disposition est peu contraignante puisqu'un fonds de pension peut aisément décider de ne pas exercer ses droits d'action-

naire. Elle va probablement se renforcer dans le cadre du traitement de l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» qui prévoit pour les caisses de pension non seulement l'obligation de vote, mais également l'obligation de rendre compte publiquement des votes effectués. Ce point n'a pas été remis en cause par les différentes versions de contre-projets à l'initiative qui ont été discutés au Parlement à ce jour.

En ce qui concerne les fonds de placement de droit suisse, c'est en principe la règle suivante édictée par la Swiss Funds Association qui s'applique:

«La Direction de fonds est libre de renoncer à l'exercice des droits liés à la qualité de sociétaire et de créancier pour ce qui est des affaires quotidiennes»³

Ici également, la disposition prévue n'encourage pas forcément un exercice systématique des droits de vote. En effet, la formulation «affaires quotidiennes»⁴ laisse une large marge d'appréciation. Par exemple, lors des assemblées générales extraordinaires de l'UBS ayant eu lieu en 2008, il a notamment été question d'augmentation de capital et d'élection au conseil d'administration. Il semble que les augmentations de capital, cruciales pour l'avenir de la banque n'aient pas été considérées comme «quotidiennes». En revanche, les élections au conseil d'administration ont pu passer comme «affaire quotidienne», ceci malgré l'importance à ce moment-là de renouveler le Conseil avec des personnalités ayant le profil et les compétences adéquates.

Ces différents exemples montrent aisément que le principe de l'exercice systématique des droits de vote reste une thématique controversée au sein de la communauté des investisseurs institutionnels en Suisse.

3. Engager le dialogue avec les instances dirigeantes

3.1 Une stratégie à large spectre

De nombreux sujets importants pour les actionnaires ne peuvent pas être discutés en détail lors d'une assemblée générale. Par exemple, des problématiques aussi délicates et complexes que le système de rémunération des instances dirigeantes ou la stratégie environnementale nécessitent une approche en profondeur plus adaptée. C'est là qu'intervient la deuxième étape d'un exercice actif des droits d'actionnaire, à savoir l'engagement d'un dialogue d'influence avec les instances dirigeantes des sociétés. Ce dialogue peut être mené tout au long de l'année. Il a souvent un impact beaucoup plus efficace que l'exercice des droits de vote en assemblée générale, en particulier s'il est mené de manière discrète, cohérente, coordonnée et dans une perspective d'investissement à long terme.

Paradoxalement, c'est souvent un sujet qui est peu porté en avant par les investisseurs. Cela est peut-être dû au fait que,

1 En guise d'exemple, on peut mentionner l'assemblée générale ordinaire de Sulzer qui s'est tenue le 8 avril 2009. La société Rénova, propriété de l'oligarque russe Victor Vekselberg, qui détient seulement 31.2% des voix, a réussi à ce que le président Ulf Berg ne soit pas réélu (55% d'opposition). Cela a été possible, car le taux de participation ne s'est élevé qu'à 62.5%.

2 Ordonnance sur la prévoyance professionnelle (OPP2), art. 49a, alinéa 2.

3 Règles de conduite pour l'industrie suisse des fonds, Swiss Funds Association (SFA), points 38 et 39.

4 «Affaires quotidiennes» est une traduction de l'allemand «Routine-geschäfte».

pour parvenir à des résultats, ce dialogue doit être réalisé dans un premier temps dans la discrétion. Par ailleurs, de nombreux investisseurs évitent d'en parler ouvertement, mais espèrent secrètement que d'autres actionnaires vont être actifs et en supporter le coût, ce qui se fera finalement au bénéfice de tous.

Si l'objectif est la valorisation de la société à long terme, l'engagement actionnarial peut porter sur des sujets très variés. Il ne s'agit pas pour l'actionnaire de s'immiscer dans la gestion des affaires courantes de la société, mais de soulever des préoccupations qui présentent un intérêt stratégique pour l'investisseur, que ce soit en matière de rendement, de risque, de gouvernance ou de responsabilité sociale de l'entreprise. En tant qu'actionnaires captifs orientés à long terme, les fonds de pension ont particulièrement intérêt à engager le dialogue pour s'assurer de l'orientation stratégique à long terme, de l'application des règles de bonne gouvernance, ainsi que de la mise en pratique de la responsabilité environnementale et sociale de l'entreprise.

Au vu du coût engendré par une initiative d'engagement, certains investisseurs actifs ont tendance à concentrer leurs efforts sur un ensemble relativement restreint de sociétés dont le potentiel de progrès est important. Cela devrait permettre d'enregistrer rapidement des résultats significatifs ayant un effet positif sur le cours des titres concernés. Il semble cependant qu'une telle limitation de l'univers des sociétés visées ne soit pas vraiment optimale. En effet, les fonds de pension sont des investisseurs captifs d'un nombre relativement important de sociétés. Or, une société n'est jamais parfaite dans tous les domaines. Il y a toujours un potentiel d'amélioration quelque part. Il est donc légitime que les fonds de pension engagent et entretiennent le dialogue avec le management d'un univers de sociétés le plus grand possible. De plus, le dialogue devrait porter sur une relativement large palette de thèmes.

Mener un dialogue «multi-sujets» avec un grand nombre de sociétés peut paraître coûteux au premier abord. Pour plusieurs raisons cela n'est pourtant pas le cas si l'on mesure les résultats obtenus sur un horizon de plusieurs années. Premièrement, il y a un rendement d'échelle dans la prise de contact avec les sociétés, puisque plusieurs sujets peuvent être traités successivement au cours d'un seul entretien. Deuxièmement, puisqu'il s'agit d'un dialogue établi sur la durée, les sociétés connaissent l'investisseur, voire la personne en charge du dialogue, ce qui facilite le contact. Troisièmement, le fait d'engager sur une thématique avec un grand nombre de sociétés conduira à ce qu'il y ait toujours de bons et moins bons élèves. Il est alors souvent relativement facile de convaincre une entreprise de faire des progrès lorsqu'on lui montre la liste de ses concurrents qui sont déjà nettement plus avancés sur la même thématique!

3.2 Multiplication des regroupements d'actionnaires

Le dialogue sera d'autant plus efficace que le poids de l'actionnaire est significatif. Il est ici intéressant de préciser que les fonds de pension ne sont pas seulement influents à travers la taille de leurs investissements, mais également au vu du nombre important de leurs assurés. En effet, ces derniers agissent simultanément

également en tant que consommateurs, citoyens, voire employés ou fournisseurs de l'entreprise, ce qui ne laisse pas indifférent le management des sociétés.

Au vu de l'effort nécessaire pour réaliser une stratégie de dialogue efficace et à large spectre, il est particulièrement important de pouvoir regrouper les forces, en réunissant les investisseurs ayant les mêmes intérêts pour mener un dialogue groupé. Dans cet esprit, les fonds de pension ont avantage à se réunir au niveau régional pour assurer en priorité le dialogue avec les sociétés du même pays. Cela présente plusieurs points positifs.

En premier lieu, la proximité géographique entre investisseurs et entreprise contribue au succès de l'engagement. En effet, la société est généralement particulièrement sensible à des actionnaires locaux qui, de plus, représentent un grand nombre de bénéficiaires locaux. Différents exemples montrent qu'une telle stratégie est réaliste et qu'elle peut conduire à des résultats très positifs. Mentionnons notamment le regroupement de plus de 70 fonds de pension suisses au sein de l'Ethos Engagement Pool, le programme de dialogue mis sur pied par la Fondation Ethos. Ce programme se focalise sur les 100 plus grandes sociétés cotées en Suisse et porte sur des thèmes de gouvernance, ainsi que de responsabilité environnementale et sociale de l'entreprise. D'autres exemples existent notamment avec les fonds de pension publics britanniques⁵ et les services financiers de l'Etat de New York⁶.

Le deuxième avantage réside dans la possibilité de répartir le coût du dialogue entre plusieurs investisseurs partageant les mêmes objectifs en matière de dialogue. Cela est particulièrement important du moment que les activités d'engagement sont planifiées dans la durée et sur un relativement large spectre de sociétés. Finalement, une organisation du dialogue sous la conduite d'investisseurs locaux n'exclut nullement d'organiser, dans certains cas, des collaborations avec d'autres groupes régionaux, en particulier lorsqu'il s'agit de thèmes importants qui portent sur de grandes sociétés.

Depuis quelques années, une nouvelle forme de groupements d'investisseurs a vu le jour, en l'occurrence des rassemblements internationaux autour d'une thématique précise, telle l'accès aux médicaments, le changement climatique ou la liberté d'expression sur internet. De tels rapprochements se sont créés essentiellement dans le domaine de la responsabilité environnementale et sociale. En matière de gouvernement d'entreprise, la spécificité des différentes législations nationales conduit souvent à devoir traiter les thématiques de manière séparée dans chaque pays, ce qui limite l'intérêt de mener des campagnes mondiales.

Une étape importante en matière de regroupement d'actionnaires institutionnels a eu lieu en 2006 avec le lancement, sous l'égide des Nations Unies, des Principes pour l'Investissement Responsable (UNPRI)⁷. Ces principes préconisent notamment un exercice actif des droits d'actionnaires et, si possible, de manière

5 Local Authorities Pension Fund Forum (LAPFF) au Royaume-Uni, www.lapfforum.org

6 Office of the State Comptroller of New York State, www.osc.state.ny.us

7 www.unpri.org

conjointe avec d'autres investisseurs. En vue de faciliter la tâche de la communauté des investisseurs, l'accès à une plateforme électronique d'échange d'informations en matière d'initiatives d'actionnariat actif est mis à disposition des signataires. A ce jour, ce sont déjà plus de 900 investisseurs, gérants de fonds et consultants qui ont adhérents publiquement aux UNPRI.

L'avenir en matière d'engagement réside dans une organisation plus efficiente des activités de dialogue. Cela passera par davantage de systématique dans l'organisation à long terme d'un engagement qui portera à la fois sur plusieurs sujets et sur un large spectre de sociétés. Par ailleurs, le dialogue devrait pouvoir être mené par des groupements locaux d'investisseurs ayant les mêmes attentes à long terme en matière de gouvernement d'entreprise et de responsabilité sociale. De plus, l'appui des UNPRI aura un impact de plus en plus important sur l'efficacité des initiatives prises.

4. Présenter des résolutions à l'assemblée générale

4.1 Un droit souvent très sélectif

Finalement, lorsque le dialogue mené dans le cadre de l'engagement actionnarial ne porte pas de fruit, l'actionnaire dispose encore d'une corde supplémentaire à son arc, en l'occurrence la possibilité de présenter une résolution à l'ordre du jour de l'assemblée générale.

L'accès à ce droit diffère suivant le pays concerné. En Europe continentale, le droit de déposer un point supplémentaire à l'ordre du jour de l'assemblée générale nécessite souvent un investissement relativement important. Le seuil se situe souvent à plusieurs pourcents de capital, ce qui constitue évidemment une entrave importante à l'exercice de ce droit. A l'opposé, aux Etats-Unis il suffit de posséder 2000 US\$ d'actions depuis au moins une année pour pouvoir présenter une résolution. Cette règle est en apparence généreuse, mais son appréciation doit être nuancée par le fait que le vote des résolutions n'est que consultatif.

En Suisse, la loi fixe un seuil d'un million de francs en valeur nominale à moins que les statuts ne prévoient un montant plus faible. En pratique, cela représente un pourcentage très variable de capital qui est fonction de la valeur nominale de l'action. En principe, pour la majorité des grandes sociétés comprises dans l'indice SMI, le seuil est inférieur à 1 % du capital. Au vu de l'importance du droit de pouvoir ajouter un point à l'ordre du jour, la révision du Code des Obligations actuellement en cours prévoit de fixer le seuil à l'avenir à 0.25 % du capital. Un tel niveau est acceptable pour les investisseurs institutionnels, mais reste en principe inatteignable pour les actionnaires privés.

4.2 Un signal au management

Même lorsqu'un ou plusieurs actionnaires disposent du nombre d'actions requises pour mettre un point à l'ordre du jour de l'assemblée générale, il faut être conscient qu'il n'est possible de présenter que des sujets qui sont de la compétence des action-

naires. En Suisse par exemple, la majorité des résolutions qui ont été déposées ces dernières années concernent un changement des statuts.

La Fondation Ethos, associée à plusieurs caisses de pension publiques, a ainsi présenté à plusieurs reprises des résolutions sous forme de modifications statutaires, par exemple l'interdiction du cumul des fonctions de Président du conseil d'administration et de la direction générale par la même personne ou l'introduction du vote consultatif du rapport de rémunération. Juridiquement, les résolutions déposées par Ethos n'ont, jusqu'ici, jamais obtenu le soutien d'une majorité des voix. Cela ne signifie cependant pas que la résolution n'a eu aucun effet. Par exemple, la résolution contre le cumul des fonctions qui a été présentée chez Nestlé en 2005 a obtenu 36 % des voix et a malgré tout conduit par la suite à une révision complète des statuts et à une séparation des fonctions.

Il s'agit d'être conscient que le dépôt d'une résolution est une étape significative dans l'intensification des mesures d'actionnariat actif. Cela va automatiquement amener la problématique sur la place publique, ce qui n'est guère apprécié par le management des sociétés concernées. Généralement, cette étape va conduire à une relation conflictuelle avec le conseil d'administration, puisque chaque partie va essayer d'influencer un maximum d'actionnaires par le biais d'une campagne publique. C'est pourquoi, pour des actionnaires orientés à long terme, le droit de présenter une résolution n'est en principe utilisé qu'en dernier ressort, lorsque le dialogue avec les instances dirigeantes est bloqué.

Afin d'avoir le meilleur score possible, les actionnaires qui décident de porter un point à l'ordre du jour de l'assemblée générale ont intérêt à communiquer publiquement leur intention le plus tôt possible, en principe plusieurs mois à l'avance. Cette pression va éventuellement permettre de relancer le dialogue avec le management et, le cas échéant, contribuer à trouver une solution de compromis qui pourrait conduire à un retrait de la résolution.

Une telle situation s'est présentée pour Ethos en 2009 lorsqu'une résolution «Say on Pay» demandant de modifier les statuts pour introduire le vote consultatif du rapport de rémunérations avait été déposée auprès des cinq plus grandes sociétés cotées en Suisse. Quatre parmi ces sociétés (ABB, Credit Suisse, Nestlé et UBS) ont accepté en fin de compte d'introduire de manière volontaire le vote Say on Pay, ce qui a permis de retirer la résolution et d'éviter le vote controversé sur le changement statutaire. Au contraire, la cinquième société (Novartis) n'a pas cédé et la résolution a finalement obtenu, lors du vote en assemblée générale, un soutien de plus de 30 % des voix. Face au refus de la société d'entrer en discussion à l'issue du vote, les actionnaires critiques ont décidé de déposer à nouveau la même résolution l'année suivante. Cette fois-ci la campagne des partisans du Say on Pay a recueilli encore un plus large soutien. Cela aura été suffisant pour que la société propose d'elle-même l'introduction d'un vote consultatif du système de rémunération, ce qui a permis le retrait de la résolution.

5. Conclusion

Le droit de voter et le droit d'engager le dialogue avec les instances dirigeantes sont des droits d'actionnaire qui ont une valeur économique. Leur exercice est par conséquent un devoir pour tout investisseur institutionnel dans le cadre de sa responsabilité envers ses nombreux bénéficiaires.

Dans le cas où le dialogue actionnarial est bloqué, il peut se justifier pour un actionnaire d'intensifier les mesures à prendre pour défendre son point de vue en usant du droit de déposer une résolution d'actionnaires. Cette étape constitue souvent un

pas délicat puisqu'il va contribuer à accroître la tension avec les instances dirigeantes.

De manière générale, de plus en plus d'investisseurs institutionnels constituent des regroupements d'actionnaires en vue d'accroître l'efficacité d'une stratégie d'actionnariat actif. Cela est une illustration de la montée en force des investisseurs institutionnels qui détiennent dorénavant près des deux-tiers de la capitalisation boursière mondiale. Dans un tel contexte, l'exercice actif des droits d'actionnaire va encore sensiblement s'intensifier au cours des années à venir. ■

Niklaus Ruckstuhl*

Strafprozessrecht: neue Entwicklungen

Stichworte: Strafprozessordnung, Literatur zum Strafprozessrecht, Haftgründe, «Anwalt der ersten Stunde»

Der nachstehende Artikel ist ein Abdruck des am 24.6.2011 im Rahmen des Anwaltskongresses in Luzern gehaltenen Weiterbildungsvortrags zum Thema der neueren Entwicklungen im Strafprozessrecht; der Vortragsstil wurde beibehalten.

I. Literatur

An neuerer Literatur sind zur schweizerischen StPO auf deutsch diverse Kurzkomentare, zwei umfassende Kommentare und einige Lehrbücher erschienen.

1. Kurzkomentare

Kurzkomentare haben den Vorteil, dass man sie immer mitnehmen kann und damit zu allen Artikeln der StPO eine mehr oder weniger umfassende Auskunft bekommt. Für den daily use sind sie gut geeignet. Auf dem Markt sind deren drei: einer von Schmid, einer von Riklin und der dritte ist von Goldschmid und weiteren Autoren. Ich empfehle hier denjenigen von Schmid, vieles kommentiert er als geistiger Vater dieser StPO, er ist in einigen Punkten nicht ganz à jour, indem er vor Verabschiedung der ersten Revision der StPO erschien, die u.a. eine Änderung von Art. 222 StPO beinhaltete, auf die ich zurückkommen werde.

2. Umfassende Kommentare

An umfassenden Kommentaren gibt es deren zwei, den Zürcher und den Basler Kommentar. Festzuhalten ist, dass die Qualität bei beiden nicht einheitlich ist, es kommt sehr auf den Kommentator, resp. die Kommentatorin an. Tendenziell gebe ich dem Basler Kommentar den Vorzug, zu gewissen Frage lese ich aber lieber den Zürcher Kommentar, wenn dort der wirkliche Experte schreibt (so etwa bei geheimen Zwangsmassnahmen die Ausführungen von HANSJAKOB im Zürcher Kommentar, teilweise ist auch Verfahrensrechtliches wie das Beschwerderecht dort besser kommentiert). Ich denke, man kann sich aber durchaus zwei Kommentare leisten und dann vergleichen.

3. Lehrbücher

An Lehrbüchern, also systematischen Darstellungen statt Kommentierung einzelner Bestimmungen, sind zurzeit deren vier auf dem Markt. Dasjenige von JOSITSCH und jenes von DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS sind beide für Studierende geeignet, für die Praxis aber wohl zu wenig tiefgehend. Jenes von SCHMID ergänzt seinen Praxiskommentar, ist etwas schwer lesbar und sehr umfassend, vertieft die Ansichten im Kurzkommentar, bringt

aber nicht effektiv viel Neues. Gut, wenn auch etwas knapp, ist jenes von PIETH, dem etwas der konkrete Praxisbezug fehlt. Bald sollte eines von der Freiburger Professorenschaft unter der Federführung von NIGGLI erscheinen, auf das man gespannt sein darf. Ebenso wird bald eines von mir auf den Markt kommen, in dem ich versucht habe, eine gewisse Symbiose zwischen Systematik und Kommentierung herzustellen, indem es ein systematisches Buch ist, dennoch aber versucht, zu zentralen und wichtigen Bestimmungen durchaus auch ins Detail zu gehen, Einzelfragen zu beantworten und konkrete Hinweise zu geben (etwa bei den Haftgründen: was spricht für, was gegen diesen oder jenen Haftgrund). Was einen Mehrwert gegenüber der gängigen Literatur darstellen sollte, sind die Abschnitte über die drei Gutachten, die im Strafprozess eine wesentliche Rolle spielen: einerseits die beiden medizinischen (Psychiatrie und Rechtsmedizin, von Prof. Dittmann aus Basel verfasst), andererseits das kriminaltechnische Gutachten (verfasst von dipl. phys. Arnold vom WD Zürich). Beide Autoren versuchen, für Juristen klar zu machen, worum es in diesen Gutachten geht, was man beachten muss und was nicht, meines Wissens das erste juristische Buch, das diese Gutachten mit behandelt. Das finden Sie nirgends sonst in dieser konzentrierten Form in einem juristischen Buch.

II. Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung

Dank des Inkrafttretens der schweiz. StPO ist zurzeit alles im Fluss. Die StPO hat haufenweise Baustellen, die nun vom Bundesgericht aufgeräumt werden müssen, hie und da baut das Bundesgericht die Sache gerade ganz neu und anders, als es in der StPO steht.

Es ist etwas schwierig, einen roten Faden in meinen folgenden Ausführungen zu erkennen, aber ich habe versucht, Themen aufzugreifen, die uns als Verteidigung besonders interessieren und betreffen. Im ersten Teil geht es um die Verteidigung im weitesten Sinn (neuer «Anwalt der ersten Stunde», Finanzierung der Verteidigung als amtliche oder notwendige inkl. Zeitpunkt der Einsetzung, dann um die Teilnahmerechte der Verteidigung), danach um Themen aus dem Haftrecht und dem Beweisrecht.

1. «Anwalt der ersten Stunde»

Der EGMR hat zwei beachtenswerte Urteile gefällt, und zwar im Fall *Salduz* und im Fall *Pishchalnikov*. Im Fall *Salduz gegen Türkei* hat er im Urteil vom 27.11.2008 (Application No. 36391/02) sich mit der Rüge der Verletzung des Zugangs zur Verteidigung und den sich daraus ergebenden Folgen befasst. Herr Salduz beschwerte sich, weil er während der polizeilichen Haft keinen Zu-

* Prof. Dr., Advokat, Allschwil.

gang zu einem Anwalt hatte. Der Gerichtshof hielt fest, dieses Recht sei zentral, insbesondere und gerade zu Beginn des Verfahrens, weil Beschuldigte in dieser Phase besonders verletzlich sind. Deshalb müsse die beschuldigte Person, die sich in Polizeigewahrsam befinde, ab der ersten Einvernahme als Verdächtige die Möglichkeit haben, Zugang zu einer Verteidigung zu erhalten. Werde dieses Recht verletzt, sei das Fairnessprinzip (etwas Neues! Kommt auch beim Bundesgericht immer wieder mal vor!) verletzt und stelle eine unheilbare Verletzung von Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK dar (Recht auf Beizug einer Verteidigung).

Im Fall *Pishchalnikov* ging der EGMR noch weiter (Urteil vom 24.9.2009, Application No. 7025/04¹) und hielt fest, dass – wenn eine Person verlangt, eine Verteidigung konsultieren zu können – die Einvernahme nicht weitergeführt, sondern unterbrochen werden muss, bis die angeschuldigte Person sich mit einer Verteidigung besprechen konnte. Ohne eine solche Konsultation darf die Einvernahme nur auf Wunsch der beschuldigten Person selbst fortgesetzt werden. Der EGMR hat damit erstmals ein Recht auf Abbruch (oder Unterbruch) der Einvernahme anerkannt, und zwar aus denselben Gründen wie im Fall *Salduz*, darüber hinaus aber auch deshalb, weil eine einmal gewählte Verteidigungsstrategie, v.a. jene, Aussagen zu machen, im Verlauf des Verfahrens kaum mehr geändert werden kann.² Die Beratung durch eine Fachperson sei deshalb wichtig, weil der Verzicht auf ein Recht (hier: das Aussageverweigerungsrecht) immer im Bewusstsein der daraus entstehenden Konsequenzen erfolgen müsse,³ was dann eben eine Beratung durch eine Verteidigung voraussetzt. Eine einmal gewählte Verteidigungsstrategie könne nicht ohne weiteres geändert werden. Ob man sich somit auf das Verfahren einlassen oder ob man schweigen und sich dem Verfahren verweigern will, soll mit einer Fachperson besprochen werden können, und zwar vor der ersten Einvernahme. Schliesslich diene die Verteidigung auch der Sicherstellung, dass die Rechte der beschuldigten Person beachtet würden.⁴

Der EGMR hat damit die schweizerische StPO überholt, wenn dort in Art. 159 Abs. 1 StPO zwar der «Anwalt der ersten Stunde» eingeführt wird, in Abs. 3 dieser Bestimmung aber festgehalten wird, die Inanspruchnahme dieses Rechts gebe keinen Anspruch auf Verschiebung der Einvernahme. Weit gefehlt, genau das ergibt sich aus dem Entscheid *Pishchalnikov*, ein Recht auf Abbruch der Einvernahme. Zudem kann die Erstbesprechung zwischen Verteidigung und beschuldigter Person zeitlich nicht eingeschränkt werden, Sie können so lange mit der Mandantschaft reden wie Sie wollen, bevor die erste Einvernahme losgehen kann.

2. Amtliche Verteidigung

2.1 Honorierung des «Anwalts der ersten Stunde»

Wie Ihnen bekannt, garantiert Art. 159 Abs. 1 StPO, dass die beschuldigte Person ab der ersten Einvernahme verlangen kann, dass ihre Verteidigung bei der Einvernahme dabei ist. In diesen Fällen muss also die Polizei eine Verteidigung aufbieten, i.d.R. wohl über den anwaltlichen Pikettdienst, so es denn einen hat.

Zentral ist nun aber die Frage, wer diesen Pikettanwalt für seinen Aufwand bezahlt. Fragen kann man sich, ob aus dem Entscheid *Salduz* und *Pishchalnikov* des EGMR nicht eine Pflicht des Staates resultiert, dieses Recht auf Kontakt zu einer Verteidigung effektiv zu ermöglichen, was nur dadurch Tatsache wird, dass der Staat im schlimmsten Fall diese Kosten übernimmt, d.h. wenn auf keinem anderen Weg eine Kostendeckung erhältlich ist. So ist es auf jeden Fall im Kanton Basel-Stadt geregelt, allerdings nur gestützt auf eine Weisung des ersten Staatsanwaltes, deren Inhalt zwischen dem Verein Pikett Strafverteidigung und Staatsanwaltschaft ausgehandelt wurde. In anderen Kantonen gilt dieser Einsatz des Pikettanwaltes als unternehmerisches Risiko (so meines Wissens im Kanton Zürich), in wieder anderen wird die Anwaltschaft zur Leistung von Pikettdiensten verpflichtet, wobei der Staat dafür eine Ausfallhaftung für das Honorar des Pikettanwaltes übernimmt (so VS, wird neu in BL voraussichtlich auch so zu regeln versucht), eine Lösung, die m.E. am besten der Forderung der EGMR-Entscheide *Salduz* und *Pishchalnikov* gerecht wird.

2.2 Rückwirkende Einsetzung als amtliche Verteidigung

Die Honorarfrage wird dann weitgehend obsolet, wenn der Einsatz als Pikettanwalt in die Übernahme eines Mandates mündet. Ist es eine Privatverteidigung, dann bestehen i.d.R. keine Kostendeckungsfragen, problematisch wird es, wenn die Verteidigung eine amtliche sein soll.

In diesem Fall ist zu empfehlen, sofort nach dem Piketteinsatz eine amtliche Verteidigung zu verlangen, und zwar rückwirkend auf den Piketteinsatz hin, selbst wenn die nötigen Unterlagen noch nicht vorhanden sind. Die Gewährung kann dann zwar von der Einreichung weiterer Unterlagen abhängig gemacht werden, muss aber grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Gesuchstellung hin bewilligt werden.

2.3 Honorierung des Piketteinsatzes beim Zwangsmassnahmengericht

Ungeklärt ist m.E. die Entschädigung des Pikettanwaltes bei seinem Einsatz als Verteidigung im Haftanordnungsverfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht (ZMG). In Basel-Stadt besteht die Regelung, dass ausser in Fällen, wo die Verteidigung auf eine staatliche Entschädigung verzichtet, der Haftrichter eine festgesetzte Pauschale für diesen Einsatz zulasten der Gerichtskasse zuspricht. Demgegenüber stellt sich das ZMG Basel-Landschaft auf den Standpunkt, der Haftrichter halte nur fest, wie viel zu entschädigender Aufwand entstanden ist (Stundenzahl und gegebenenfalls Spesen), ob dieser aber entschädigt wird, sei Sache der Staatsanwaltschaft, z.B. im Rahmen des Entscheides über

1 Vgl. Forum Poenale 2/2010, 86 ff., wo der Entscheid auszugsweise abgedruckt und mit guten Bemerkungen von St. Schlegel versehen ist.

2 Urteil des EGMR i.S. *Pishchalnikov v. Russia* vom 24.9.2009, Application no. 7025/04, § 69 in fine, § 70.

3 Urteil des EGMR i.S. *Pishchalnikov v. Russia* vom 24.9.2009, Application no. 7025/04, § 77.

4 Urteil des EGMR i.S. *Pishchalnikov v. Russia* vom 24.9.2009, Application no. 7025/04, § 78.

die amtliche Verteidigung. Das halte ich für falsch, weil das Haftanordnungsverfahren ein eigenes Verfahren mit Kostenentscheid ist, und zum Kostenentscheid gehört auch die Frage der Verteidigungskosten (Parteientschädigung oder eine Form der staatlichen Entschädigung). Dass für die Frage des Freiheitsentzuges eine amtliche Verteidigung angezeigt ist, bedarf wohl keiner weiteren Begründung.

2.4 Entschädigung der amtlichen Verteidigung bei Einstellung und Freispruch

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts ist m.E. geklärt, dass die amtliche Verteidigung nach dem Obsiegens- bzw. dem Unterliegensprinzip zu entschädigen ist (BGer 6B_797/2010, E. 2.3.2), sofern – wie das Bundesgericht auch festgehalten hat – nicht das kantonale Recht explizit eine unterschiedliche Behandlung der amtlichen zur privaten Verteidigung vorsieht (BGer 6B_63/2010, E. 2.4). Wird bei Ergreifung eines Rechtsmittels durch die Verteidigung der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, so ist das dem Obsiegen gleichzusetzen und eine volle Parteientschädigung geschuldet (BGer 6B_898/2010, E. 3.4).

Das Bundesgericht hat allen Einwänden von kantonalen Vorinstanzen widersprochen, die darauf abzielten, den amtlichen Verteidiger auch bei Obsiegen nur nach dem Tarif der amtlichen Verteidigung zu entschädigen, dies mit der Begründung, dass es eben keinen Grund gebe, den amtlichen anders zu entschädigen als den privaten, sofern das kantonale Recht das nicht ausdrücklich vorsehe (und m.E. hat das Bundesgericht damit auch gleich durchblicken lassen, dass vernünftige Gründe für eine solche Ungleichbehandlung wohl auch nicht ersichtlich wären, solche kantonalen Bestimmungen also auch durchaus erfolgreich als willkürlich angefochten werden könnten). Die amtliche Verteidigung wird damit zu einer Art Ausfallhaftung des Staates in reduziertem Umfang (gegenüber dem vollen Honorar) für den Fall, dass weder der Staat noch die Klientschaft das volle Honorar bezahlen müssen bzw. können. Es ist an Art. 135 Abs. 4 StPO zu erinnern, wonach die beschuldigte Person der Verteidigung die Differenz zwischen der reduzierten Entschädigung als amtliche Verteidigung und der vollen als Parteientschädigung zu bezahlen hat, sobald es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben. Diese Bestimmung verdeutlicht das Prinzip, dass die Verteidigung an sich immer Anspruch auf volle Entschädigung hat. Wenn sie obsiegt, ist Schuldner dieser Leistung der Staat im Rahmen der Parteientschädigung, und diese ist vollumfänglich geschuldet. Bei Unterliegen wäre dies die beschuldigte Person, die zu dieser Leistung nicht in der Lage ist, weshalb die amtliche Entschädigung Platz greift. In diesem Fall darf die Entschädigung nur in reduziertem Umfang erfolgen, weil der Staat eine Sonderleistung erbringt (BGer 6B_63/2010, E. 2.4), deren Höhe nach anderen Gesichtspunkten bestimmt werden darf. Muss der Staat aber wegen Obsiegens entschädigen, erbringt er keine Sonderleistung, sondern die Entschädigung ist wegen des Obsiegens geschuldet, und das ohne Rücksicht darauf, ob der Beschuldigte privat oder amtlich verteidigt war (BGer 6B_63/2010, E. 2.4).

2.5 Entschädigung der amtlichen Verteidigung nach der Schwierigkeit der Sache

Schliesslich hat das Bundesgericht die fixe Entschädigung der amtlichen Verteidigung (also bei Unterliegen) nach immer demselben Stundenansatz gerügt: Die Höhe des Stundenansatzes für die Entschädigung müsse der Schwierigkeit der Sache angemessen sein. Wenn also das Gericht dadurch dartue, dass die Sache die übliche Schwierigkeit überschreite, indem es den gemäss Gebührentarif vorgesehenen Höchstbetrag der Urteilsgebühr überschreite, dann müsse auch der Stundenansatz des amtlichen Verteidigers über dem Normalansatz liegen (BGer 6B_797/2010, E. 2.3.2). Diese Ansätze sind bekanntlich in den Kantonen höchst unterschiedlich, in BS und BL z.Zt. CHF 180.–/Std.

3. Notwendige Verteidigung

3.1 Zeitpunkt der Bestellung der notwendigen Verteidigung

Unklar ist bislang, wann eine notwendige Verteidigung installiert werden muss. Sind die Voraussetzungen für eine solche bereits bei Einleitung des Vorverfahrens gegeben, was häufig der Fall ist, dann muss sie gemäss Art. 131 Abs. 2 StPO nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, auf jeden Fall aber vor Eröffnung der Untersuchung, sichergestellt werden. Ob die notwendige Verteidigung rechtzeitig installiert wurde, ist deshalb relevant, weil bei verspäteter Einsetzung Beweiserhebungen, die vorher getätigt wurden, grundsätzlich nicht verwertbar sind.

Die in Art. 131 StPO verwendeten Begriffe sind technische und entsprechen den in Art. 299 ff. (Vorverfahren) verwendeten. Das Vorverfahren umfasst somit sowohl das polizeiliche Verfahren als auch das staatsanwaltliche Untersuchungsverfahren. Vor Eröffnung des staatsanwaltlichen Untersuchungsverfahrens muss somit die notwendige Verteidigung installiert sein. Nun stellt sich die Frage, wie es dann möglich ist, dass eine staatsanwaltliche Befragung stattfindet, bevor resp. ohne dass das staatsanwaltliche Untersuchungsverfahren eröffnet ist. Das Basler Appellationsgericht hat sich mit dieser Frage befasst. Im Entscheid vom 7. April 2011 hat es zuerst darauf hingewiesen, dass auch für die Staatsanwaltschaft, wie auch für die Polizei, der Begriff der materiellen Untersuchungseröffnung gilt, d.h. es kommt nicht auf das Datum der Eröffnungsverfügung an, sondern darauf, ob Polizei oder Staatsanwaltschaft Ermittlungshandlungen vornehmen. Wenn somit die Staatsanwaltschaft eine Befragung durchführt, dann ist das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren eröffnet und die notwendige Verteidigung sicherzustellen (E. 3.3), weil eben eine staatsanwaltschaftliche Ermittlungshandlung schon begrifflich voraussetzt, dass das Untersuchungsverfahren eröffnet ist.

3.2 Notwendige Verteidigung im polizeilichen Ermittlungsverfahren?

Nach dem eben erwähnten Entscheid des Basler Appellationsgerichts ist klar, dass die Polizei im polizeilichen Ermittlungsverfahren noch keine notwendige Verteidigung durch die Staatsanwaltschaft einsetzen lassen muss, sondern erst mit der materiellen Eröffnung

des staatsanwaltschaftlichen Untersuchungsverfahrens, spätestens aber dann. Es bedeutet aber auch, dass bereits vorher eine notwendige Verteidigung eingesetzt werden darf.

Zu beachten ist aber, dass das staatsanwaltliche Untersuchungsverfahren relativ schnell beginnt, insbesondere, wenn sie Zwangsmassnahmen anordnet oder aufgrund der Berichterstattung der Polizei das Verfahren auf sie übergeht.

3.3 Konsequenz der zu späten Einsetzung der notwendigen Verteidigung

Was ist nun die Konsequenz, wenn zu spät eine notwendige Verteidigung eingesetzt wird? Art. 131 Abs. 3 StPO erklärt Beweiserhebungen für ungültig, sofern die beschuldigte Person nicht auf deren Wiederholung verzichtet.

Wird auf die Wiederholung nicht verzichtet, ist umstritten, ob bloss Ungültigkeit oder Unverwertbarkeit des Beweismittels vorliegt. Im Falle von Ungültigkeit würde bloss das relative Beweisverwertungsverbot von Art. 141 Abs. 2 greifen, im Falle von Unverwertbarkeit das absolute von Art. 141 Abs. 1 Satz 2. Sowohl der Basler wie auch der Zürcher Kommentar gehen von Unverwertbarkeit aus. Ebenso das Appellationsgericht Basel-Stadt im erwähnten Entscheid, verlangt es doch, dass die Protokolle, die ohne Verteidigung erstellt wurden, gemäss Art. 141 Abs. 5 aus den Akten entfernt werden. Gemäss dem Wortlaut von Art. 141 Abs. 5 betrifft diese Entfernung nur *unverwertbare* Beweise, nicht aber ungültige, womit sich das Appellationsgericht der Auffassung anschliesst, dass Art. 131 Abs. 3 ein absolutes Verwertungsverbot i.S. von Art. 141 Abs. 1 Satz 2 statuiert.

Die Unverwertbarkeit von Art. 131 Abs. 3 bezieht sich nicht nur auf die Befragung der beschuldigten Person, sondern auch auf alle anderen Beweiserhebungen, an denen der notwendigen Verteidigung nach Art. 147 ein Teilnahmerecht zugestanden hätte und an denen sie mangels Bestellung nicht teilnehmen konnte.

Zudem ist dieses absolute Beweisverwertungsverbot mit Fernwirkung ausgestattet, d.h. es umfasst auch alle Folgebeweise, die ohne den nicht verwertbaren Beweis nicht hätten erhoben werden können (Problematik der teilweise abenteuerlichen Kausalverläufe).

4. Teilnahmerechte

4.1 Grundsatz: Art. 147

Die Teilnahmerechte sind in Art. 147 StPO geregelt. Zur Erinnerung: Im polizeilichen Ermittlungsverfahren ist das einzige Teilnahmerecht der Verteidigung jenes, bei den Einvernahmen der beschuldigten Person anwesend zu sein und am Ende Ergänzungsfragen stellen zu dürfen, andere Teilnahmerechte der Verteidigung gibt es dort keine. Die weiteren Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen, insbesondere Anwesenheit bei Befragungen von Dritten, gelten erst im staatsanwaltschaftlichen Untersuchungsverfahren.

4.2 Einschränkung

Dass Teilnahmerechte eingeschränkt werden können, ist selbstverständlich, dies aber immer nur im Interesse der Wahrheitsfindung und des ungestörten Gangs der Untersuchung, also zur Verhinderung von Kollusion bspw., oder zur Sicherstellung, dass befragte Personen keinem Druck ausgesetzt sind und wahrheitsgemäss aussagen (mit dieser Begründung wurden im Kanton BL bspw. regelmässig angeschuldigte Personen und auch deren Verteidigung zu Beginn des Verfahrens von der Teilnahme an der Befragung von Belastungszeugen ausgeschlossen, was schon damals fragwürdig war, heute aber nicht mehr zulässig ist).

4.3 Teilnahme bei Einvernahme von Mitbeschuldigten: Art. 146 und 147

Umstritten ist nun die Teilnahme der angeschuldigten Person und/oder ihrer Verteidigung an den Einvernahmen von Mitbeschuldigten. Art. 147 hält das Teilnahmerecht grundsätzlich fest. Art. 146 demgegenüber besagt im Grundsatz (Abs. 1), dass einzuvernehmende Personen getrennt einvernommen werden, ergänzt diese Regelung aber in Absatz 2 mit der Konfrontationseinvernahme.

Vordergründig kann aus den unterschiedlichen Bestimmungen in Art. 146 und 147 ein Gegensatz in dem Sinne herausgelesen werden, als Art. 146 die Teilnahmerechte einschränkt, weil dort eine getrennte Einvernahme vorgesehen ist, was eine Teilnahme von anderen Mitbeteiligten an der Befragung einer angeschuldigten Person ausschliessen soll.

Das Appellationsgericht Basel-Stadt ist im Entscheid vom 14.4. und 11.5.2011 klar zur Auffassung gelangt, dass Art. 146 nur eine allgemeine Ordnungsvorschrift darstelle. Dieser gehe aber Art. 147 (also das Teilnahmerecht) vor. Das Teilnahmerecht von Art. 147 könne gemäss Art. 108 Abs. 2 eingeschränkt werden (Art. 108 normiert die allgemeinen Regeln zum rechtlichen Gehör und eben auch dessen Einschränkung). Nur wenn Gründe gemäss Art. 108 vorlägen, könne das Teilnahmerecht nach Art. 147 eingeschränkt werden, nicht aber gestützt auf Art. 146.

Diese Urteile sind allerdings nicht rechtskräftig, sondern wurden an das Bundesgericht weitergezogen, welches sich damit in Bälde auseinanderzusetzen haben wird.

Zu einem völlig anderen Schluss kommt das Obergericht des Kantons Zürich im Urteil vom 11.5.2011. Gemäss diesem soll nur ein Kommentar, der Zürcher Kommentar von DONATSCH ET AL., die Auffassung des Appellationsgerichts stützen, alle anderen seien der Auffassung, die getrennte Einvernahme nach Art. 146 bedeute auch den Ausschluss der anderen Verfahrensbeteiligten. Das Obergericht gesteht ein, dass die getrennte Einvernahme zwar unter dem Vorbehalt der Teilnahmerechte nach Art. 147 steht, dass dem aber durch die Konfrontationseinvernahme nach Art. 146 Abs. 2 Rechnung getragen werde. In Abweichung des Grundsatzes der getrennten Einvernahme bedeute die Konfrontation die gemeinsame Befragung mehrerer Personen, die sich wechselseitig und in Gegenwart der anderen Personen zu äussern haben. Diese Definition der Konfrontationseinvernahme ist zwar richtig, aber sie erhellt auch gerade, dass die Konfrontation etwas anderes ist als die Ausübung des Fragerechts im Rahmen des Teil-

nahmerechts. Bei der Konfrontation wird wechselseitig zum gleichen Sachverhalt resp. zur Aussage der jeweils anderen Person Stellung genommen. Das ist etwas anderes als das Stellen von Ergänzungsfragen. Beim Stellen von Ergänzungsfragen nimmt die teilnahmeberechtigte Person nicht selbst zum Thema der Einvernahme Stellung, sondern sie stellt bloss Ergänzungsfragen, sei es, um weitere Details auf den Tisch zu bringen, sei es, um die Glaubwürdigkeit der aussagenden Person zu hinterfragen. Diesen Umstand verkennt das Obergericht ZH, und deshalb halte ich sein Urteil für unzutreffend.

Speziell ist das Teilnahmerecht beim Fahrlässigkeitsdelikt zu beachten. Beim Fahrlässigkeitsdelikt gibt es keine Mitbeschuldigten in dem Sinne, als dass mehrere Täter zusammen ein Delikt begangen haben sollen, womit auch der eine den anderen grundsätzlich nicht belastet, denn jede Person haftet aus ihrer eigenen Sorgfaltspflicht heraus. Dennoch ist es sehr wohl denkbar, dass gegenseitige Belastungen erfolgen, indem die eine Person versucht sein könnte, sich zulasten der anderen zu exkulpieren, womit deren Aussage eben zu einer belastenden für die andere wird, auch wenn dieser Versuch wenig erfolgversprechend ist. Zu diesen Belastungen muss aber der jeweils anderen Person dennoch das Recht zugestanden werden, Ergänzungsfragen stellen zu können, eben im Rahmen des Teilnahmerechtes. Ebenso können verschiedene Standpunkte betr. den relevanten Kausalverlauf und andere Fragen wie etwa die Vorhersehbarkeit eingenommen werden, wozu wiederum ein Fragerecht der anderen Angeschuldigten besteht.

5. Haftrecht

Im Haftrecht bestehen nun bereits einige Bundesgerichtsentscheide, die sich mit der neuen StPO auseinandersetzen.

5.1 Begründungspflicht von Haftrichterentscheiden, BGer 1B_161/2010

Haft ist ein schwerer Eingriff in die persönliche Freiheit. Deshalb müssen Haftentscheide dicht begründet werden. Ein Verweis auf die Akten als Begründung ist nur dann zulässig, wenn aus diesen die Begründung liquide hervorgeht (BGer 1B_161/2010, E. 3.2.1).

Dass ein Verweis auf die Akten nur eingeschränkt zulässig ist, ist zu begrüssen. Der Haftrichter hat sich selbst über das Vorhandensein der Voraussetzungen für die Haft zu überzeugen. Er hat somit auch darzutun, welche Umstände für *ihn* relevant sind und die Haft begründen. Das ist auch Voraussetzung für eine erfolgreiche Anfechtung der Haft, da man dafür wissen muss, welches die für den Richter massgebenden Umstände waren, ist also auch ein Ausfluss des rechtlichen Gehörs.

5.2 Kollusionsgefahr: BGer 1B_161/2010

Was Kollusionsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO) ist, wissen wir alle mehr oder weniger. Dennoch ist es hilfreich, hie und da wieder die höchstrichterliche Definition nachzulesen und sich zu vergewärtigen (so in BGer 1B_161/2010, E. 3.2.2).

Weiter zu begrüssen ist an diesem Entscheid, dass einmal mehr festgehalten wird, dass die bloss theoretische Möglichkeit

der Kollusion nicht ausreicht, um deshalb entsprechende Haft anzuordnen, sondern dass es hierfür konkreter Indizien bedarf, dass kolludiert werden könnte (BGer 1B_161/2010, E. 3.2.2), was die kantonalen Haftrichter oft vergessen. Es muss also angegeben werden, inwiefern konkret noch kolludiert werden kann (welche Spuren noch zu verwischen sind) resp. mit wem (d.h. mit wem konkret Absprachen getroffen werden sollen), was im Berichtsfall vom kantonalen Haftrichter gerade nicht angegeben wurde.

5.3 Wiederholungs- oder Fortsetzungsgefahr: BGer 1B_126/2011 und 1B_25/2011

a) Definition der Fortsetzungsgefahr

Art. 221 Abs. 1 lit. c. StPO definiert die Fortsetzungsgefahr wie folgt: Es muss ernsthaft zu befürchten stehen, dass die beschuldigte Person durch schwere Verbrechen und Vergehen die Sicherheit anderer erheblich gefährdet, nachdem sie bereits früher gleichartige Delikte begangen hat (BGer 1B_126/2011, E. 3.2).

Verlangt wird also, dass die beschuldigte Person eines schweren Delikts verdächtigt wird, dass sie früher gleichartige Delikte begangen hat und dass zu befürchten ist, sie werde weitere solche schweren Delikte begehen. Es reicht mit anderen Worten nicht aus, dass ein dringender Tatverdacht auf ein schweres Delikt besteht und nun zu befürchten ist, die beschuldigte Person werde erneut ein solches begehen, sondern es muss auch feststehen, dass sie früher bereits gleichartige schwere Delikte begangen hat. Mit anderen Worten, es bedarf eines schweren Delikts in der Vergangenheit, eines solchen in der Gegenwart (d.h. das zu untersuchende Delikt) und eines dritten in der Zukunft (befürchtete künftige Delikte, eigentliche Fortsetzungsgefahr). Dies wurde von den ZMG's generell als Verschärfung gegenüber der bisherigen Praxis empfunden.

b) Definition des Vordelikts: BGer 1B_126/2011

Zu diesen Voraussetzungen sagt das Bundesgericht nun im ersten Entscheid, dass das Delikt in der Vergangenheit durch eine Verurteilung nachgewiesen werden kann, dass es aber auch genügt, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass früher mindestens ein gleichartiges Delikt begangen wurde (1B_126/2011, E. 3.2). Damit ist der Rückfall während hängigem Verfahren gemeint: Besteht bereits ein Verfahren wegen eines schweren Deliktes und wird die beschuldigte Person während diesem Verfahren rückfällig, indem sie ein zweites gleichartiges schweres Delikt begeht, dann kann Fortsetzungsgefahr angenommen werden, wenn ernsthaft befürchtet werden muss, dass dies ein drittes Mal passieren könnte.

c) Fortsetzungsgefahr ohne Vordelikt: BGer 1B_25/2011

Im Entscheid 1B_25/2011 vom 14.3.2011, der an sich vor dem eben dargestellten gefällt wurde, macht das Bundesgericht bezüglich der drei nötigen Delikte eine Einschränkung. Ist Gegenstand des Strafverfahrens ein sehr schweres Delikt (in casu Tötungsdelikt), dann reicht es für die Annahme von Fortsetzungsgefahr, dass weitere solche zu befürchten sind, ohne dass eine

bereits früher verübte Tat vorliegen müsse (BGer 1B_25/2011, E. 4.5). Das Bundesgericht begründet das damit, dass die öffentliche Sicherheit nicht weniger gefährdet werde, wenn konkret zu befürchten ist, der eines sehr schweren Delikts Beschuldigte könnte ein weiteres solches begehen als dann, wenn nur die Gefahr besteht, eine Person könnte ihre Drohung, ein sehr schweres Delikt zu begehen, wahrmachen (also Ausführungsgefahr).

Das Bundesgericht erkennt schon, dass es damit die gesetzliche Voraussetzung des in der Vergangenheit liegenden Delikts aufgibt, und führt deshalb aus, Fortsetzungsgefahr könne nur dann ohne früher verübte Taten angewendet werden, wenn schwere Verbrechen oder Vergehen vorliegen und eine ernstliche Gefahr für die potenziellen Opfer bestehe, wobei das nur mit grosser Zurückhaltung geschehen dürfe.

Faktisch findet eine Vermengung der beiden Haftgründe der Fortsetzungs- und Ausführungsgefahr statt. Das ist unstatthaft und klar gegen den Wortlaut der StPO.

5.4 Fluchtgefahr: BGer 1B_102/2011

Auch bei der Fluchtgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. a StPO) ist es immer wieder hilfreich, sich die höchstrichterliche Definition dieses Haftgrundes vor Augen zu führen, auch wenn die praktische Anwendung dann immer wieder ernüchternd ausfällt, so auch in diesem Fall, wo das Bundesgericht auch das Untertauchen im Inland als Fluchtgefahr genügen lässt (BGer 1B_102/2011, E. 3.5).

Immer wieder betont das Bundesgericht, dass die Höhe oder Schwere der drohenden Sanktion nie für die Annahme der Fluchtgefahr alleine genügt, sondern immer nur *ein* Indiz für diese darstellt, das mit weiteren untermauert werden muss: familiäre, berufliche und wirtschaftliche Beziehungen zum Ausland. Bestreitet man das Vorliegen solcher Indizien, wird man immer wieder in Erstaunen versetzt: Mangelnde soziale Bindungen zum Inland genügen nach der Rechtsprechung vieler Kantone für die Annahme von Fluchtgefahr, unabhängig davon, ob solche zum Ausland bestehen. Mit anderen Worten: Der Ausländer, der schlecht in der Schweiz integriert ist, bei dem besteht auch dann Fluchtgefahr, wenn er überhaupt keine Beziehungen zu seinem Heimatland hat. Das erachte ich als falsch: Die Qualität der Beziehungen zwischen der Schweiz und dem mutmasslichen Fluchtland müssen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegeneinander abgewogen werden, und daraus entsteht dann das Indiz für oder gegen Fluchtgefahr.

5.5 Haftfristen: 48-/96-Std.-Frist: Massgeblichkeit der Fristen? BGer 1B_153/2011 und 1B_166/2010

Die Haftfristen der neuen StPO sind an sich klar: Polizei und Staatsanwaltschaft haben zusammen das Recht, jemanden 48 Std. festzuhalten und in dieser Zeit zu entscheiden, ob beim ZMG Antrag auf Haft gestellt werden soll. Erfolgt dieser Antrag nicht, muss die betroffene Person spätestens nach 48 Std. wieder auf freien Fuss gesetzt werden.

Das ZMG hat dann seinerseits 48 Std. Zeit, um über den Haftantrag zu befinden, sodass jemand maximal 96 Std. seiner Frei-

heit beraubt werden darf, ohne dass der weitere Freiheitsentzug richterlich angeordnet worden wäre.

Strittig ist, inwiefern diese Fristen verbindlich sind und was die Verletzung dieser Fristen bedeutet und zur Folge hat.

Im dem ersten Entscheid zugrundeliegenden Fall legte die Staatsanwaltschaft den Haftantrag erst nach 60 Stunden dem ZMG vor, es überschritt also die ihr eingeräumte Frist zum Stellen dieses Antrages um 12 Stunden.

Die Fristbestimmungen sind für das Bundesgericht eine Konkretisierung des Beschleunigungsgebots gemäss Art. 5 Ziff. 3 EMRK und Art. 31 BV und somit nicht bloss Ordnungsvorschriften (BGer 1B_153/2011, E. 3.2), wie das gewisse Kommentatoren angenommen haben. Aus diesem Grund müssen sich die Justizorgane auch das Verhalten der festnehmenden Polizei, insbesondere die Dauer des dadurch begründeten Freiheitsentzuges, anrechnen lassen (BGer 1B_166/2010, E. 2.2). Das Bundesgericht erteilt damit der Auffassung eine Absage, dass lange Überführungen von festgenommenen Personen für die 48- resp. 96-Std.-Frist nicht relevant seien, so etwa, wenn jemand im Münstertal festgenommen und dann den Behörden in Zürich oder Solothurn oder Genf zugeführt werden müsse. Weiter stellt das Bundesgericht klar, die 96-Std.-Frist dürfe nicht regelmässig ausgeschöpft werden, sondern nur in Ausnahmefällen, wie etwa im genannten Beispiel mit einer langwierigen Zuführung (BGer 1B_153/2011, E. 3.2.1).

Eigenartigerweise findet dann aber das Bundesgericht, für die Betroffenen sei nur massgeblich, ob die Totalfrist von 96 Std. eingehalten sei oder nicht, eine Überschreitung der 48-Std.-Frist durch Staatsanwaltschaft und Polizei sei hingegen nicht relevant. Dem kann nicht zugestimmt werden. Jeder Freiheitsentzug bedarf einer Rechtfertigung, sonst ist es eine strafbare Handlung. Polizei und Staatsanwaltschaft sind nur so lange gerechtfertigt, als sie die gesetzlich vorgesehene Kompetenz nicht überschreiten, sich also an die 48-Std.-Frist halten. Nach Ablauf dieser Frist ist der Freiheitsentzug nicht mehr gerechtfertigt, und in einem allfälligen Strafverfahren würde ich nicht darauf vertrauen, dass trotz Überschreitens dieser Frist ein Freispruch vom Vorwurf der Freiheitsberaubung erfolgt.

Eine Überschreitung welcher Frist nun auch immer führt nach dem Bundesgericht nicht zur Haftentlassung, wenn der angeführte Haftgrund nach wie vor besteht, sondern nur zur Feststellung, dass der Freiheitsentzug eine gewisse Zeit unberechtigt war (BGer 1B_166/2010, E. 4), was zu Kosten- und Genugtuungsfolgen führen kann.

5.6 Haftbeschwerderecht der Staatsanwaltschaft

Das Bundesgericht hat die Gilde der Verteidigerinnen und Verteidiger völlig überrumpelt mit seinen mittlerweile etwa drei Urteilen, in welchen es festgehalten hat, dass der Staatsanwaltschaft das Recht zusteht, gegen Haftentscheide des ZMG kantonale und eidgenössische Beschwerde zu führen (BGer 1B_64/2011 = BGE 137 IV 22 ff.; 1B_65/2011 und 1B_174/2011).

Das Bundesgericht konzidiert, dass dieses Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft vom Wortlaut von Art. 222 nicht gedeckt wird («Die verhaftete Person kann Entscheide über ... bei der Be-

schwerdeinstanz anfechten»). Das sei aber offensichtlich ein gesetzgeberisches Versehen, wie sich aus den Materialien ergebe, weshalb das korrigiert werden müsse (BGE 137 IV 22, E. 1.3). Ohne Korrektur würde das zu allenfalls widersprechenden Entscheiden führen, indem die verhaftete Person bei der kantonalen Beschwerdeinstanz das Rechtsmittel einlegen könne, die Staatsanwaltschaft hingegen direkt beim Bundesgericht, und beide Gerichte dann unterschiedliche Entscheide fällen würden, was nicht sein dürfe.

Dass sich aus den Materialien ein gesetzgeberischer Missgriff ergeben soll, ist nicht nachvollziehbar. Ebenso wenig ist klar, weshalb sich aus dem BGG ein Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft zur Anfechtung vor Bundesgericht ergeben soll. Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG ist zur Strafrechtsbeschwerde vor Bundesgericht legitimiert, wer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat, insbesondere die beschuldigte Person, deren gesetzliche Vertretung, die Staatsanwaltschaft, etc.

Aus dem Umstand, dass hier die Staatsanwaltschaft ausdrücklich genannt wird, ergibt sich nicht, dass sie automatisch auch ein rechtlich geschütztes Interesse hat, Haftentscheide beim Bundesgericht anzufechten, sondern sie darf das nur, wenn sie eben ein solches Interesse nachweisen kann. Wo dieses liegen soll, hat das Bundesgericht bis dato nicht begründet. Damit fällt aber auch das weitere Argument ins Wasser, dass die Staatsanwaltschaft bereits im kantonalen Verfahren beschwerdelegitimiert sein müsse, weil sie es vor Bundesgericht sei, da dem eben nicht zwingend so ist. Eigenartig ist zudem, dass sich das Bundesgericht gegen diverse kantonale Beschwerdeinstanzen wendet, die allesamt das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft verneint haben und auf deren Beschwerden nicht eingetreten sind (Waadt, Aargau und St. Gallen).

Zudem stellen sich durch ein Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft neue ungelöste Probleme: Wenn der Haftrichter die Haftentlassung verfügt, muss die festgenommene Person unverzüglich auf freien Fuss gesetzt werden. Die Staatsanwaltschaft lässt sich in vielen, wenn nicht gar in der überwiegenden Anzahl der Fälle, vor dem ZMG dispensieren. Sie erfährt also von der Haftentlassung erst einige Zeit nach dem Entscheid. Muss nun die festgenommene Person so lange weiterhin in Haft behalten werden, bis die Staatsanwaltschaft entscheidet, ob sie Beschwerde führen will? Das bundesgerichtliche Konstrukt ist nicht durchdacht und basiert auf unzutreffenden Annahmen, aber vielleicht muss der Gesetzgeber nochmals tätig werden, um die Situation zu klären.

Vgl. dazu nun auch das neueste Forum Poenale, 3/2011, S. 141 ff. mit Bemerkungen im ähnlichen Sinne wie meine Ausführungen.

6. Verdeckte Ermittlung

6.1 Drogenscheinkauf als verdeckte Ermittlung: BGer 6B_743/2009

Eine ganz andere, nämlich strengere Richtung nimmt die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur verdeckten Ermittlung. Viele

Kantone erachteten eine verdeckte Ermittlung erst dann als gegeben, wenn der verdeckte Ermittler mit einer Legende ausgestattet und dafür gefälschte Dokumente hergestellt werden mussten etc., also dann, wenn ein gewisser Aufwand für seine Tarnung getrieben werden musste. Ich habe daran schon immer kritisiert, dass dies nicht das entscheidende Kriterium sei, das die verdeckte Ermittlung zur Zwangsmassnahme mache, sondern allein der Umstand, dass mit Täuschung Ermittlungen getätigt werden dürfen. Nur durch die Täuschung über seine Identität erfährt der verdeckte Ermittler Angaben über strafbare Handlungen, welche die Zielperson freiwillig wohl kaum preisgegeben hätte, mit der Täuschung wird somit auch der nemo-tenetur-Grundsatz ausgehebelt. Alle Prozessordnungen kannten ein Täuschungsverbot, so nun auch die eidgenössische StPO in Art. 140 mit der Folge eines Beweisverwertungsverbotes beim Verstoss dagegen. Soll dennoch gegen das Verbot verstossen werden dürfen, bedarf das einer gesetzlichen Grundlage, welche früher das BVE, nun die in die StPO übernommenen Bestimmungen aus diesem, bildet.

Anhand des Drogenscheinkaufs hat nun das Bundesgericht klar gemacht, dass es an seiner bisherigen Rechtsprechung, wie es sie in BGE 134 IV 266 ff. begründet hat, festhalten will, wonach dieser Vorgang eine verdeckte Ermittlung ist, und dass ein solcher Einsatz ohne richterliche Genehmigung zu einem Beweisverwertungsverbot führt.

6.2 Präventive verdeckte Ermittlung: BGE 134 IV 266

Nicht mehr vom Wortlaut der StPO gedeckt ist die präventive verdeckte Ermittlung, bekannt aus dem Zürcher Chat-Room-Fall: Ein Angehöriger der Polizei bewegte sich in diesem Chatroom unter dem Pseudonym «Manuela_14», das den Anschein erweckte, er sei eine noch nicht 16-jährige junge Frau, um dann Pädophile, die versuchen sollten, mit dieser 14-jährigen sexuelle Kontakte zu knüpfen, zu verfolgen.

Art. 286 Abs. 1 StPO dient als gesetzliche Grundlage für diese verdeckte Ermittlung nicht, da sie nur die Verfolgung begangener Straftaten erlaubt. Das setzt mindestens eine strafbare Vorbereitungshandlung, wenn nicht gar in vielen Fällen wenigstens einen Versuch voraus.

Die Lösung des Problems kann nur darin bestehen, dass entweder kantonal oder eidgenössisch eine gesetzliche Grundlage für die verdeckte präventive polizeiliche Ermittlung geschaffen wird. Sobald der Schritt zur strafbaren Handlung gemacht wurde, muss dann eine strafprozessuale Bewilligung für den weiteren Einsatz des verdeckten Ermittlers eingeholt werden.

7. Beweisrecht: Zufallsfund/Beweisforschung

7.1 Beweisforschung/fishing Expedition: Definition, Beweisverwertung: BGer 6B_849/2010

Der Fall, der dem angeführten BGE zugrunde liegt, dürfte mittlerweile einigen bekannt sein. Es ging um eine verloren gegangene Videokamera. Der ehrliche Finder, oder war's eine Finderin, brachte diese zur Polizei. Die Polizei wollte den Eigentümer eruiieren und dachte sich, dazu könnte eine Sichtung des gespeicherten

Filmmaterials dienen. Dem war tatsächlich so, indem auf der Kamera eine Rowdy-Fahrt des Eigentümers der Kamera mit seinem Auto gespeichert war, über welche man ihn ermitteln konnte. Aber nicht nur das, die Polizei leitete ein Verfahren wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln gegen den Fahrer ein, das auch in einer entsprechenden Verurteilung endete. Das Bundesgericht hob die Verurteilung auf und hielt fest, zur Ermittlung des Eigentümers sei es nicht angezeigt gewesen, das Videomaterial zu visionieren. Es handle sich bei der entdeckten Rowdy-Fahrt somit nicht um einen Zufallsfund, sondern um eine verbotene Beweisausforschung, die grundsätzlich zu einem Verwertungsverbot führen müsse (BGer 6B_849/2010, E. 2.3.2). Ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung sei auch nicht erkennbar, weil es sich nicht um eine schwere Straftat handle, sodass das Interesse des Beschuldigten höher zu gewichten sei als das Strafverfolgungsinteresse (BGer 6B_849/2010, E. 2.3.4 f.).

Abgesehen davon, dass das Bundesgericht nach wie vor an seiner unsäglichen Interessensabwägung festhält, die faktisch gar nie gemacht werden kann (je schlimmer das Delikt desto höher das Verfolgungsinteresse, in gleichem Masse steigt aber auch das Interesse des Beschuldigten an der Unverwertbarkeit, und zudem wird das öffentliche Interesse an der gesetzmässigen Strafverfolgung immer ausgeblendet, das seinerseits auch immer grösser wird, je schwerer die verfolgte Tat ist, andernfalls bei Kapitalverbrechen die StPO gar nicht mehr angewendet werden müsste), also abgesehen von dieser Interessenabwägung und der mutigen Behauptung, die Visionierung des Filmmaterials sei nicht angezeigt gewesen, um den Eigentümer zu eruieren, abgesehen von diesen Einschränkungen ist der Entscheid richtig und zu begrüssen. Fraglich ist nur, ob das Bundesgericht sich in der Folge auch daran halten wird, wenn man seine Überlegungen auf andere strafprozessualen Massnahmen überträgt, denn eine solche Übertragung liegt nahe, etwa bei der DNA-Analyse.

7.2 Beweisausforschung und DNA-Profil

Relevant sein dürfte der Entscheid primär mal für die DNA-Analyse und v.a. den Abgleich von DNA-Profilen mit dem Register. Gemäss Art. 255 darf zur Aufklärung eines Deliktes ein DNA-Profil erstellt und abgeglichen werden. Ohne Tatverdacht dürfen somit DNA-Profile nicht mit im zentralen Register erfassten Daten abgeglichen werden. Das betrifft primär die nicht zugeordneten Spuren aus ungeklärten Delikten. Heute ist es üblich, dass ein DNA-Profil erstellt wird, schon mal egal, ob es für die Aufklärung des konkret verfolgten Deliktes nötig ist oder nicht, indem man sagt, die Erstellung eines DNA-Profils gehörte zum Standard-Vorgehen bei der erkennungsdienstlichen Erfassung. Das ist falsch, denn in Art. 260 ff. wird die DNA-Probenahme und -Analyse nicht genannt. Die Bestimmungen über die DNA-Analyse sagen zudem klar, dass diese zulässig ist, soweit das zur Aufklärung eines Deliktes nötig ist. Beim systematischen Abgleich mit dem zentralen Register geht es aber nicht um einen tatverdachtsgesteuerten Abgleich zur Aufklärung eines konkreten Delikts, sondern um die Frage, ob der Verdächtige als Täter für andere, unaufgeklärte Delikte in Frage kommt, für welche gerade *kein* Tatverdacht besteht.

Es geht also um Beweisausforschung, d.h. um einen Abgleich, der allenfalls und zufälligerweise einen Treffer ergeben kann, man spricht denn auch bezeichnenderweise in diesen Fällen von einem «cold hit». Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich somit um Beweisausforschung und damit um eine gesetzwidrige Ermittlung. Ich bin aber nicht zuversichtlich, dass das Bundesgericht diese Konsequenz aus seinem Videokamera-Urteil ziehen wird.

7.3 Beweisverwertungsverbot

Schlussendlich noch ein Wort zum Beweisverwertungsverbot und dessen Fernwirkung.

Anlass dazu bietet der Freispruch im Fall Holenweger des Bundesstrafgerichts. Dieses kam zum Schluss, dass der Einsatz des verdeckten Ermittlers Ramos rechtswidrig war, wie ich meine völlig zu Recht, da es an einem genügenden Tatverdacht hiefür mangelte, womit wir wieder im Bereich der Beweisausforschung wären.

Was ist nun aber die Konsequenz aus diesem Einsatz? Es handelt sich um einen rechtswidrigen Einsatz und die daraus gewonnenen Erkenntnisse unterliegen einem Beweisverwertungsverbot gemäss Art. 289 Abs. 6, resp. Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO. Nun stellt sich die Frage der Fernwirkung dieses Beweisverwertungsverbots nach Art. 141 Abs. 4: Ermöglicht ein unverwertbarer Beweis die Erhebung weiterer Beweise (im Fall Holenweger waren es die Erkenntnisse des danach eingesetzten V-Mannes Diemer), so sind auch diese unverwertbar, wenn sie ohne die vorhergegangene Beweiserhebung, also den Einsatz von Ramos, nicht möglich gewesen wären, was das Bundesstrafgericht offenbar so angenommen hat. Das Bundesgericht hat allerdings die Tendenz, hier sehr grosszügig mit den Ermittlungsbehörden zu sein, wie der Fall 133 IV 329 zeigt: Dort ging es um einen Zufallsfund aus einer Telefonkontrolle, dessen Verwertung die Staatsanwaltschaft nicht bewilligen liess. Durch den Zufallsfund wurde die Lieferantin der Zielperson, eines kleineren Drogenhändlers, bekannt und ins Verfahren mit einbezogen. Das Bundesgericht argumentierte, auf die Lieferantin wäre man ohnehin gestossen, da im Rahmen einer Observation der Zielperson beobachtet worden sei, wie die Lieferantin in dessen Auto stieg. Deshalb hätte die Polizei ohnehin die Verfolgung dieser Person aufgenommen, auch wenn sie noch gar nicht als Lieferantin der Zielperson bekannt war, und wäre somit auf jeden Fall auf sie gestossen. Das ist reichlich spekulativ. Ob die Polizei diese Person verfolgt hätte, wäre davon abhängig gewesen, ob sie genügend Personal zur Verfügung hatte, um die Observation aufzuteilen, und ob sie in dieser Situation davon ausgegangen wäre, es handle sich um die Lieferantin. Hätte sie nämlich angenommen, diese Person sei bloss eine Kundin der Zielperson, dann hätte man die Verfolgung wohl kaum aufgenommen. Dieser Fall gab dem Bundesgericht Anlass zu seiner *conditio-sine-qua-non*-Rechtsprechung: Nur wenn der unverwertbare Beweis eine *conditio sine qua non* für das Auffinden der weiteren Beweise ist, nur dann gilt die Fernwirkung (diese These stammt von Prof. Niklaus Schmid). Wäre man aber auch auf anderem Weg und ohne Kenntnis des unverwertbaren Bewei-

ses auf die Folgebeweise gestossen, dann sind diese verwertbar. Der Spekulation ist damit Tür und Tor geöffnet.

8. Schlussbemerkung

Bereits diese kleine und keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheischende Auswahl von aktuellen Entscheiden zeigt, dass vieles

an der StPO noch unklar ist und der Klärung durch das Bundesgericht harrt. Anderes bleibt unklar und bedarf dringend der Klärung durch den Gesetzgeber, die wohl auch nicht allzu lange auf sich warten lassen wird. Für Diskussionsstoff ist in nächster Zeit sicher gesorgt. ■

Roland Pfäffli* und Daniela Byland**

Revision des Immobiliarsachenrechts: Wissenswertes für die Anwaltschaft

Stichworte: Immobiliarsachenrecht, Stockwerkeigentum, Miteigentum, Dienstbarkeiten, Grundpfandrechte, Register-Schuldbrief, Bauhandwerkerpfandrecht, Grundbuch, Anwalt, Gericht

*Der vorliegende Beitrag*** befasst sich mit der Revision des Immobiliarsachenrechts, welches zusammen mit der total revidierten Grundbuchverordnung am 1. Januar 2012 in Kraft treten wird. Er vermittelt eine Gesamtübersicht und befasst sich mit speziellen Fragen der Anwaltschaft.*

I. Einführung

Am 11. Dezember 2009 wurde eine Teilrevision des Immobiliarsachenrechts von den eidgenössischen Räten beschlossen. Diese Gesetzesrevision¹, die voraussichtlich am 1. Januar 2012 zusammen mit der total revidierten Verordnung betreffend das Grundbuch in Kraft treten wird, basiert auf einer Idee eines bernischen Notars², welche von Ständerat FRITZ SCHIESSER (Glarus) aufgenommen und in der Folge als Motion am 19. März 1998³ im Stände-

rat eingereicht wurde. Er verlangte vom Bundesrat eine Vorlage, mit welcher der Schuldbrief als (papierloses) Registerpfand ausgestaltet wird. Es ging dem Motionär nicht darum, den Schuldbrief als Grundpfandrechtsart abzuschaffen, sondern – neben dem üblichen Papier-Schuldbrief – ein zusätzliches zeitgemässes Instrument zu schaffen, welches den Anforderungen des modernen Rechtsverkehrs entspricht.

Die Gelegenheit wurde benutzt, um weitere Institute des Sachenrechts zeitgemäss anzupassen, beispielsweise im Bereich des Stockwerkeigentums, des Dienstbarkeitsrechts und des Bauhandwerkerpfandrechts. Auch wurden die Weichen gestellt, damit das Grundbuch vermehrt seine Funktion als Bodeninformationssystem erfüllen kann. Zudem konnte auch den Anliegen aus der Praxis Rechnung getragen werden.

Die nachfolgenden Ausführungen vermitteln die Gesetzesrevision in einem Gesamtüberblick sowie einzelne Fragen, welche auf den Tätigkeitsbereich der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte gerichtet sind.

II. Eigentum

1. Richterliche Massnahmen

Es kann sich eine Situation ergeben, dass ein im Grundbuch eingetragener Eigentümer (als natürliche Person) sich nicht mehr identifizieren lässt. In einem solchen Fall kann das Gericht die erforderlichen Massnahmen in Bezug auf das Grundeigentum anordnen. Insbesondere kann das Gericht einen Vertreter ernennen und den Umfang der Vertretungsmacht festlegen (vgl. neuArt. 666a ZGB).

Eine ähnliche Vorschrift ist für juristische Personen vorgesehen, sofern diese nicht mehr über die vorgeschriebenen Organe verfügen. Auch hier kann das Gericht die erforderlichen grundstücksbezogenen Massnahmen anordnen (vgl. neuArt. 666b ZGB).

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

** MLaw, Notarin, Zollikofen.

*** Es handelt sich um eine leicht gekürzte, aber für die Leserschaft ergänzte und erweiterte Fassung der Publikation «Sachenrecht und Notar: Neuerungen», welche in der Zeitschrift «Der bernische Notar» 2011, S. 73 ff. erschienen ist. Wir danken dem Verband bernischer Notare und dem Redaktor der Zeitschrift, Kollege Martin Bichsel, Rubigen, für die Erlaubnis zur vorliegenden Publikation. Die nachfolgenden Ausführungen basieren zudem auf folgenden Aufsätzen: ROLAND PFÄFFLI, Zur Revision des Dienstbarkeitsrechts, ZBGR 2006, S. 31 ff.; ROLAND PFÄFFLI, Dienstbarkeiten: Neuerungen mit besonderer Berücksichtigung des Bereinigungsverfahrens, ZBGR 2010, S. 357 ff.; ROLAND PFÄFFLI/DANIELA BYLAND, Zur Revision des Immobiliarsachenrechts, SJZ 2011, S. 225 ff.

Für die Kontrolle der Druckfahnen danken wir MLaw Dominique Schliessbach, Belp, und Jürg Stauffer, Dienstchef beim Grundbuchamt Oberland, Thun.

1 Vgl. den Beschluss der Bundesversammlung vom 11.12.2009 (Bundesblatt 2009, S. 8779 ff.).

2 Vgl. dazu ROLAND PFÄFFLI/DANIELA BYLAND, Neues Immobiliarsachenrecht vom Parlament beschlossen, Jusletter vom 14.12.2009, Rz 3 bis 8.

3 Vgl. Motion Nr. 98.3131 (Änderung des ZGB/Ausgestaltung des Schuldbriefes als Registerpfandrecht); vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1998, S. 575 f.

In beiden Fällen ist gemäss Art. 29 Abs. 4 ZPO das Gericht am Ort des Grundstücks zuständig⁴.

2. Miteigentum

Gemäss Art. 647 Abs. 1 ZGB können heute die Miteigentümer eine von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Nutzungs- und Verwaltungsordnung vereinbaren und im Grundbuch anmerken lassen, wobei gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht nur die Vereinbarung, sondern auch die Abänderung dieser Ordnung der Mitwirkung sämtlicher Miteigentümer bedarf, und zwar selbst dann, wenn das Reglement die Abänderbarkeit durch Mehrheitsbeschluss vorsieht⁵.

Neu können die Miteigentümer vereinbaren, dass mit Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer die Nutzungs- und Verwaltungsordnung geändert werden kann (neuArt. 647 Abs. 1 ZGB), wobei eine Änderung von Bestimmungen über die Zuteilung ausschliesslicher Nutzungsrechte der Zustimmung der direkt betroffenen Miteigentümer bedarf (neuArt. 647 Abs. 1^{bis} ZGB).

Die Rechtsgrundlage für die Anmerkung der Nutzungs- und Verwaltungsordnung im Grundbuch findet sich nach der Revision in neuArt. 649a Abs. 2 ZGB. Daneben können neu auch die von der Miteigentümergeinschaft gefassten Verwaltungsbeschlüsse sowie die gerichtlichen Urteile und Verfügungen im Grundbuch angemerkt werden (Art. 649a Abs. 1 in Verbindung mit neuArt. 649a Abs. 2 ZGB). Die Anmerkungen haben deklaratorischen Charakter. Massgebend sind die jeweils aktuellen Reglemente, Beschlüsse usw.

Die Aufhebung von Miteigentum kann neu auf höchstens 50 Jahre vereinbart werden (bisher 30 Jahre), wobei die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung und die Vormerkung im Grundbuch nicht geändert haben (neuArt. 650 Abs. 2 ZGB).

3. Stockwerkeigentum

Heute ist beim Stockwerkeigentum die Wertquote (Miteigentumsanteil am Grundstück) in Hundertsteln oder Tausendsteln anzugeben. Für grössere Stockwerkeigentümergeinschaften ist diese Unterteilung nicht geeignet. Es ist deshalb künftig möglich, die Wertquote in Bruchteilen anzugeben, wobei ein gemeinsamer Nenner zu wählen ist (neuArt. 712e Abs. 1 ZGB). Diese Regelung ermöglicht beispielsweise, dass bei drei gleichwertigen Einheiten auch gleich grosse Wertquoten angegeben werden können (je ein Drittel).

Die Aufhebung von Stockwerkeigentum ist grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 650 Abs. 1 ZGB). Nur in Ausnahmefällen, welche der Gesetzgeber genau umschreibt, ist eine Aufhebung möglich. Diese Ausnahmefälle wurden neu definiert und finden sich in neuArt. 712f Abs. 3 und 4 ZGB.

Beim Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft über die Verwaltung und Benutzung wird neu bestimmt, dass bei einer Änderung der reglementarischen Zuteilung ausschliesslicher Nut-

zungsrechte der betroffene Stockwerkeigentümer seine Zustimmung erteilen muss (neuArt. 712g Abs. 4 ZGB).

4. Anmerkungsgrundstücke⁶

Wenn das Eigentum an einem Grundstück (Beispiel: Zollikofen-Grundstück Nr. 250) dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks (Beispiel: Zollikofen-Grundstück Nr. 400) zusteht, so handelt es sich beim Grundstück Nr. 250 um ein Anmerkungsgrundstück. Das Grundstück Nr. 400 wird als Hauptgrundstück bezeichnet. Im ZGB finden sich heute bezüglich der Rechtswirkungen von Anmerkungsgrundstücken keine Bestimmungen. Einzig die grundbuchtechnische Ausgestaltung der Anmerkungsgrundstücke ist in Art. 32 GBV geregelt.

Der Gesetzgeber hat die Gelegenheit ergriffen, hier durch Einfügung eines neuen Artikels im ZGB eine Lücke zu schliessen⁷. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

Art. 655a ZGB: Unselbständiges Eigentum

¹ Ein Grundstück kann mit einem anderen Grundstück derart verknüpft werden, dass der jeweilige Eigentümer des Hauptgrundstücks auch Eigentümer des dazugehörenden Grundstücks ist. Dieses teilt das rechtliche Schicksal des Hauptgrundstücks und kann nicht gesondert veräussert, verpfändet oder belastet werden.

² Erfolgt die Verknüpfung zu einem dauernden Zweck, so können das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer und der Aufhebungsanspruch nicht geltend gemacht werden.

Der 2. Satz von Absatz 1 schreibt vor, dass das «dazugehörende Grundstück» nicht gesondert veräussert, verpfändet oder belastet werden kann. In der Tat kann bei einer sog. subjektiv-dinglichen Verknüpfung von zwei Grundstücken keine selbständige Veräusserung des «Anmerkungsgrundstücks» stattfinden. Eine Veräusserung des Hauptgrundstücks beinhaltet automatisch auch die Veräusserung des Anmerkungsgrundstücks. Dasselbe gilt auch bei der Verpfändung. Die Verpfändung des Hauptgrundstücks umfasst automatisch auch das Anmerkungsgrundstück⁸. Das Belastungsverbot muss allerdings relativiert werden. Es ist beispielsweise zulässig, eine Dienstbarkeitslast auf einem Anmerkungsgrundstück einzutragen, sofern dieses von der Dienstbarkeit örtlich betroffen ist, wie dies bei einem Wegrecht der Fall sein kann.

Beim Absatz 2 wird ein dauernder Zweck gefordert, damit das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer (Art. 682 Abs. 1 ZGB) und der Aufhebungsanspruch (Art. 650 Abs. 1 ZGB) nicht geltend gemacht werden können. In der Praxis wird heute davon

⁴ Vgl. LUCA TENCHIO, Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, Note 29 zu Art. 29 ZPO.

⁵ Vgl. BGE 103 Ib 76 = Praxis 1977 Nr. 114 = ZBGR 1980, S. 379; vgl. auch Art. 79 Abs. 4 GBV.

⁶ Zum Teil übernommen von ROLAND PFÄFFLI/DANIELA BYLAND, Neues Immobiliarsachenrecht vom Parlament beschlossen, Jusletter vom 14.12.2009, Rz 19 bis 24.

⁷ In der Botschaft vom 27. Juni 2007 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), Bundesblatt 2007, S. 5283 ff., war in dieser Hinsicht keine Regelung vorgesehen.

⁸ Vgl. HANS LEEMANN, Berner Kommentar, Note 6 zu Art. 805 ZGB; Mitteilung vom 3.5.1937 des Eidgenössischen Grundbuchamtes = ZBGR 1941, S. 282; ARTHUR LÜSCHER, Aktuelle Fragen aus dem Grundbuchrecht, BN 1968, S. 307 = ZBGR 1969, S. 93; ALFRED KELLENBERGER, Heutige Probleme der Grundbuchführung, ZBGR 1977, S. 6.

ausgegangen, dass bereits ein dauernder Zweck vorliegt, wenn eine Verknüpfung zweier Grundstücke im Sinne von unselbständigem Eigentum vorliegt⁹.

In Bezug auf die Entwidmung bzw. Umwidmung von Anmerkungsgrundstücken wurden keine Regelungen getroffen. Unseres Erachtens müsste die einseitige Umwidmung eines Miteigentumsanteils zugelassen werden, sofern der im Widmungsakt definierte Flächenperimeter der berechtigten Grundstücke nicht verändert wird. Beispiel: Mit dem Grundstück Nr. 250 ist ein Miteigentumsanteil von 1/10 des Weggrundstücks Nr. 150 subjektiv-dinglich verknüpft. Wird nun das Grundstück Nr. 250 in zwei Liegenschaften geteilt, so kann beispielsweise je ein Miteigentumsanteil von 1/20 des Grundstücks Nr. 150 mit dem Restgrundstück Nr. 250 bzw. mit dem neuen Grundstück subjektiv-dinglich verknüpft werden, ohne dass die übrigen Miteigentümer zustimmen müssen¹⁰.

5. Nachbarrecht

Zu den übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum des Nachbarn¹¹ gehören gemäss neuArt. 684 Abs. 2 ZGB nebst (wie bisher) den positiven Immissionen, welche im Gesetz zeitgemässer definiert werden (Einwirkungen durch Luftverunreinigung, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung oder Strahlung) auch neu die negativen Immissionen (Entzug von Besonnung oder Tageslicht).

Die negativen Immissionen wurden bereits vom Bundesgericht im Jahre 2000 als übermässige Einwirkung eingestuft. Es ging damals darum, dass der Lichtentzug und der Schattenwurf der Bäume die Lebensqualität auf einem Nachbargrundstück erheblich beeinträchtigten, so dass drei Fichten und zwei Lärchen entfernt werden mussten¹². Im Jahr 2009 hat das Bundesgericht diese Praxis bestätigt. In diesem Fall hatte ein Grundeigentümer zu Recht verlangt, dass sein Nachbar seine Thujahecke zurückschneide. Die Hecke erfüllte wohl die kantonalen Abstandsvorschriften. Sie verbarrikadierte jedoch fast vollständig die phantastische Sicht auf den Zugersee. Das Bundesgericht führt aus, dass die Beeinträchtigung durch Anpflanzungen nur in Ausnahmefällen übermässig im Sinne von Art. 684 ZGB sein kann, beispielsweise wenn eine besonders schöne Aussicht in schwerwiegender Weise eingeschränkt wird oder das Nachbargrundstück aufgrund einer besonderen Nutzungsart auf die Aussicht angewiesen ist, wie dies bei einem Hotelbetrieb der Fall sein kann¹³.

III. Dienstbarkeiten¹⁴

1. Form

Gemäss neuArt. 732 Abs. 1 ZGB bedarf jedes Rechtsgeschäft zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Somit unterliegt auch die Errichtung einer Eigentümerdienstbarkeit dieser Formvorschrift. Die öffentliche Beurkundung gilt sodann neu auch für das Rechtsgeschäft zur Errichtung einer Personaldienstbarkeit (vgl. den Verweis in Art. 781 Abs. 3 ZGB); ebenso die Übertragung einer Personaldienstbarkeit, sofern diese als übertragbar ausgestaltet worden ist (vgl. Art. 781 Abs. 2 ZGB). In allen Fällen ist nach wie vor der Eintrag der Dienstbarkeit im Grundbuch notwendig.

Entsprechend wurde auch die Bestimmung für die Errichtung eines selbständigen und dauernden Baurechts angepasst. Bisher war der Vertrag über die Begründung eines solchen Rechts öffentlich zu beurkunden (Art. 779a ZGB). Gemäss neuArt. 779a Abs. 1 ZGB ist künftig nicht nur jeder Vertrag, sondern jedes Rechtsgeschäft über die Errichtung eines Baurechts öffentlich zu beurkunden, d.h., auch jedes Eigentümerbaurecht unterliegt dieser Formvorschrift. Zudem spielt es keine Rolle, ob das Baurecht als Grunddienstbarkeit, als Personaldienstbarkeit (Art. 781 ZGB) oder als selbständiges und dauerndes Recht eingeräumt wird. Da jede Dienstbarkeit künftig ohnehin öffentlich zu beurkunden ist, wäre an sich die Bestimmung von neuArt. 779a Abs. 1 ZGB nicht notwendig gewesen. Aus diesem Grund wurde auch für die Begründung des Quellenrechts keine Vorschrift in Bezug auf die Form im Gesetz aufgenommen. Für die Begründung eines Quellenrechts ist heute (Art. 732 ZGB)¹⁵ und auch in Zukunft (neuArt. 732 ZGB) die allgemeine Bestimmung über die Form des Dienstbarkeitsvertrags massgebend. Demzufolge sind neu alle Quellenrechte öffentlich zu beurkunden.

Durch die öffentliche Beurkundung soll Rechtssicherheit geschaffen werden. Der Vertragstext wird von einer Urkundsperson formuliert, welche einer Rechtsbelehrungspflicht unterliegt. Damit soll für die Vertragsparteien verständlicher werden, worauf sie sich einlassen¹⁶. Im Weiteren dient diese Formvorschrift auch der Vorbeugung und Vermeidung von Auslegungsproblemen, welche sich oft erst viele Jahre nach der Dienstbarkeitserrichtung und einem Wechsel der beteiligten Parteien ergeben¹⁷. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP empfiehlt zudem, im Dienstbarkeitsvertrag den Zweck der Dienstbarkeit genau zu umschreiben¹⁸.

9 So beispielsweise ARTHUR LÜSCHER (Fn. 8), BN 1968, S. 307 = ZBGR 1969, S. 93, und ALFRED KELLENBERGER (Fn. 8), ZBGR 1977, S. 6.

10 Vgl. dazu ROLAND PFÄFFLI, BN 2000, S. 303 f., Ziffer 16; ROLAND PFÄFFLI, BN 2004, S. 324 f., Ziffer 24; ROLAND PFÄFFLI, BN 2010, S. 331, Ziffer 27.

11 Vgl. zum Ganzen JÖRG SCHMID, Die lieben Nachbarn – Komplikationen aus Immissionen, Schweizerische Baurechtstagung 2011, Freiburg 2010, S. 83 ff.

12 Vgl. Urteil Nr. 5C.19/2000 des Bundesgerichts vom 18.5.2000 = BGE 126 III 452 = ZBGR 2001, S. 321 = Sem. Jud. 2001 I, S. 12 = HEINZ REY in ZBJV 2002, S. 156 = CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN in «recht» 2001, S. 238; vgl. dazu auch das vorinstanzliche Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26.11.1999 = Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, BIZR 2001, S. 54.

13 Urteil Nr. 5A_415/2008 des Bundesgerichts vom 12.3.2009 = ZBGR 2010, S. 156.

14 Gekürzt übernommen und leicht ergänzt: ROLAND PFÄFFLI, Dienstbarkeiten: Neuerungen mit besonderer Berücksichtigung des Bereinigungsverfahrens, ZBGR 2010, S. 360 ff.

15 Vgl. HEINZ REY, Basler Kommentar, 2007, Note 22 zu Art. 780 ZGB.

16 Vgl. dazu auch HANSHEIRI IDERKUM (CVP, Uri), Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat 2008, S. 409 f. sowie Ständerat 2009, S. 935.

17 Vgl. dazu FABIENNE HOHL, Le contrôle de l'interprétation des servitudes par le Tribunal fédéral, ZBGR 2009, S. 73 ff.; DANIELA BYLAND, Die Auslegung von Dienstbarkeiten, Jusletter vom 8.9.2008; ROLAND PFÄFFLI, Das Bundesgericht und seine Praxis zum Dienstbarkeitsrecht, Jusletter vom 22.1.2007.

18 Vgl. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die Ermittlung des Zwecks einer Grunddienstbarkeit, SJZ 2006, S. 6 ff.

Von der öffentlichen Beurkundung ausgenommen ist die Errichtung von Dienstbarkeiten im Rahmen eines Erbteilungsvertrags. Hier ist weiterhin nebst Eigentumsänderungen an Grundstücken auch die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten oder von Vormerkungen in schriftlicher Form möglich (Art. 634 Abs. 2 ZGB)¹⁹. Besteht ein gesetzlicher Anspruch auf Einräumung einer Dienstbarkeit, wie dies beispielsweise beim Notwegrecht der Fall ist (Art. 694 ZGB), genügt bei einer rechtsgeschäftlichen (in der Praxis eher seltenen) Vereinbarung ebenfalls die Schriftlichkeit.

Übergangsrechtlich gilt Folgendes: Ein Dienstbarkeitsvertrag über ein Wegrecht, welcher vor dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision in einfacher Schriftlichkeit unterzeichnet worden ist, ist gültig, auch wenn er nach der Inkraftsetzung beim Grundbuchamt angemeldet wird. Erfolgt hingegen die Unterzeichnung nach dem Inkrafttreten, ist der Vertrag gemäss neuArt. 732 Abs. 1 ZGB öffentlich zu beurkunden²⁰.

Wird eine Dienstbarkeit, welche vor der Inkraftsetzung der Gesetzesrevision in einfach-schriftlicher Form errichtet wurde, nach der Inkraftsetzung geändert, so ist die Änderung öffentlich zu beurkunden.

2. Plan für das Grundbuch

Dem Grundbuchamt muss gemäss neuArt. 732 Abs. 2 ZGB ein Auszug aus dem «Plan für das Grundbuch» eingereicht werden, sofern sich die Ausübung einer Dienstbarkeit auf einen Teil des Grundstücks beschränkt und die örtliche Lage im Dienstbarkeitsvertrag nicht genügend bestimmbar umschrieben ist.

Gemäss Art. 7 Abs. 1 VAV²¹ ist der «Plan für das Grundbuch» ein aus den Daten der amtlichen Vermessung erstellter analoger oder digitaler graphischer Auszug, der als Bestandteil des Grundbuchs die Liegenschaften sowie die flächenmässig ausgeschiedenen selbständigen und dauernden Rechte und Bergwerke abgrenzt; ihm kommen die Rechtswirkungen im Grundbuch zu.

Wichtig ist, dass es sich um einen aktuellen Plan des Nachführungsgeometers handelt mit sichtbaren Grundstücksgrenzen und Grundstücksnummern. Die Einzeichnungen der Dienstbarkeiten in diesem Plan müssen nicht zwingend vom Nachführungsgeometer vorgenommen werden. Es handelt sich um Angaben, welche nicht im Vermessungswerk eingetragen werden. Die Einzeichnung durch die Parteien genügt.

Dieser Grundsatz von neuArt. 732 Abs. 2 ZGB hat sich in der Lehre und in der Praxis bereits heute erfolgreich durchgesetzt²².

19 Vgl. dazu ausführlich bei ROLAND PFÄFFLI, Der Ausweis für die Eigentums-eintragung im Grundbuch, Diss. St. Gallen 1999, Langenthal 1999, S. 82 ff. mit Hinweisen.

20 Vgl. ROLAND PFÄFFLI/DANIELA BYLAND, Professor Piotet bei den Berner Notaren, Jusletter vom 21.6.2010, Rz 12.

21 Verordnung über die amtliche Vermessung (SR 211.432.2).

22 Vgl. PETER LIVER, Zürcher Kommentar, Note 22 zu Art. 732 ZGB sowie Note 70 zu Art. 731 ZGB; Aus dem Verwaltungsbericht der Justizdirektion des Kantons Bern für das Jahr 1962, BN 1963, S. 193; ALFRED KELLENBERGER, Kreisschreiben Nr. 2 des Grundbuchamtes Bern vom 11.12.1969, BN 1970, S. 90, Ziffer 9; Handbuch der Justizdirektion des Kantons Bern für die praktizierenden Notare sowie die Grundbuchverwalter des Kantons Bern betreffend den Verkehr mit dem Grundbuchamt und der Grundbuchführung, Bern 1982, S. 26 f.; Art. 21 Abs. 3 Loi vaudoise

Der einzureichende Plan bezweckt, dass bei der Auslegung der Dienstbarkeit Meinungsverschiedenheiten beseitigt werden können (Rechtssicherheit). Andererseits schafft der Plan Klarheit für eine korrekte Bereinigung einer nachfolgenden Parzellierung des belasteten Grundstücks.

3. Mehrere Dienstbarkeitsberechtigte²³

Sind mehrere Berechtigte gestützt auf dieselbe Dienstbarkeit an einer gemeinschaftlichen Vorrichtung beteiligt und ist nichts anderes vereinbart, so sind die für die Miteigentümer geltenden Regelungen sinngemäss anwendbar (neuArt. 740a Abs. 1 ZGB). Es ist demzufolge möglich, in solchen Fällen eine Nutzungs- und Verwaltungsordnung gemäss Art. 647 Abs. 1 ZGB zu vereinbaren und diese im Grundbuch anmerken zu lassen²⁴.

Zudem kann in öffentlicher Urkunde vereinbart werden, dass das Ausscheiden aus der Gemeinschaft (der Dienstbarkeitsberechtigten) für höchstens 30 Jahre ausgeschlossen ist (neuArt. 740a Abs. 2 ZGB). Eine solche Vereinbarung kann im Grundbuch vorgemerkt werden²⁵. Praktische Bedeutung: Grundsätzlich kann jeder Dienstbarkeitsberechtigte einseitig auf sein Recht verzichten²⁶. Damit kann er sich seiner Verpflichtungen zum Unterhalt einer Vorrichtung entledigen. Bei gemeinschaftlichen Vorrichtungen kann das dazu führen, dass eine auf die Bedürfnisse mehrerer berechtigter Grundstücke ausgerichtete Vorrichtung (z.B. gemeinschaftliche Heizanlage) nur noch von ein paar übrig gebliebenen Dienstbarkeitsberechtigten genutzt wird. Diese haben dann inskünftig die Unterhaltskosten für den Betrieb der nun überdimensionierten Anlage allein zu tragen, was als unbillig erscheint. Aus diesem Grund können die Dienstbarkeitsberechtigten untereinander vereinbaren, das Ausscheiden während einer bestimmten Dauer, höchstens aber 30 Jahren, zu unterlassen²⁷. Während dieser Zeit ist eine Löschung der Dienstbarkeit durch den Berechtigten nicht zulässig.

4. Nebensächliche Verpflichtungen²⁸

Eine Dienstbarkeit hat ein Dulden oder ein Unterlassen zum Inhalt (Art. 730 Abs. 1 ZGB). Eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen kann mit einer Dienstbarkeit nur nebensächlich verbunden sein (Art. 730 Abs. 2 ZGB). Gemäss neuArt. 730 Abs. 2

sur le registre foncier, le cadastre et le système d'information sur le territoire; Entscheid Nr. 32.13–06.45 der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 6.11.2006, BN 2007, S. 69; Urteil Nr. 5A_641/2008 des Bundesgerichts vom 8.1.2009 Erw. 4.1 = ZBGR 2009, S. 308, Erw. 4.1.

23 Vgl. dazu auch BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/PAUL-HENRI STEINAUER, Das neue Immobiliarsachenrecht – ein Überblick/Les nouveaux droits réels immobiliers – un aperçu, «Baurecht» 2010, S. 12.

24 In einem solchen Fall ist bei der Anmerkung darauf hinzuweisen, dass sich diese auf die entsprechende Dienstbarkeit bezieht.

25 In einem solchen Fall ist bei der Vormerkung darauf hinzuweisen, dass sich diese auf die entsprechende Dienstbarkeit bezieht.

26 Vgl. dazu Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 21.7.1978 = ZBJV 1980, S. 445 = ZBGR 1982, S. 227; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1.3.1984 = ZBGR 1985, S. 327.

27 Vgl. Botschaft (Fn. 7), S. 5311.

28 Vgl. dazu auch BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 23), «Baurecht» 2010, S. 12.

ZGB ist eine solche Verpflichtung für den Erwerber des berechtigten oder belasteten Grundstücks nur verbindlich, wenn sie sich aus dem Eintrag im Grundbuch ergibt. Die blosser Erwähnung in den Belegen (namentlich im Dienstbarkeitsvertrag) genügt nicht²⁹. Mit anderen Worten: Das Stichwort im Grundbuch muss diese Verpflichtung klar zum Ausdruck bringen. Beispiel: «Benutzungsrecht mit Nebenleistungspflicht».

Diese Gesetzesänderung beruht auf einem Bundesgerichtsentscheid vom 11. Mai 1998³⁰. Hier ging es gemäss dem Grundbucheintrag (Stichwort) um ein «Zu- und Vorfahrtsrecht» in der Gemeinde Ringgenberg (Kanton Bern). Zudem wurde die Übernahme der Kosten an den Bau der Zufahrtsstrasse geregelt, was mit der Dienstbarkeit nebensächlich verbunden wurde, jedoch im Hauptbuch (Stichwort) nicht ersichtlich war. Demzufolge hatte diese Vereinbarung bloss obligationenrechtlichen Charakter (unter den Vertragsparteien) und entfaltete keine Bindung für den jeweiligen Eigentümer des betroffenen Grundstücks. Zudem hatte in diesem Fall der Dienstbarkeitsberechtigte die Nebenleistungspflicht zu leisten, was mit einer Dienstbarkeit im heutigen Recht nicht vereinbar ist³¹.

Durch die Gesetzesänderung ist es jedoch möglich, dass künftig (neben dem Dienstbarkeitsbelasteten) auch der Berechtigte eine Nebenleistungspflicht übernehmen kann, welche – wenn im Grundbucheintrag (Stichwort) erwähnt – für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks verbindlich ist. Diese Aussage wird belegt durch die Formulierung von neuArt. 730 Abs. 2 ZGB, wo die Verbindlichkeit für den Erwerber des berechtigten oder belasteten Grundstücks ausdrücklich festgehalten wird.

Nicht zu den Nebenleistungspflichten gehören die Vereinbarungen über die Tragung von Unterhaltslasten gemäss neuArt. 741 ZGB.

Übergangsrechtlich wird in neuArt. 21 Abs. 2 SchlT ZGB festgehalten, dass mit Dienstbarkeiten nebensächlich verbundene Verpflichtungen, die vor dem 1. Januar 2012³² im Grundbuch eingetragen wurden und sich nur aus den Grundbuchbelegen ergeben (ohne ausdrücklichen Eintrag im Grundbuch), gegenüber Dritten weiterhin geltend gemacht werden können, sofern sich diese in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen. Diese übergangsrechtliche Bestimmung ist gemäss ALFRED KOLLER nicht über alle Zweifel erhaben. Seines Erachtens «folgt aus Art. 738 und 973 Abs. 1 ZGB, dass eine nicht im Grundbuch aufscheinende positive Leistungspflicht einem Dritten de lege lata nur entgegengehalten werden kann, wenn er sie gekannt hat oder hätte kennen müssen. Dabei ist zu beachten, dass grundsätzlich

keine Pflicht besteht, in die Belege Einsicht zu nehmen. Wer daher die Einsichtnahme in die Belege unterlässt, muss sich im Allgemeinen Diskrepanzen zwischen Dienstbarkeitsvertrag und Grundbucheintrag nicht entgegenhalten lassen»³³.

5. Unterhaltungspflicht

Gehört zur Ausübung einer Dienstbarkeit eine Vorrichtung, so hat sie der Berechtigte zu unterhalten (Art. 741 Abs. 1 ZGB). Dient die Vorrichtung auch den Interessen des Belasteten, so tragen beide die Last des Unterhalts im Verhältnis ihrer Interessen (neuArt. 741 Abs. 2 ZGB). Diese Bestimmung ist durch einen weiteren Satz ergänzt worden (neuArt. 741 Abs. 2 ZGB), der wie folgt lautet: «Eine abweichende Vereinbarung ist für den Erwerber des berechtigten und den Erwerber des belasteten Grundstücks verbindlich, wenn sie sich aus den Belegen des Grundbuchs erschliessen lässt».

Mit anderen Worten: Eine von der gesetzlichen Kostenverteilung abweichende Vereinbarung über den Unterhalt einer Vorrichtung zur Ausübung einer Dienstbarkeit muss für die Verbindlichkeit gegenüber den jeweiligen Eigentümern der berechtigten bzw. belasteten Grundstücke ihren Niederschlag nicht im Grundbucheintrag (Stichwort), sondern in den Grundbuchbelegen haben. Dies im Unterschied zu den Verpflichtungen zur Vornahme von Handlungen, welche gemäss neuArt. 730 Abs. 2 ZGB mit einer Dienstbarkeit nebensächlich verbunden sind.

6. Baurecht

Wie oben bereits erwähnt, musste bisher «nur» der Vertrag über die Begründung eines selbständigen und dauernden Baurechts öffentlich beurkundet werden. Neu gilt diese Formvorschrift für alle Rechtsgeschäfte in diesem Zusammenhang, somit auch für das Eigentümerbaurecht (neuArt. 779a Abs. 1 ZGB).

Umstritten ist heute die Rechtsnatur der Baurechtszinsforderung bzw. die Frage, in welcher Form ein ursprünglich vereinbarter Baurechtszins geändert werden kann³⁴. Neu ist vorgeschrieben, dass der Baurechtszins (und demzufolge auch seine Abänderung³⁵) in öffentlicher Urkunde festzusetzen ist, sofern der Baurechtszins im Grundbuch vorgemerkt wird (neuArt. 779a Abs. 2 ZGB). Diese Formvorschrift gilt auch für weitere vertragliche Bestimmungen des Baurechtsvertrags, welche im Grundbuch vorgemerkt werden (vgl. auch neuArt. 779b Abs. 2 ZGB).

29 Vgl. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 23), «Baurecht» 2010, S. 12.

30 Vgl. BGE 124 III 289 = ZBGR 1999, S. 197 mit kritischer redaktioneller Bemerkung von JÜRGEN SCHMID, S. 200 = HEINZ REY in ZBJV 1999, S. 261 = BN 1999, S. 108 = JÜRGEN SCHMID in «Baurecht» 1999, S. 68, Nr. 89. Im Übrigen wird verwiesen auf die diesbezügliche Richtlinie des Eidgenössischen Amtes für Grundbuch- und Bodenrecht vom 22.3.1999 = ZBGR 1999, S. 204 = BN 1999, S. 112.

31 Vgl. HEINZ REY, Berner Kommentar, Note 150 zu Art. 730 ZGB.

32 Es wird hier davon ausgegangen, dass die Revision des Immobiliarsachenrechts am 1. Januar 2012 in Kraft treten wird. Andernfalls wäre das Datum entsprechend anzupassen.

33 ALFRED KOLLER, Dienstbarkeiten als Gegenstand von Nachbarstreitigkeiten, AJP 2010, S. 354.

34 Vgl. dazu die verschiedenen Lehrmeinungen bei ROLAND PFÄFFLI, Rechtsprechung und ausgewählte Rechtsfragen 1992, BN 1992, S. 491, Ziffer 30. In einem aktuellen Urteil hat das Bundesgericht entschieden, dass der Baurechtszins nicht zu den objektiv wesentlichen Punkten gehört, welche öffentlich zu beurkunden sind (Urteil Nr. 5A_251/2010 des Bundesgerichts vom 19.11.2010; vgl. dazu die kritischen Bemerkungen von ALFRED KOLLER in Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2011, S. 423 und von JÜRGEN SCHMID, ZBJV 2011, S. 392).

35 Basiert die Änderung jedoch auf einer Formel, welche die Bestimmbarkeit des Baurechtszinses ohne Weiteres zulässt (z.B. Anpassung jeweils alle fünf Jahre gestützt auf die Änderung beim Index der Konsumentenpreise), ist die Anpassung nicht notwendigerweise vorzumerken.

Künftig kann somit nicht nur (wie bisher) die Aufhebung oder Abänderung des gesetzlichen Vorkaufsrechts (Art. 682 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 681b Abs. 1 ZGB) im Grundbuch vorgemerkt werden, sondern (neu) auch der Baurechtszins und weitere vertragliche Bestimmungen³⁶ des Baurechtsvertrags (neuArt. 779a Abs. 2 und neuArt. 779b Abs. 2 ZGB). Die Vormerkung hat Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht und ist für den jeweiligen Eigentümer verbindlich.

Eine mögliche Vormerkung wird wohl die bereits heute anerkannte Übertragungsbeschränkung sein. Es ist zulässig, eine gewisse Einschränkung der Übertragbarkeit beim selbständigen und dauernden Baurecht zu vereinbaren³⁷, beispielsweise für den Fall, dass die obligationenrechtlichen Verpflichtungen des Bauberechtigten vom Erwerber nicht übernommen werden oder dass mangelnde Kreditwürdigkeit des Erwerbers besteht³⁸. Sofern eine zulässige Übertragungsbeschränkung vereinbart wurde, hat diese rein obligationenrechtliche Wirkung unter den Vertragsparteien³⁹. Der Grundbuchverwalter hat bei der Anmeldung einer Baurechtsübertragung daher nicht zu prüfen, ob die vorbehaltene Zustimmung zur Handänderung erteilt worden ist. Er hat den Grundbucheintrag ohne weiteres zu vollziehen, sofern alle anderen Eintragungsvoraussetzungen erfüllt sind. Hingegen bewirkt die neue Vormerkung, dass der Grundbuchverwalter dem Grundeigentümer die Eigentumsänderung anzuzeigen hat (Mitteilungspflicht gemäss Art. 969 ZGB). Heute besteht nur im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Vorkaufsrecht (Art. 682 Abs. 2 ZGB) eine Mitteilungspflicht gemäss Art. 969 ZGB seitens des Grundbuchamts an den Grundeigentümer.

In der Praxis wird man kaum eine Differenzierung zwischen den einzelnen Vertragsbestimmungen machen, so dass wohl der ganze Baurechtsvertrag (als Einheit) im Grundbuch vorgemerkt wird.

7. Dienstbarkeitsbereinigung

a. Grundsätze⁴⁰

Unter dem Begriff «Dienstbarkeitsbereinigung» ist die Zuordnung der bestehenden (im Grundbuch eingetragenen) Dienstbarkeiten bei der Parzellierung oder bei der Vereinigung von Grundstücken zu verstehen. Bei einer Parzellierung handelt es sich um eine Teilung einer Liegenschaft, wobei der abgetrennte Teil als neue selbständige Liegenschaft im Grundbuch aufgenommen wird. Eine Vereinigung liegt dann vor, wenn mindestens zwei benachbarte (im Eigentum der gleichen Person stehende) Liegenschaften, welche wenigstens einen gemeinsamen Berührungspunkt haben, zu einer Liegenschaft vereinigt werden.

Als Abtrennung bezeichnet man eine Liegenschaftsteilung dann, wenn für das abgetrennte Teilstück keine selbständige Liegenschaft entsteht und somit kein neues Hauptbuchblatt angelegt wird, weil dieser Teil gleichzeitig einer andern, schon bestehenden Liegenschaft zugeschrieben wird. Das Gegenstück zur Abtrennung nennt man Zuschreibung, d.h. die Vereinigung eines Liegenschaftsteils mit einem Nachbargrundstück. Dieser Vorgang wird auch Zumarchung genannt.

Die bereits heute durch die Rechtsprechung⁴¹ geprägte Bereinigungspflicht findet nun ihren Niederschlag im Gesetz. In neuArt. 974a Abs. 1 und 2 ZGB werden die Pflichten des Eigentümers in Bezug auf die Bereinigung umschrieben. In Abs. 1 wird festgehalten, dass eine Bereinigung vorgenommen werden muss⁴², welche zwingend einen konkreten Antrag des Eigentümers (gegenüber dem Grundbuchamt) zu enthalten hat (Abs. 2). Fehlt eine solche Bereinigung, hat das Grundbuchamt die Anmeldung abzuweisen. Dasselbe gilt, wenn pauschal die Übertragung sämtlicher Rechte und Lasten auf alle Teilstücke beantragt wird⁴³.

Es ist somit unerlässlich, dass man bei einer Parzellierung oder Grundstückvereinigung die Begründungsbelege der Dienstbarkeiten eingehend überprüft und gegenüber dem Grundbuchamt konkrete Anträge stellt. Jede Dienstbarkeit ist einzeln zu bereinigen. Dem Grundbuchamt muss angegeben werden, welche Dienst-

36 Der Wortlaut von neuArt. 779a Abs. 2 ZGB ist hier zu präzisieren. Ohne Zweifel können bei einem Eigentümerbaurecht auch einseitige Bestimmungen vorgemerkt werden.

37 Sofern jedoch bei einem selbständigen und dauernden Baurecht die Übertragbarkeit des Baurechts in dem Sinne eingeschränkt wird, dass eine solche generell (in jedem Fall) der schriftlichen Genehmigung durch den Grundeigentümer bedarf, liegt kein selbständiges Recht im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Ziffer 1 GBV vor.

38 Vgl. BGE 72 I 233 = Praxis 1946 Nr. 174 = ZBGR 1947, S. 54 = THEO GUHL, ZBJV 1947, S. 491; Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern, Justizkommission, vom 9.5.1989 = LGVE 1989 I Nr. 7; Entscheid Nr. 2912/87 der Justizdirektion des Kantons Bern vom 4.1.1990 = Kurzfassung in BN 1990, S. 123, Ziffer 34; PETER R. ISLER, Basler Kommentar, 2007, Noten 28 und 29 zu Art. 779 ZGB.

39 Vgl. Urteil Nr. 5A_614/2008 des Bundesgerichts vom 26.11.2008 = BGE 135 III 103 = JdT 2009 I, S. 201 = ROLAND PFÄFFLI/DANIELA BYLAND, Jusletter vom 9.2.2009 = ALFRED KOLLER, Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2009, S. 369 = JÖRG SCHMID, «Baurecht» 2009, S. 61 Nr. 133; vgl. dazu auch die beiden (im Ergebnis gleich lautenden) vorinstanzlichen Entscheide: Urteil Nr. 100.2007.23096 des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16.7.2008 = BVR 2009, S. 63 bzw. Entscheid Nr. 32.13–06.146 der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 9.8.2007. Zum Ganzen vgl. auch DOMINIK BACHMANN, Verfügungsbeschränkungen bei gebuchten selbständigen und dauernden Rechten, insbesondere Baurechten, Diss. Zürich 1993, S. 61 f.

40 Vgl. ROLAND PFÄFFLI, Die Auslegung von Dienstbarkeiten, «Baurecht» 2008, S. 59.

41 Vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 27.6.1989, AGVE 1989, S. 99; Entscheid des Departements des Innern des Kantons Aargau vom 1.12.1994 = AGVE 1995, S. 529 = ZBGR 1997, S. 332; Entscheid Nr. 3316/80 der Justizdirektion des Kantons Bern vom 17.2.1984 = Kurzfassung von ROLAND PFÄFFLI, BN 1984, S. 420/421, Ziffer 28; Entscheid Nr. 99.00850 der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 2.8.1999 = BN 2000, S. 230 = ZBGR 2001, S. 211; Entscheid der Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen des Kantons Luzern vom 20.10.1997 = LGVE 1997 I Nr. 19; Weisungen der Justizkommission des Kantons Luzern vom 4.12.1963, Maximen XI, Nr. 227 = ZBGR 1966, S. 59 ff.; Kreisschreiben an die Urkundspersonen und die Grundbuchämter des Departements des Innern des Kantons Aargau vom 2.12.1980 betreffend die Behandlung der Dienstbarkeiten, Grundlasten, An- und Vormerkungen bei Parzellierungen und Vereinigungen; Handbuch der Justizdirektion des Kantons Bern (Fn. 22), S. 29 f.; HANS WALTISBERG, Die Vereinigung von Liegenschaften im Privatrecht, Diss. Freiburg 1996, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg/Schweiz, Band 154, S. 62 f.

42 Die Bereinigung umfasst nicht nur die Dienstbarkeiten, sondern auch die Vormerkungen und Anmerkungen.

43 Vgl. Botschaft (Fn. 7), S. 5334.

barkeiten auf die entsprechenden Grundstücke bzw. Grundstücksteile zutreffen⁴⁴. Dies setzt allerdings voraus, dass in den Dienstbarkeitsverträgen die örtliche Lage der Dienstbarkeit genügend bestimmbar umschrieben ist, was am besten mit einem Auszug aus dem «Plan für das Grundbuch» vorgenommen wird (vgl. neuArt. 732 Abs. 2 ZGB).

Bezüglich der heute geltenden Vorschriften zur Dienstbarkeitsbereinigung wird verwiesen auf die Ausführungen anlässlich der Schweizerischen Grundbuchverwalter-Tagung 2005⁴⁵. Die Einzelheiten der neuen Konzeption wurden an der letztjährigen Schweizerischen Grundbuchverwalter-Tagung vorgestellt. Es wird auf die diesbezügliche Publikation verwiesen⁴⁶.

b. Verfahren

Die bisherigen Verfahrensvorschriften (Art. 743 und 744 ZGB sowie Art. 91 und 92 GBV)⁴⁷ werden aufgehoben. Das neue Bereinigungsverfahren richtet sich nach den Vorschriften über die Löschung und Änderung der Grundbucheinträge (vgl. neuArt. 743 Abs. 3 ZGB und neuArt. 974a Abs. 3 ZGB). Sofern die Löschung von Dienstbarkeiten beantragt wird, prüft das Grundbuchamt das Begehren.

Erachtet das Grundbuchamt den Antrag für nicht begründet, so weist es diesen ab (im Rahmen einer Abweisung oder Teilabweisung)⁴⁸. Hält das Grundbuchamt das Begehren jedoch für begründet, so teilt es der berechtigten Person mit, dass es den Eintrag löschen wird, wenn sie nicht innert 30 Tagen beim Grundbuchamt dagegen Einspruch erhebt (neuArt. 976a Abs. 2 ZGB). Erfolgt kein Einspruch, wird die Löschung im Grundbuch vollzogen.

Erhebt die berechtigte Person jedoch Einspruch, so prüft das Grundbuchamt das Begehren um Löschung (auf Antrag der belasteten Person) erneut (neuArt. 976b Abs. 1 ZGB). Kommt der Grundbuchverwalter zum Schluss, dass dem Begehren trotz Einspruchs zu entsprechen ist, so teilt er der berechtigten Person mit, dass er den Eintrag im Hauptbuch löschen wird, wenn sie nicht innert drei Monaten beim Gericht auf Feststellung klagt, dass der Eintrag eine rechtliche Bedeutung hat (neuArt. 976b Abs. 2 ZGB). Diese Lösungsandrohung ist eine Verwaltungsverfügung, welche vom Grundbuchamt begründet werden muss, zumal der berechtigten Person die Klägerrolle zugewiesen wird und sie deshalb wissen muss, aus welchen Gründen das Grundbuchamt das Lösungsbegehren als berechtigt erachtet. Die Vertauschung der Parteirollen hat keine Auswirkungen auf die Beweislastverteilung. Im Zivilprozess ist es nach wie vor an der belasteten Person, zu beweisen, dass der Eintrag nach den Belegen oder den Umständen jede rechtliche Bedeutung verloren hat oder das Grundstück nicht betreffen kann⁴⁹.

c. Öffentliches Bereinigungsverfahren

Haben sich in einem bestimmten Gebiet die Verhältnisse tatsächlich oder rechtlich verändert und ist deswegen eine grössere Zahl von Dienstbarkeiten, Vor- oder Anmerkungen ganz oder weitgehend hinfällig geworden oder ist die Lage nicht mehr bestimmbar, so kann die vom Kanton bezeichnete Behörde die Bereinigung in diesem Gebiet anordnen (neuArt. 976c Abs. 1 ZGB). Diese Anordnung ist im Grundbuch auf den betroffenen Grundbuchblättern anzumerken (neuArt. 976c Abs. 2 ZGB). Im Übrigen regeln die Kantone das Verfahren. Sie sind auch befugt, die Bereinigung weiter zu erleichtern oder gar vom Bundesrecht abweichende Vorschriften zu erlassen (neuArt. 976c Abs. 3 ZGB). Als erster Kanton hat der Kanton Waadt entsprechende Ausführungsbestimmungen erlassen⁵⁰. Der Grosse Rat des Kantons Bern hat am 16. Juni 2011 ein öffentliches Bereinigungsverfahren beschlossen (neuArt. 129 ff. BE/EG ZGB), welches gleichzeitig mit dem revidierten Immobiliarsachenrecht in Kraft treten wird.

8. Richterliche Massnahmen

Richterliche Massnahmen können angeordnet werden, wenn der Berechtigte einer Dienstbarkeit sich nicht (mehr) eindeutig identifizieren lässt oder unauffindbar ist. Ebenso wenn eine juristische Person (als Dienstbarkeitsberechtigte) nicht mehr über die vorgeschriebenen Organe verfügt. Für solche Fälle gelten sinngemäss die neuen Bestimmungen über die richterlichen Massnahmen im Zusammenhang mit dem Grundeigentum, d.h. bei unauffindbarem Eigentümer bzw. bei Fehlen der vorgeschriebenen Organe eines Eigentümers (neuArt. 781a in Verbindung mit neuArt. 666a und neuArt. 666b ZGB).

In solchen Fällen ist gemäss Art. 29 Abs. 4 ZPO das Gericht am Ort des Grundstücks zuständig.

IV. Grundpfandrechte

1. Form

Gemäss neuArt. 779 Abs. 1 ZGB bedarf jedes Rechtsgeschäft zur Errichtung eines Grundpfandrechts zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Somit unterliegt auch die Errichtung eines Eigentümergrundpfandrechts dieser Formvorschrift. In allen Fällen ist nach wie vor der Eintrag des Grundpfandrechts im Grundbuch notwendig.

Von der öffentlichen Beurkundung ausgenommen ist die Errichtung von Grundpfandrechten im Rahmen eines Erbteilungsvertrags. Hier ist weiterhin nebst Eigentumsänderungen an Grundstücken auch die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten oder von Vormerkungen in schriftlicher Form möglich (Art. 634 Abs. 2 ZGB)⁵¹.

44 Vgl. PETER LIVER, Zürcher Kommentar, Noten 76 und 77 zu Art. 743 ZGB.

45 Vgl. ROLAND PFÄFFLI, Zur Revision des Dienstbarkeitsrechts, ZBGR 2006, S. 39 ff.

46 Vgl. ROLAND PFÄFFLI (Fn. 14), ZBGR 2010, S. 367 ff.

47 Vgl. ROLAND PFÄFFLI (Fn. 45), ZBGR 2006, S. 34 ff.

48 Denkbar ist auch eine Nachbesserung (unter Fristansetzung), wonach eine formelle Teillöschungsbeurteilung verlangt wird.

49 Vgl. Botschaft (Fn. 7), S. 5338.

50 Vgl. Code du 12 janvier 2010 de droit privé judiciaire vaudois (Art. 94).

51 Vgl. dazu ausführlich bei ROLAND PFÄFFLI, Der Ausweis für die Eigentums-eintragung im Grundbuch, Diss. St. Gallen 1999, Langenthal 1999, S. 82 ff. mit Hinweisen.

2. Pfandrechtsarten und ihre Ausgestaltung

Mit der Gesetzesrevision gibt es nur noch zwei Grundpfandrechtsarten: Den Schuldbrief und die Grundpfandverschreibung (neuArt. 793 Abs. 1 ZGB), wobei der Schuldbrief entweder (wie bisher) als Papier-Schuldbrief oder (neu) als Register-Schuldbrief ausgestaltet werden kann. Die Gült wird als Grundpfandrechtsart aufgehoben und wird noch im Übergangsrecht erwähnt (neuArt. 33a Abs. 1 SchlT ZGB).

Beim Schuldbrief wird nicht mehr vermutet, dass eine bereits bestehende Forderung mit der Schuldbrieferrichtung durch Neuierung (Novation) getilgt und durch die Schuldbriefforderung ersetzt wird (Art. 855 Abs. 1 ZGB). Mit der Gesetzesrevision wird durch den Schuldbrief eine persönliche Forderung begründet, die grundpfändlich sichergestellt ist (neuArt. 842 ZGB).

Beim Register-Schuldbrief wird kein Wertpapier ausgestellt. Er wird auf den Namen des Gläubigers oder des Grundeigentümers (Eigentümer-Schuldbrief) im Grundbuch eingetragen (neuArt. 857 Abs. 2 ZGB). Massgebend für das Gläubigerrecht ist der Eintrag im Grundbuch. Die Übertragung eines Register-Schuldbriefs erfolgt durch Eintragung des neuen Gläubigers (im Hauptbuch) aufgrund einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers (neuArt. 858 Abs. 1 ZGB).

Eine Verpfändung des Register-Schuldbriefs erfolgt durch eine schriftliche Erklärung des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers (neuArt. 859 Abs. 1 ZGB). Der Faustpfandgläubiger (Fahrnispfandgläubiger) wird in der Abteilung «Grundpfandrechte» im Grundbuch (Hauptbuch) eingetragen. Sofern eine Nutzniessung an einem Register-Schuldbrief begründet wird, ist diese in der gleichen Abteilung einzutragen. Hingegen sind die Pfändung eines Register-Schuldbriefs und weitere zwangsvollstreckungsrechtliche Verfügungsbeschränkungen in der Rubrik «Bemerkungen zu den Pfandrechten» im Grundbuch (Hauptbuch) einzuschreiben.

Die Umwandlung eines bisherigen Papier-Schuldbriefs in einen Register-Schuldbrief erfolgt mit einem schriftlichen Gesuch an das Grundbuchamt durch die am Schuldbrief Berechtigten (neuArt. 33b SchlT ZGB), wobei der Schuldbrief zur Entkräftung vorgelegt werden muss⁵². Die Umwandlung von später, d.h. nach der Inkraftsetzung der Gesetzesrevision, errichteten Papier-Schuldbriefen erfolgt jedoch in öffentlicher Urkunde. Eine Umwandlung bewirkt, dass der bestehende Rang des Papier-Schuldbriefs beibehalten wird; hingegen gelten künftig die Bestimmungen des Register-Schuldbriefs.

Die Möglichkeit, dass ein Kanton eine Belastungsgrenze für die Errichtung von Schuldbriefen einführen kann (Art. 843 Abs. 2 ZGB), wird aufgehoben. Ein solche wurde im Kanton Bern ohnehin nie eingeführt.

Vereinbarungen, die Nebenbestimmungen zur Schuldbriefforderung enthalten, können einem gutgläubigen Erwerber des Schuldbriefs nur entgegengehalten werden, wenn sie sich aus dem Grundbuch und beim Papier-Schuldbrief zudem aus dem Ti-

tel ergeben (neuArt. 849 Abs. 2 ZGB). Es ist zulässig, dass im Schuldbrief auf separate Nebenvereinbarungen verwiesen wird (neuArt. 846 Abs. 2 ZGB).

Sofern eine Abzahlung der Schuld erfolgt (ohne Reduktion der Schuld- und Pfandsumme), kann der Schuldner vom Gläubiger verlangen, dass die Abzahlung im Grundbuch nachgeführt wird (neuArt. 852 Abs. 1 ZGB), was formell in der Rubrik «Bemerkungen zu den Pfandrechten» im Grundbuch (Hauptbuch) vorgenommen wird. In diesem Fall muss beim Papier-Schuldbrief diese Änderung auch auf dem Titel vermerkt werden (neuArt. 852 Abs. 2 ZGB).

Ist für den Schuldbrief eine Person bevollmächtigt worden, welche die Zahlungen zu leisten und zu empfangen, Mitteilungen entgegenzunehmen und Pfandentlassungen zu gewähren hat (neuArt. 850 Abs. 1 ZGB), so ist diese Person (Pfandhalter) in der Rubrik «Bemerkungen zu den Pfandrechten» im Grundbuch (Hauptbuch) einzuschreiben. Zudem ist beim Papier-Schuldbrief der Name des Bevollmächtigten auf dem Titel aufzuführen (neuArt. 850 Abs. 2 ZGB).

3. Pfandsicherheit für den Gläubiger⁵³

Das Grundpfandrecht bietet dem Gläubiger Sicherheit für die Kapitalforderung, die Kosten der Betreibung und die Verzugszinsen sowie für die drei zur Zeit der Konkurseröffnung oder des Pfandverwertungsbegehrens verfallenen Jahreszinsen und den seit dem letzten Zinstag laufenden Zins (Art. 818 Abs. 1 ZGB). Diese Bestimmung wird nun ergänzt durch den Hinweis, dass beim Schuldbrief nur die tatsächlich geschuldeten Zinsen pfandgesichert sind (neuArt. 818 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB).

Die heute bestehende, durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Sicherungsübereignung geprägte Praxis⁵⁴, wonach die drei verfallenen Jahreszinsen bis zum Höchstzinsfuss geltend gemacht werden können, verhilft dem Gläubiger zu einer zusätzlichen Kreditmasse. Wenn die Pfandsicherheit bis zum Maximalzinsfuss besteht (obschon der tatsächlich geschuldete Zinsfuss viel tiefer ist), handelt es sich nämlich um eine «Maximalhypothek im Kleide einer Kapitalhypothek».

Die Idee des Gesetzgebers (EUGEN HUBER) war ursprünglich eine andere. Der nachrangige Grundpfandgläubiger sollte bei der Gewährung seines Darlehens wissen, was er im Falle einer Zwangsverwertung zu erwarten hat (in Bezug auf die vorangehenden Grundpfandrechte). Mit der neuen Bestimmung soll Transparenz für die nachrangigen Grundpfandgläubiger geschaffen werden⁵⁵. Mit der Gesetzesanpassung wird somit der Idee von EUGEN HUBER nachgelebt. Es wird in diesem Zusammenhang auch auf einen aktuellen Entscheid aus dem Kanton Zürich verwiesen⁵⁶.

53 Übernommen von ROLAND PFÄFFLI/DANIELA BYLAND (Fn. 2), Jusletter vom 14. 12. 2009, Rz 14 bis 17.

54 Vgl. BGE 115 II 349 = Praxis 1990 Nr. 203 = ZBGR 1992, S. 249 mit redaktioneller Bemerkung von JÜRGEN SCHMID S. 258 = HEINZ REY, ZBJV 1991, S. 170; vgl. dazu auch das vorinstanzliche Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3.2.1989 = Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, BIZR 1989, S. 166.

55 Vgl. dazu das praktische Beispiel bei ROLAND PFÄFFLI/DANIELA BYLAND, Sachenrecht und Notar: Neuerungen, BN 2011, S. 93 f.

56 Vgl. Urteil des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 16.7.2008 = Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, BIZR 2009, S. 61.

52 Die Gebühr für eine solche Umwandlung beträgt im Kanton Bern 50 Franken pro Schuldbrief (Ziffer 3.3.2 im Anhang IV B der Verordnung über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung; BSG 154.21).

4. Kraftloserklärung von Schuldbriefen⁵⁷

Sofern ein Schuldbrief vermisst wird, kann dieser durch den Richter kraftlos erklärt werden. Die Kraftloserklärung erfolgt nach den Vorschriften über die Amortisation der Inhaberpapiere⁵⁸. Die Auskündigungsfrist wurde von einem Jahr auf sechs Monate verkürzt (neuArt. 865 Abs. 2 ZGB). Die gleiche Frist gilt auch für das Verfahren gemäss neuArt. 856 ZGB, welches dem Eigentümer die Ablösung einer offenbar nicht mehr bestehenden Pfandlast ermöglicht⁵⁹.

Zuständig für die Kraftloserklärung ist das Gericht am Ort der gelegenen Sache. Mit anderen Worten: Zuständig ist das Gericht an dem Ort, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist (Art. 29 Abs. 4 und Art. 43 Abs. 2 ZPO).

5. Unauffindbarer Gläubiger

Wenn sich ein Grundpfandgläubiger nicht identifizieren lässt oder wenn sein Wohnort unbekannt ist, kann das Gericht die erforderlichen Massnahmen anordnen (neuArt. 823 ZGB). Es handelt sich dabei um Fälle, in denen das Gesetz eine persönliche Bestätigung des Gläubigers vorsieht und eine solche dringend erforderlich ist.

In diesen Fällen ist gemäss Art. 29 Abs. 4 ZPO das Gericht am Ort des Grundstücks zuständig.

6. Gesetzliche Pfandrechte

a. Grundsätze

Die gesetzlichen Pfandrechte des kantonalen Rechts, für welche der Gläubiger einen Anspruch hat (mittelbares Pfandrecht), entstehen mit der Eintragung in das Grundbuch (neuArt. 836 Abs. 1 ZGB).

Entstehen gesetzliche Pfandrechte des kantonalen Rechts von über 1 000 Franken ohne Eintragung im Grundbuch (unmittelbares Pfandrecht), so können diese einem gutgläubigen Dritten nur entgegengehalten werden, wenn sie innert vier Monaten nach der Fälligkeit der zugrunde liegenden Forderung, spätestens jedoch innert zwei Jahren seit der Entstehung der Forderung, in das Grundbuch eingetragen worden sind (neuArt. 836 Abs. 2 ZGB).

Ähnliche Bestimmungen finden sich für die gesetzlichen Pfandrechte des Bundesrechts, und zwar bei einer Wertverminderung des Grundstücks (vgl. neuArt. 808 Abs. 3 und 4 und neuArt. 810 Abs. 2 und 3 ZGB) sowie bei der Werterhaltung des Grundstücks (vgl. neuArt. 819 ZGB).

Übergangsrecht: Vor dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision entstandene, nicht eingetragene gesetzliche Pfandrechte des kantonalen Rechts können Dritten, die sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen, noch während zehn Jahren nach dem Inkrafttreten entgegengehalten werden (neuArt. 44 Abs. 3 SchlT ZGB).

b. Bauhandwerkerpfandrecht

Die bisherige Frist von drei Monaten für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch wird auf vier Monate erhöht (neuArt. 839 Abs. 2 ZGB). Zudem wird der Pfandrechtsanspruch bei Bauleistungen, die von einem Mieter, Pächter oder einer anderen am Grundstück berechtigten Person bestellt werden, gesetzlich geregelt (neuArt. 837 Abs. 2 ZGB). Die vom Anspruch des Bauhandwerkerpfandrechts umfassten Arbeiten werden neu definiert. Es handelt sich um die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer für Bauten oder andere Werke, für Abbrucharbeiten, für Gerüstbau, für Baugrubensicherung oder dergleichen (neuArt. 837 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB)⁶⁰.

Ein Bauhandwerkerpfandrecht kann wie bisher nicht auf einem Grundstück eingetragen werden, welches zum Verwaltungsvermögen gehört. In diesem Fall haftet das Gemeinwesen (als Grundeigentümer) gegenüber den Handwerkern oder Unternehmern neu nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft (neuArt. 839 Abs. 4 bis 6 ZGB).

Für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts als Vormerkung gilt das summarische Verfahren (Art. 249 lit. d Ziffer 5 ZPO).

c. Darstellung von gesetzlichen Pfandrechten im Grundbuch

Da gewisse gesetzliche Pfandrechte ein Rangprivileg haben, ist es nicht einfach, die Pfandrechte im Grundbuch darzustellen. Für die Verteilung in einer Zwangsverwertung ist nicht die Rangfolge im Grundbuch massgebend, sondern das Lastenverzeichnis. Es ist aus Gründen der Übersicht und der Rechtssicherheit anzustreben, für die gesetzlichen Pfandrechte die gleiche Darstellung zu wählen wie für die vertraglichen Pfandrechte⁶¹.

V. Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen

Das Grundbuch enthält nach dem geltenden Recht nur wenig Angaben zu öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen. Die Bestimmung von Art. 962 Abs. 1 ZGB legt heute fest, dass die Kantone vorschreiben können, dass öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, wie Baulinien und dergleichen, im Grundbuch anzumerken sind.

Neu müssen die für ein bestimmtes Grundstück verfügenden Eigentumsbeschränkungen des öffentlichen Rechts zwingend im Grundbuch angemerkt werden, sofern diese dem Eigentümer eine dauerhafte Nutzungs- oder Verfügungsbeschränkung oder eine grundstücksbezogene Pflicht auferlegen (neuArt. 962 Abs. 1 ZGB).

Handelt es sich jedoch um öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, welche für ein bestimmtes Gebiet (Perimeter) gelten, so sind diese nicht im Grundbuch anzumerken, sondern im

57 Vgl. dazu ROLAND PFÄFFLI, Kraftloserklärung von Schuldbriefen, Jusletter vom 24. 5. 2004.

58 Vgl. neuArt. 865 Abs. 2 ZGB.

59 Vgl. EVA LAREIDA, Der Schuldbrief aus wertpapierrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1986, S. 108 ff.

60 Zum Übergangsrecht vgl. RAINER SCHUMACHER, Zur Revision des Bauhandwerkerpfandrechts: Intertemporales Recht, BN 2011, S. 1 ff.

61 Vgl. dazu das praktische Beispiel bei ROLAND PFÄFFLI/DANIELA BYLAND (Fn. 55), BN 2011, S. 96 f.

Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen⁶². Die diesbezügliche Verordnung des Bundesrats⁶³ wurde am 1. Oktober 2009 in Kraft gesetzt⁶⁴. Die Rechtsgrundlagen für den neuen Kataster finden sich in den Art. 16 bis 18 sowie Art. 34 Abs. 2 lit. b und Art. 39 des Geoinformationsgesetzes⁶⁵. Die definitive Einführung ist von den Kantonen bis Ende 2019 zu realisieren (Art. 28 ÖREBKV).

VI. Vormerkungen

Bei den Vormerkungen ist Folgendes zu beachten:

- Mehrere Dienstbarkeitsberechtigte können vereinbaren, dass das Ausscheiden aus der Gemeinschaft der Dienstbarkeitsberechtigten für höchstens 30 Jahre ausgeschlossen ist. Diese Vereinbarung kann im Grundbuch vorgemerkt werden (neuArt. 740a Abs. 2 ZGB).
- Beim Baurechtsvertrag kann der Baurechtszins im Grundbuch vorgemerkt werden (neuArt. 779a Abs. 2 ZGB).
- Beim Baurechtsvertrag können (nebst dem Baurechtszins) noch weitere vertragliche Bestimmungen im Grundbuch vorgemerkt werden (neuArt. 779a Abs. 2 ZGB).
- Die Aufhebung von Miteigentum kann neu auf höchstens 50 Jahre ausgeschlossen werden und kann im Grundbuch vorgemerkt werden (neuArt. 650 Abs. 2 ZGB).

VII. Anmerkungen

Bei den Anmerkungen ist Folgendes zu beachten:

- Beim Miteigentum können nebst der Nutzungs- und Verwaltungsordnung neu die von der Miteigentümergeinschaft gefassten Verwaltungsbeschlüsse sowie die gerichtlichen Urteile und Verfügungen im Grundbuch angemerkt werden (neuArt. 649a ZGB).
- Sind mehrere Dienstbarkeitsberechtigte an einer gemeinschaftlichen Vorrichtung beteiligt, so können diese eine Nutzungs- und Verwaltungsordnung vereinbaren, welche im Grundbuch angemerkt werden kann (neuArt. 740a Abs. 1 in Verbindung mit neuArt. 649a ZGB).
- Das Gemeinwesen oder ein anderer Träger einer öffentlichen Aufgabe muss eine für ein bestimmtes Grundstück verfügte Eigentumsbeschränkung des öffentlichen Rechts, die dem Eigentümer eine dauerhafte Nutzungs- und Verfügungsbeschränkung oder grundstücksbezogene Pflicht auferlegt, im Grundbuch anmerken lassen (neuArt. 962 Abs. 1 ZGB).

- Sofern vom Kanton ein öffentliches Bereinigungsverfahren angeordnet wird, ist diese Tatsache auf den betroffenen Grundstücken anzumerken (neuArt. 976c Abs. 2 ZGB).
- Die Vertretungsverhältnisse (z.B. Willensvollstrecker, Verwalter der Stockwerkeigentümergeinschaft) können gemäss neuArt. 962a ZGB im Grundbuch angemerkt werden.

VIII. Schlussbemerkungen

Genau 100 Jahre nach der Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches erfährt der vierte Teil des Gesetzes, das Sachenrecht, eine Revision, die weit umfassender ist als die beiden bisher grössten Teilrevisionen, welche in den 60er Jahren in Kraft gesetzt wurden (Einführung des Stockwerkeigentums am 1. 1. 1965 bzw. Anpassung der Vorschriften über das Baurecht am 1. 7. 1965). Nebst der Modernisierung des Geschäftsverkehrs (Register-Schuldbrief) hat die Revision zum Ziel, dem Grundbuch eine erhöhte Transparenz zu verschaffen (Eintragung von gesetzlichen Pfandrechten, Anmerkung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen) sowie die Rechtssicherheit zu stärken (zwingende Formvorschriften).

Weitere Literaturhinweise zur Revision des Immobiliarsachenrechts

Die Literaturhinweise beschränken sich auf die Publikationen im Jusletter (chronologisch): JURIUS, Botschaft zur Teilrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts verabschiedet, Jusletter vom 9. Juli 2007; ROLAND PFÄFFLI, Der papierlose Register-Schuldbrief, Jusletter vom 9. Juli 2007; JURIUS, RK-S: Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht, Jusletter vom 19. Mai 2008; ROLAND PFÄFFLI/DANIELA BYLAND, Aktuelles aus dem Parlament zur Revision des Immobiliarsachenrechts, Jusletter vom 9. Juni 2008; ROLAND PFÄFFLI/DANIELA BYLAND, Aktuelles aus dem Nationalrat zur Revision des Immobiliarsachenrechts, Jusletter vom 4. Mai 2009; ROLAND PFÄFFLI/DANIELA BYLAND, Aktuelles aus dem Parlament: Der Endspurt in der Revision des Immobiliarsachenrechts naht, Jusletter vom 28. September 2009; JURIUS, Vorlage zum Register-Schuldbrief unter Dach, Jusletter vom 7. Dezember 2009; ROLAND PFÄFFLI/DANIELA BYLAND, Neues Immobiliarsachenrecht vom Parlament beschlossen, Jusletter vom 14. Dezember 2009; ALEXANDER GAMMETER, Der Register-Schuldbrief und die Sicherungsübereignung, Jusletter vom 21. Februar 2011. Ausführliche Literaturverzeichnisse finden sich in folgenden Tagungsbänden: Revision des Immobiliarsachenrechts, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare vom 26./27. Oktober 2011, Bern 2011; Revision des Sachenrechts – ein erster Überblick für Eilige, Weiterbildungstagung der Universität Luzern vom 24. November 2011, Bern 2011; Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht, Weiterbildungsseminar der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 30. August 2011, Zürich/Basel/Genf 2012. ■

62 Vgl. dazu MEINRAD HUSER, Publikation von Eigentumsbeschränkungen – neue Regeln, «Baurecht» 2010, S. 169 ff.; DANIEL KETTIGER, Der Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, ZBGR 2010, S. 137 ff.; PAUL-HENRI STEINAUER, Droit de la construction et systèmes d'information du territoire, in: Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 917 ff.

63 Vgl. Verordnung über den Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (ÖREBKV; SR 510.622.4).

64 Vgl. AS 2009, S. 4723 ff.

65 Bundesgesetz über Geoinformation (Geoinformationsgesetz; GeolG; SR 510.62).

Christian Leupi*

«Durchklick»: Fristen im elektronischen Behördenverkehr – ausgewählte Besonderheiten

Stichworte: Fristen im elektronischen Behördenverkehr, Empfangsbestätigung, elektronischer Verkehr mit dem Bundesgericht

Nachdem Frau Kollegin Andrea Schafer in der letzten Ausgabe der Anwaltsrevue einen ersten Überblick zu den Fristen im elektronischen Behördenverkehr gegeben hat, liegt der Fokus des aktuellen «Durchklicks» auf einigen ausgewählten Besonderheiten des elektronischen Behördenverkehrs, welche es im Zusammenhang mit Fristen zu beachten gilt.

Im Folgenden wird ein kritischer Blick auf einige Besonderheiten im Zusammenhang mit dem Zugang der elektronischen Eingabe, dem elektronischen Behördenverkehr mit dem Bundesgericht sowie den Unterschieden in den diversen Prozessgesetzen geworfen.

Empfangsprinzip vs. Aufgabeprinzip

In der «analogen» Welt ist die Eingabe spätestens am letzten Tag der Frist z.B. der Post zu übergeben. Grundsätzlich genügt somit sogar der Einwurf in einen Briefkasten, welcher aber sinnvollerweise belegt werden sollte (z.B. mit Zeugen). Im elektronischen Behördenverkehr ist demgegenüber zwingend eine Empfangsbestätigung durch das behördliche Informatiksystem vorgeschrieben. Die Anwältin und der Anwalt können somit nicht – wie im Postverkehr – aus «eigener Kraft» für den Beweis sorgen, dass die Frist gewahrt ist, sondern sind vom Informatiksystem abhängig. Natürlich werden diese automatischen Empfangsbestätigungen (welche der sorgfältige Anwalt natürlich aufbewahrt) in der Regel umgehend ausgestellt und dem Absender innert Sekunden zugestellt. Dennoch stellt sich die Frage, ob diese Lösung nicht eine Schlechterstellung gegenüber der Papiereingabe bedeutet, bei welcher man die Übergabe an die Post vor Fristablauf auf verschiedene Weise belegen kann.

Mit dieser Einschränkung müssen die elektronisch kommunizierenden Anwältinnen und Anwälte zumindest vorerst leben. Wichtig ist das Bewusstsein, dass ohne Empfangsbestätigung

keine fristgerechte und somit keine gültige Eingabe erfolgt ist – insbesondere bei Eingaben kurz vor Fristablauf.

Unterschiedliche gesetzliche Ausgestaltung im Detail

Im Zusammenhang mit der Gesetzgebung fällt auf, dass je nach Verfahrensrecht (ZPO, StPO, VwVG) und Instanz (kantonale Gerichte, Bundesgericht) leicht unterschiedliche Formulierungen die Einhaltung der Fristen bei elektronischen Eingaben sowie die Modalitäten der Zustellung an die Partei regeln. Während z.B. die ZPO und die dazugehörige Übermittlungsverordnung ein explizites Einverständnis der Partei zum Empfang elektronischer Sendungen vorsieht, leitet das entsprechende Reglement des Bundesgerichts die Zustimmung bereits aus dem Vorhandensein eines Benutzerkontos auf der Zustellplattform ab. Diese Unterschiede können im Zusammenhang mit der gesetzlichen Zustellfiktion, welche auch für elektronische Zustellungen durch die Behörde gilt, relevant und problematisch sein. Im Sinne der Rechtssicherheit wäre eine einheitliche Regelung über sämtliche Verfahrensordnungen und Instanzen hinweg sicherlich zu begrüssen. Entsprechende Vorstösse seitens des SAV sind bereits initiiert.

Fazit

Der Umgang mit Fristen im elektronischen Behördenverkehr unterscheidet sich zwar nicht grundsätzlich, aber dennoch in einigen Details von der Eingabe per Post, insbesondere was den Beweis des fristgerechten Handelns anbelangt. Mit der aktuellen gesetzlichen Regelung bezüglich Fristen ist die elektronische Eingabe sicherlich ein taugliches Arbeitsinstrument, eignet sich aber eher nicht dafür, um die Bearbeitung von Fristen risikofrei über die Öffnungszeiten der Notschalter der Post hinauszuzögern. ■

* Lic. iur., MAS Business Information Technology, Partner bei Grossenbacher Rechtsanwälte, Luzern. www.gr-law.ch

Christian Leupi*

«Clic informatique»: quelques spécificités liées aux délais de la communication électronique

Mots-clés: Délais dans la communication électronique avec les autorités, accusé de réception d'un acte électronique, communication électronique avec le Tribunal fédéral

Lors de la dernière édition de la Revue de l'avocat, notre consœur Andrea Schafer vous a présenté un aperçu des questions générales posées par les délais dans la communication électronique. L'article d'aujourd'hui reprend ce thème et met en lumière certaines spécificités auxquelles l'avocat devra être particulièrement attentif.

Nous aurons l'occasion de porter un regard critique sur les conditions du transfert d'un acte électronique, la présomption que le Tribunal fédéral pose en matière de notification électronique aux parties, ainsi que les différences de formulation dans les textes ayant prévu la communication électronique.

Principe de la réception vs. principe de l'expédition

Dans le monde «analogique» de la procédure, l'acte doit être remis le dernier jour du délai, généralement en le confiant à un bureau de poste suisse. En s'armant de témoins, un acte peut même être déposé dans une boîte aux lettres. Lorsqu'un acte est transmis par voie électronique, le délai n'est respecté que si le système informatique correspondant à l'adresse électronique officielle du tribunal confirme sa réception avant l'expiration du délai. A l'inverse des actes transmis par poste, les actes électroniques sont donc sujets à réception et l'avocat ne peut – à *lui seul* – se ménager la preuve que son envoi a été effectué à temps. En d'autres termes, l'avocat dépend du système informatique de l'autorité. Certes, ces accusés de réception sont généralement délivrés dans les secondes qui suivent l'envoi et l'avocat diligent les enregistrera bien entendu dans ses dossiers. On peut néanmoins se demander si ce système de la réception ne tend pas à favoriser la solution du courrier postal, là où l'avocat dispose lui-même de plusieurs moyens pour démontrer que son envoi a bien été expédié à temps.

A partir du moment où les actes électroniques sont sujets à réception, le risque de forclusion n'est définitivement écarté que lorsque le système informatique de l'autorité a délivré un accusé de réception dans le délai. Les avocats qui communiquent électroniquement doivent pour l'instant vivre avec cette spécificité et

la garder à l'esprit, en particulier pour les actes transférés électroniquement juste avant l'expiration du délai.

Différences de détail dans la réglementation de la communication électronique

En matière de communication électronique, on peut remarquer certaines différences de formulation selon les procédures (CPC, CPP et PA) et les instances (tribunaux cantonaux et Tribunal fédéral). Les formules utilisées varient légèrement, notamment sur la question du délai des actes transférés électroniquement. La notification de décisions par la voie électronique n'est pas non plus réglementée de manière identique. Alors que le CPC et son Ordonnance sur la communication électronique (RS 272.1) exigent un accord explicite des parties à ce que l'autorité communique électroniquement avec elles, le Règlement du TF (RS 173 110.29) précise que «L'inscription sur une plate-forme de distribution vaut acceptation de recevoir les notifications par voie électronique». Ces divergences peuvent constituer de véritables problèmes au regard de la fiction de la notification, dès lors que celle-ci s'applique également en matière de communication électronique. Afin de contribuer à la sécurité du droit, il conviendrait d'harmoniser la réglementation dans toutes les procédures et toutes les instances. La FSA a déjà entrepris des démarches dans ce sens.

Résumé

Bref, la communication électronique avec les autorités n'est pas fondamentalement différente de l'envoi traditionnel par poste, sous réserve de certaines particularités qui découlent du principe de la réception et qui ont des conséquences sur le respect des délais. A ce titre, nous avons vu qu'il n'était pas encore totalement sans risques de vouloir transmettre des actes électroniques (sujets à réception) au-delà des heures d'ouvertures d'un guichet postal pour envois urgents (sujets à expédition). La réglementation actuelle fournit toutefois aux avocats un instrument de travail fiable et moderne pour communiquer électroniquement avec leurs autorités. ■

* Licencié en droit, MAS Business Information Technology, associé de Grosenbacher Rechtsanwälte, Lucerne. www.gr-law.ch

Rebecca Lauchenauer*

Augmenter le ratio d'heures facturables tout en tenant compte des intérêts des collaborateurs et des clients

Mots clés: Organisation, motivation, relation client, gestion du temps, rentabilité, facturation

La question du ratio d'heures facturables des collaborateurs est récurrente lorsque l'on aborde la thématique de la gestion des études. Augmenter ce ratio (lequel s'entend ici non seulement des heures facturables, mais également des heures facturées et encaissées) a en effet un impact considérable sur la rentabilité. Une augmentation de 30 minutes par jour (sur 47 semaines par an, au tarif horaire de CHF 350.–) représente en effet une hausse du revenu annuel d'env. CHF 40 000.–.

Il ne s'agit toutefois pas ici de traiter la problématique du ratio d'heures facturables isolément, mais de l'envisager en tenant compte d'une double contrainte:

- prendre en compte les intérêts des clients – parce qu'ils sont la source de l'activité et que la majorité des nouveaux dossiers provient des clients actuels, directement ou par recommandation; et
- ne pas négliger les intérêts des collaborateurs – afin d'éviter les pertes liées à une surcharge de travail et à un taux de rotation élevé et de favoriser ainsi une réussite à long terme.

Est-ce une contrainte réaliste ou s'agit-il d'une utopie visant à concilier les intérêts des associés, des clients et des collaborateurs?

1. Quand et pourquoi le temps de travail n'est-il pas entièrement facturé et encaissé?

Afin de déterminer quelles mesures entreprendre pour augmenter le ratio d'heures facturables, il est essentiel d'identifier au préalable les causes d'un ratio insuffisant.

Une analyse du processus «travail-facturation» permet de comprendre pourquoi le temps contractuel n'est pas entièrement facturé et encaissé. Elle laisse apparaître cinq situations distinctes où le temps n'est pas facturé ou encaissé.

1) «Absentéisme»

Le collaborateur est absent (retard, maladie, rendez-vous personnel, etc).

Les causes sous-jacentes à cette situation peuvent être:

- un manque de motivation; et/ou
- une organisation inefficace.

* Avocate, Amsterdam. L'article est basé sur un travail personnel effectué dans le cadre du programme Business Management and Leadership de Rotterdam School of Management, Erasmus University.

2) «Présentisme»

Le collaborateur est présent, mais ne travaille pas (affaires personnelles, procrastination, manque de travail, etc).

Les causes sous-jacentes sont également:

- un manque de motivation; et/ou
- une organisation inefficace.

3) «Travail non spécifique»

Le collaborateur travaille, mais pas sur un dossier spécifique (formation continue, affaires internes, appui à un (nouveau) collègue, traitement «désordonné» d'e-mails, etc).

Les causes sous-jacentes sont là aussi:

- un manque de motivation; et/ou
- une organisation inefficace.

4) «Travail réduit»

Le collaborateur travaille sur un dossier spécifique, mais son temps n'est pas entièrement facturé; par exemple:

- le temps n'est pas porté sur le *time-sheet* (aide à un collègue, temps jugé minime, oubli);
- le temps est réduit par le collaborateur (temps jugé trop important);
- le temps est réduit par l'associé responsable (temps jugé trop important ou malaise vis-à-vis du client).

Les causes sous-jacentes à cette situation peuvent être:

- un manque de motivation; et/ou
- une organisation inefficace; et/ou
- une relation client peu développée.

5) «Travail non payé»

Le collaborateur travaille sur un dossier spécifique, son temps est facturé, mais pas encaissé; par exemple:

- le client refuse de payer (il est insatisfait, juge le montant trop élevé ou pense qu'une autre personne doit payer);
- le client ne peut pas payer;
- le client ne paie simplement pas (il ne reçoit pas la note d'honoraires ou oublie de la payer).

Les causes sous-jacentes à cette situation peuvent être:

- une organisation inefficace; et/ou
- une relation client peu développée.

Il existe ainsi de multiples situations où le temps n'est pas entièrement facturé et encaissé. Mais chacune d'elles peut être reliée à l'une ou plusieurs des causes sous-jacentes mentionnées, savoir:

- un manque de motivation du collaborateur,
- une organisation inefficace,
- une relation client peu développée.

Il s'agit donc de trois causes à traiter pour transformer le temps de travail «gâché» en temps facturable, facturé et encaissé.

II. Comment motiver les collaborateurs?

1) Mesures

Selon la distinction préconisée par Frederick Herzberg¹, il existe deux sortes de facteurs à prendre en compte, les facteurs d'insatisfaction (ou facteurs potentiellement négatifs) et les facteurs de motivation (ou facteurs potentiellement positifs).

a) Eviter l'insatisfaction

Il est essentiel d'éviter l'insatisfaction des collaborateurs, en veillant à répondre aux besoins liés aux facteurs d'insatisfaction. Il s'agit des facteurs extrinsèques à l'activité, ou «facteurs d'hygiène», parmi lesquels figurent notamment:

- les conditions de travail;
- le salaire;
- l'organisation interne.

Ces facteurs suscitent en effet l'insatisfaction si l'employeur ne répond pas suffisamment aux besoins y relatifs, mais ne sont généralement pas sources de motivation si l'employeur y répond au-delà du seuil de satisfaction.

Il convient ainsi de prendre les mesures suivantes:

- identifier les besoins et les envies (au niveau des conditions de travail, une tendance récente concerne la recherche d'un équilibre vie-travail, ce qui peut signifier temps partiel, congé parental, horaires flexibles, travail à domicile, etc);
- analyser les bénéfices et les coûts (des mesures visant un équilibre vie-travail génèrent par ex. souvent un retour sur investissement élevé – cf. not. étude menée par le Département Fédéral de l'Economie et divers organismes privés²);
- adopter les mesures adéquates, en suffisance;
- réévaluer la situation régulièrement.

b) Motiver

Eviter l'insatisfaction ne suffit pas, il est également essentiel de motiver les collaborateurs, en veillant à répondre aux besoins liés aux facteurs de motivation. Il s'agit des facteurs intrinsèques à l'activité, parmi lesquels figurent notamment:

- la nature de l'activité;
- le degré de responsabilité;
- le *feedback*;
- la reconnaissance;
- la réalisation et le développement.

Ces facteurs sont sources de motivation si l'employeur répond aux besoins y relatifs, mais ne suscitent généralement pas d'insatisfaction si l'employeur n'y répond pas suffisamment.

Il convient donc d'entreprendre ceci:

- analyser la situation de chacun, en identifiant les compétences, les forces et les intérêts;
- fournir un travail adapté et sur mesure;
- procéder à des évaluations (avec objectifs clairs et réalisables);
- donner un *feedback* régulier;
- réévaluer la situation régulièrement.

En procédant à ces démarches, il est essentiel de garder à l'esprit que chaque personne est différente, ce qui nécessite d'instaurer un dialogue avec chaque collaborateur. Ce qui vaut pour l'un ne vaut pas pour tous les autres.

2) Effets

Motiver les collaborateurs augmente le ratio d'heures facturables par:

- la réduction des pertes de temps liées à «l'absentéisme» et au «présentéisme»;
- la réduction des pertes d'argent liées au «travail non spécifique» et au «travail réduit».

En outre, ces mesures ont un impact positif sur les clients (qualité du travail et du service, valeur du travail, qualité de la relation), sur les collaborateurs (bien-être, stimulation et positivisme) et sur l'étude (réduction du taux de rotation, attractivité, qualité et réputation).

3) Coûts/exigences

Répondre aux besoins liés aux facteurs extrinsèques peut générer des coûts directs, qu'il faut évaluer concrètement en rapport avec le retour sur investissement prévisible; prendre des mesures liées aux facteurs intrinsèques n'engendre pas de coûts directs.

Eviter l'insatisfaction et motiver les collaborateurs nécessite par contre un investissement de temps (pour instaurer un dialogue et analyser la situation), une ouverture au changement et un climat de confiance.

Ces mesures demeurent néanmoins primordiales (not. au regard des nouvelles générations, réputées pour leur tendance à changer facilement de travail en cas d'insatisfaction).

Connaître les désirs, les besoins, les forces et les intérêts des collaborateurs et en tenir compte de manière appropriée permet ainsi d'augmenter le ratio d'heures facturables, sans impacts négatifs sur les clients ou les collaborateurs.

¹ One more time: How do you motivate employees?, Harvard Business Review, janvier 2003.

² Analyse coûts-bénéfices d'une politique d'entreprise favorable à la famille, www.worklife.ch, 2005.

III. Comment améliorer l'organisation?

1) Mesures

L'efficacité de l'organisation peut être augmentée tout au long du processus de travail et à tous les niveaux (étude, interpersonnel et individuel).

Les mesures à prendre peuvent être nombreuses, notamment:

a) Recruter et spécialiser

la bonne équipe pour servir les clients, en fonction de la motivation et des compétences (spécialisations, langues, compétences interpersonnelles, expérience).

b) Attribuer les dossiers et déléguer

aux bonnes personnes, selon les compétences, la disponibilité, les intérêts et le coût (est-ce la personne compétente la moins coûteuse?); et considérer l'*outsourcing* selon les mêmes critères.

c) Communiquer

à tous les niveaux, pour partager les informations sur les dossiers, les connaissances, le savoir-faire, les informations utiles pour l'attribution des dossiers, les idées pour améliorer la qualité du service ou la productivité.

d) Travailler

de manière efficace pour fournir un service d'une valeur optimale; par ex. en appliquant la méthode «*Only Handle It Once*» qui suppose de ne traiter une tâche qu'une fois: exécuter, déléguer, agender ou renoncer, ainsi que d'autres principes de gestion du temps (fixer les priorités, planifier – réserver des plages horaires pour dossiers à haute concentration ou pour le traitement regroupé d'e-mails ou de téléphones –, préparer et gérer les séances, enregistrer immédiatement les informations importantes, adopter un classement efficace, etc.).

e) Remplir un *time-sheet*

de manière complète et immédiate pour toutes les activités, non seulement pour permettre une facturation appropriée, mais aussi pour informer autrui sur les formations continues suivies et pour permettre une (auto)évaluation du temps consacré à telle ou telle tâche.

f) Facturer

régulièrement et de manière appropriée, en demandant une provision, en vérifiant régulièrement la situation, en chargeant une personne de la facturation, en adressant toute facture de tiers au client séparément, en évitant les réductions injustifiées – par ex. en demandant l'opinion d'un collègue –, en adressant la note d'honoraires finale rapidement et en veillant à son encaissement.

2) Effets

Les mesures visant à optimiser l'organisation permettent d'augmenter le ratio d'heures facturables par:

- la réduction des pertes de temps liées à «l'absentéisme» (dû à une surcharge) et au «présentéisme» (dû à un manque de travail lié à une mauvaise répartition des dossiers);
- la réduction des pertes d'argent liées au «travail non spécifique», au «travail réduit» et au «travail non payé».

Ces mesures ont également un impact positif sur les clients (meilleure qualité grâce à une meilleure attribution des dossiers) et sur les collaborateurs (efficacité, attribution selon les intérêts).

3) Coûts/exigences

Ces mesures n'engendrent pas de coûts directs, mais leur mise en place suppose un investissement de temps (pour analyser les besoins lors du recrutement de collaborateurs, pour la sélection, la communication et la délégation), lequel sera toutefois rapidement compensé par les gains de temps générés. Elles nécessitent un climat de confiance (pour communiquer et déléguer), une ouverture au changement (pour dépasser les routines) et de la clarté de la part des associés (manière de remplir un *time-sheet*, possibilité de sous-déléguer, etc.).

Améliorer l'organisation permet ainsi d'augmenter le ratio d'heures facturables, sans impacts négatifs sur les clients ou les collaborateurs.

IV. Comment améliorer la relation client?

1) Mesures

a) Communiquer

La relation client peut être enrichie en instaurant une communication de qualité avec le client tout au long du traitement d'un dossier, en se concentrant sur trois points essentiels.

L'objectif

Il s'agit de définir précisément les besoins et les désirs du client (qui est-il, que fait-il, de quoi a-t-il envie/besoin, quel service veut-il, comment et pour quand?) et de gérer ses attentes (not. si elles ne sont pas réalistes), de l'informer ensuite régulièrement du suivi du dossier et finalement de lui expliquer les résultats obtenus.

Le prix

Il s'agit de discuter avec le client du prix de la prestation (comment est-il fixé, de quoi dépend-il, à qui la note d'honoraires doit-elle être adressée?) et de gérer ses attentes (not. en demandant une provision, en soulignant l'incertitude du prix final et en évoquant les frais de tiers), de l'informer ensuite régulièrement de la situation et de lui expliquer le montant de la note d'honoraires finale si nécessaire.

La satisfaction

Il s'agit d'indiquer au client que sa satisfaction est essentielle, de définir les critères de satisfaction du client (qualité, rapidité, disponibilité, etc), d'encourager les commentaires spontanés, de surveiller ensuite la satisfaction du client tout au long du processus, d'améliorer la situation si nécessaire et d'obtenir le retour du client à la fin de l'activité.

b) Tenir un dossier client

Les données importantes des clients (contacts, documentation essentielle, liste des dossiers en cours, délais, honoraires convenus, etc) doivent être enregistrées de manière systématique et être accessibles à toute personne amenée à travailler sur un dossier ou à le reprendre.

2) Effets

Les mesures visant à améliorer la relation client permettent de fournir un service sur mesure, que les associés seront à l'aise de facturer et les clients prêts et désireux de payer, augmentant ainsi le ratio d'heures facturables par :

- la réduction des pertes d'argent liées au «travail réduit» et au «travail non payé».

Ces mesures ont également un impact positif sur les clients (qualité du travail, valeur du travail, qualité de la relation), sur les collaborateurs (motivation liée à la satisfaction du client) et sur l'étude (qualité et satisfaction, réputation, augmentation de la demande).

En outre, si l'étude procède en parallèle à l'analyse des données des clients (type de client, honoraires, ratio d'heures facturables, *feedback*, canal d'entrée, etc) sur une base impersonnelle et anonyme, elle peut ainsi se constituer de solides sources pour établir ou réactualiser son *marketing plan* (fixation des prix, év. des forfaits; segmentation du marché; clientèle cible; positionnement).

3) Coûts/exigences

Ces mesures n'engendrent pas de coûts directs. Elles requièrent par contre un investissement de temps pour leur mise en place. Elles supposent également une ouverture d'esprit (*feedback* des clients), de la structure et de la clarté pour la mise en place, ainsi que de la réactivité (refus d'un client qui semble ne pas vouloir ou pouvoir payer, prise en compte du *feedback* des clients).

Améliorer la relation client permet ainsi d'augmenter le ratio d'heures facturables, sans impacts négatifs sur les clients ou les collaborateurs.

V. Quelles mesures choisir?

Motivation des collaborateurs, organisation et relation client: trois axes de travail et autant d'opportunités pour améliorer le ratio d'heures facturables sans que cela ne soit au détriment ni des clients ni des collaborateurs.

Les différentes mesures évoquées peuvent être adoptées en parallèle ou, compte tenu du temps requis pour les mettre en place, individuellement.

Il convient alors de définir en premier lieu les zones sensibles de l'étude (certaines études ont en effet davantage de pertes liées aux réductions de notes d'honoraires, d'autres pâtissent davantage d'absentéisme) et choisir les mesures adaptées, en tenant compte des bénéfices directs et indirects, des coûts et d'une potentielle résistance interne.

Au niveau des bénéfices, les effets des mesures seront *a priori* comme suit:

- a) pour les mesures liées à la motivation:
 - impact positif moyen voire élevé sur la rentabilité;
 - impact positif élevé sur les collaborateurs;
 - impact positif moyen sur les clients;
- b) pour les mesures liées à l'organisation:
 - impact positif moyen sur la rentabilité;
 - impact positif limité sur les collaborateurs;
 - impact positif limité sur les clients;
- c) pour les mesures liées à la relation client:
 - impact positif moyen voire élevé sur la rentabilité;
 - impact positif moyen sur collaborateurs;
 - impact positif élevé sur clients;
 - autres bénéfices pour l'étude.

Une fois les mesures choisies en fonction des besoins de l'étude, il est essentiel de les mettre en œuvre en définissant clairement le projet: QUOI? POUR QUOI? QUI? COMMENT? AVEC QUELS MOYENS? et QUAND?

Nombreux sont les projets de «gestion interne» perpétuellement remis à plus tard, les études devant souvent consacrer tout le temps disponible aux dossiers urgents. Il conviendrait toutefois d'être proactifs en ce domaine, dès lors que les clients exercent davantage pression sur les prix et que l'environnement se révèle de plus en plus concurrentiel (not. en raison de l'offre d'autres fournisseurs de services juridiques).

Or, mettre en œuvre quelques mesures simples et pouvoir ainsi gagner ne serait-ce que 30 minutes supplémentaires par jour par collaborateur, et les revenus qui en découlent, tout en obtenant la satisfaction des clients et des collaborateurs, ne semble pas pure utopie. ■

■ Verfassungsrecht/Droit constitutionnel (I)

Art. 29 Abs. 1 BV; Befangenheit der Gutachterin

Die Beschwerdeführer begründen die Befangenheit der Gutachterin Dr. E. im Wesentlichen damit, dass diese als Mitarbeiterin des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Basel tätig geworden sei. Als solche sei sie Prof. F. unterstellt, der ein Ordinariat in der medizinischen Fakultät der Universität Basel innehat. Der Beschuldigte gehöre als Titularprofessor mit Lehrverpflichtung ebenfalls der medizinischen Fakultät der Universität Basel an. [...]

Davon ausgehend stellen sich die Beschwerdeführer auf den Standpunkt, die Gutachterin stehe in einem persönlichen und fachlichen Spannungsfeld, wenn sie als Mitarbeiterin der medizinischen Fakultät das Verhalten eines Fakultätskollegen ihres Vorgesetzten zu beurteilen habe. Tatsächlich lässt sich nicht von der Hand weisen, dass eine Gutachterin in einer derartigen Situation (möglicherweise unbewusst) zu einer gewissen Rücksichtnahme verleitet sein könnte. Dies kann seinen Grund im Respekt vor einer hierarchisch höher gestellten Person der eigenen Fakultät haben, oder darin, dass sie befürchten könnte, durch ein belastendes Gutachten Spannungen zwischen ihrem Vorgesetzten und dessen Fakultätskollegen zu verursachen. Es ist auch denkbar, dass sie davor zurückschrecken könnte, sich innerhalb der Fakultät zu exponieren, zumal ein Strafverfahren gegen ein Fakultätsmitglied einige Aufmerksamkeit auf sich ziehen dürfte. Vor diesem Hintergrund könnte sie schliesslich auch befürchten, dass es ihr berufliches Fortkommen erschweren könnte, wenn sie dem Beschuldigten ein Fehlverhalten vorwerfen würde. Der Anschein der Befangenheit ist deshalb zu bejahen.

Im Unterschied zum erwähnten Urteil 1B_22/2007 vom 29. Mai 2007 geht es vorliegend somit nicht darum, dass sich die Sachverständige in ihrem Gutachten von ihren Institutskollegen allenfalls hätte fachlich distanzieren müssen. Vielmehr war sie vor die Aufgabe gestellt, die beruflichen Leistungen eines in einem Strafverfahren stehenden Fakultätskollegen ihres Vorgesetzten zu würdigen, wobei sie erwarten musste, dass ihr Gutachten zentral für den Ausgang dieses Strafverfahrens sein würde. Unter diesen Voraussetzungen hatten die Beschwerdeführer nachvollziehbare Gründe davon auszugehen, dass die Sachverständige befangen sein könnte.

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B_188/2011, 1.6.2011, A. und B. c. C. und Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt und Strafgericht Basel-Stadt; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 31 Abs. 2 und 3 BV, Art. 5 EMRK, Art. 16 Abs. 2 und 104 Abs. 1 lit. c StPO; Funktion der Staatsanwaltschaft; Verfahrensleitung und Partei

Es trifft zu, dass die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren grundsätzlich die Verfahrensleitung innehat, aber eben nur insoweit, als ihr die entsprechenden Leitungsbefugnisse auch zustehen und ihr diese nicht – wie zum Beispiel der Entscheid über die Anordnung von Zwangsmassnahmen – entzogen sind. In diesen Fällen hat sie indessen das Recht, dem Zwangsmassnahmenge-

richt z.B. die Anordnung von Untersuchungshaft zu beantragen und diesen Antrag zu vertreten, und das Zwangsmassnahmengericht ist verpflichtet, ihn zu beurteilen. Damit hat sie in diesem Verfahren materiell Parteistellung, unabhängig davon, ob sie im Gesetz ausdrücklich als Partei des Vorverfahrens aufgeführt wird oder nicht. Dazu kommt, dass nach den einschlägigen verfassungs- und konventionsrechtlichen Verfahrensgarantien (insbesondere Art. 31 Abs. 2 und 3 BV, Art. 5 EMRK) Haftanordnungs- und -prüfungsverfahren kontradiktorisch auszugestalten sind (vgl. BGE 126 I 172 E. 3c; Entscheid 1P.541/2002 vom 8. November 2002 in: Pra 2003 Nr. 64 S. 317 E. 2.1; je mit Hinweisen), was begriffsnotwendig die Beteiligung mindestens zweier Verfahrensparteien – hier der Staatsanwaltschaft und des Beschuldigten – voraussetzt. Zutreffend ist zwar, dass das Zwangsmassnahmengericht bei geänderten Verhältnissen auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Beschuldigten jederzeit auf seinen Entscheid zurückkommen und ihn abändern kann. Inwiefern die Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts deswegen für die Staatsanwaltschaft nicht verbindlich sein sollten, wie die Anklagekammer ausführt und daraus ableitet, dass die Staatsanwaltschaft deswegen nicht Partei des Beschwerdeverfahrens sein könne, ist unerfindlich. Dass eine Behörde innerhalb eines Verfahrens verschiedene Funktionen – als Verfahrensleitung und als Partei – ausüben kann, ist im öffentlichen Recht zudem keineswegs aussergewöhnlich.

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B_174/2011, 17.5.2011, Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen c. X. und Regionales Zwangsmassnahmengericht und Anklagekammer des Kantons St. Gallen; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung Be)

Art. 9 BV; Prozessvollmacht

Bezogen auf einen einheitlichen Rechtsstreit gelten Prozessvollmachten – gegenteilige Anordnung vorbehalten – grundsätzlich für den gesamten Weg durch die Instanzen (Urteil I 750/2006 des Bundesgerichts vom 22. August 2007 E. 2; BGE 117 Ia 440 E. 1a S. 443 f.; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.) Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, N. 18 zu Art. 11; LAURENT MERZ, in: BSK-BGG, Basel 2008, N. 41 zu Art. 40). Angesichts dessen ist es fraglich, ob aus dem Umstand, dass die Vollmacht (nur) die Einsprache explizit erwähnt, e contrario zu schliessen ist, die Bevollmächtigung gelte tatsächlich lediglich für das Verfahren vor erster Instanz. Dagegen spricht jedoch, dass ausdrücklich auch «sonstige Rechtshandlungen» erwähnt werden. Dies ist nach Treu und Glauben nicht anders zu verstehen, als dass die Vertretungsbefugnis für den gesamten Instanzenzug erteilt werden sollte. In jedem Fall gebietet es aber der Grundsatz von Treu und Glauben der Rechtsmittelinstanz, nicht nur bei fehlender Vollmachtsurkunde, sondern auch bei Zweifeln über den Umfang einer Vollmacht entsprechende Klarheit zu schaffen (BGE 117 Ia 440 E. 1b S. 444). Dies hat das Verwaltungsgericht unterlassen. Seine Schlussfolgerung, die Vollmacht decke das Verfahren vor seinen Schranken nicht ab und auf die Ansetzung einer Nachfrist habe verzichtet

werden können, ist treuwidrig (Art. 9 BV; vgl. auch BGE 119 V 264 E. 2b S. 266).

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1C_30/2011, 25.5.2011, Stiftung A. c. Stiftung B. und Verwaltungsgericht des Kantons Luzern; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 9 BV, Art. 116 BGG; Bewertung von Prüfungsleistungen

Hat das Bundesgericht auf subsidiäre Verfassungsbeschwerde hin die Bewertung von Prüfungsleistungen zu beurteilen, so prüft es die Handhabung der einschlägigen kantonalen Verfahrensvorschriften – auf entsprechende, ordnungsgemäss begründete Rügen hin – nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür. In erster Linie prüft es dabei, ob das vorgeschriebene Verfahren unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Minimalgarantien durchgeführt worden ist. Eine besondere Zurückhaltung auferlegt es sich bei der materiellen Beurteilung, indem es erst einschreitet, wenn sich die Behörde von sachfremden oder sonst wie ganz offensichtlich unhaltbaren Erwägungen hat leiten lassen, so dass ihr Entscheid unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten als nicht mehr vertretbar und damit als willkürlich erscheint. Das Bundesgericht auferlegt sich bei der Überprüfung von Examensleistungen auch dann Zurückhaltung, wenn es aufgrund seiner Fachkenntnisse sachlich zu einer weitergehenden Überprüfung befähigt wäre (beispielsweise bei Rechtsanwalts- oder Notariatsprüfungen; BGE 136 I 229 E. 6.2 S. 238; 131 I 467 E. 3.1 S. 473 mit Hinweisen; 2D_53/2009 vom 25. November 2009 E. 1.4).

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2D_9/2010, 13.4.2011, X. c. Obergericht und Verwaltungsgericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 49 Abs. 1 BV, Art. 17 BGFA; Disziplinarrecht

Das eidgenössische Anwaltsgesetz regelt das Disziplinarrecht über die Anwälte abschliessend. Das kantonale Recht darf der Aufsichtsbehörde jedoch zusätzliche Aufsichtsmittel zur Verfügung stellen (vgl. BGE 132 II 250 E. 4.3.1 S. 254; 129 II 297 E. 1.1 S. 299 mit Hinweis). Sinn der vorliegenden Weisung ist es im Gegensatz zu den in Art. 17 BGFA vorgesehenen Massnahmen nicht, den Beschwerdeführer zu disziplinieren. Vielmehr geht es bloss um die Wiederherstellung eines rechtskonformen Zustands. Die Weisung erweist sich auch nicht als zusätzliche Berufsregel. Deshalb steht das eidgenössische Anwaltsgesetz der auf § 10 des Luzerner Anwaltsgesetzes gestützten Weisung nicht entgegen, zumal die Kantone eine entsprechende Regelungskompetenz haben (s. THOMAS POLEDNA, in: Fellmann/Sidler (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2005, N. 9 zu Art. 14 BGFA; A. BAUER/PH. BAUER, Commentaire Romand de la loi sur les avocats, 2010, N. 11 zu Art. 14 BGFA; allg. zur kantonalen Regelungskompetenz: WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, 2010, Rz. 60 ff. und 661 ff.).

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C_665/2010, 24.5.2011, X. c. Obergericht des Kantons Luzern; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

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

Art. 320 Abs. 4 StPO; Einstellung des Strafverfahrens

Definitive Verfahrenseinstellungen haben nach schweizerischem Strafprozessrecht die rechtlichen Wirkungen eines gerichtlichen Freispruches (Art. 320 Abs. 4 Eidg. StPO; vgl. auch NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 1349). Die Einstellung (oder der Freispruch) «mangels Beweisen» oder auch wegen eines materiellen gesetzlichen Strafbefreiungsgrundes führt nicht zu einem «Freispruch zweiter Klasse». Die Verfahrenserledigung zieht grundsätzlich die gleichen Rechtskraftwirkungen nach sich wie die Einstellung (oder der Freispruch) mangels Tatbestandes oder wegen positiven Nachweises der Unschuld (vgl. ESTHER TOPHINKE, in: Basler Kommentar StPO, Basel 2011, Art. 10 N. 12; ROLF GRÄDEL/MATTHIAS HEINIGER, ebenda, Art. 320 N. 14; WOLFGANG WOHLERS, in: Zürcher Kommentar StPO, Zürich 2010, Art. 10 N. 20; NATHAN LANDSHUT, ebenda, Art. 320 N. 11; JEAN-MARC VERNIORY, in: CPP, Commentaire Romand, Basel 2011, Art. 10 N. 7; ROBERT ROTH, ebenda, Art. 320 N. 14; s. auch EGMR vom 13. Juli 2010 i.S. *Tendam gegen Spanien*, Nr. 25720/15). Eine Einstellung mit einem Schuldvorwurf zu verbinden, wäre mit der strafrechtlichen Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 10 Abs. 1 Eidg. StPO) nicht vereinbar.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerdeführerin grundsätzlich nicht legitimiert, mittels Beschwerde in Strafsachen eine zu ihren Gunsten erfolgte definitive Verfahrenseinstellung anzufechten, mit dem blossen Ziel, eine andere juristische Begründung des Einstellungsbeschlusses zu erwirken. Ob eine rechtsuchende Person vom angefochtenen Entscheid beschwert ist (im Sinne von Art. 81 Abs. 1 BGG), ergibt sich aus dem Dispositiv (vgl. MARC THOMMEN, in: Basler Kommentar BGG, Basel 2008, Art. 81 N. 3; s. auch BGE 124 IV 94 E. 1c S. 95 f.; 120 V 233 E. 1a S. 237; 101 IV 324 E. 1 S. 325; 96 IV 64 E. 1 S. 67 f.; ZR 99 [2000] Nr. 8, S. 21 E. 2). Es besteht kein rechtlich geschütztes Interesse an der zusätzlichen Prüfung und positiven Feststellung, dass eine folgenlose Verfahrenseinstellung (mit Wirkung eines Freispruchs) nicht «nur» wegen eines materiell-strafrechtlichen Strafbefreiungsgrundes geboten sei, sondern dass es darüber hinaus auch noch zum vornherein an jeglicher strafrechtlicher Schuld bzw. Tatbestandsmässigkeit fehle. Ein Anspruch auf gerichtliche Feststellung der Schuldlosigkeit liesse sich auch aus der Unschuldsvermutung nicht ableiten (vgl. STEFAN TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2005, S. 178; Verniory, a.a.O., N. 12).

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B_3/2011, 20.4.2011, X. c. Staatsanwaltschaft und Verfahrensgericht in Strafsachen des Kantons Basel-Landschaft; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 29 al. 2 Cst; Récusation d'un juge

Après un rappel des principes jurisprudentiels et de la doctrine en la matière, le Tribunal fédéral a confirmé la décision de la chambre pénale de recours genevoise rejetant une demande de récusation du juge Jean-Marc Verniory.

Il estime notamment que le suivi des procédures pénale (ouverte au mois de juillet 2000) et civile (ouverte en 2001) relatives à la BCG a été confié à des avocats extérieurs à l'administration. Cette décision a été prise au moment où le Président n'était pas encore à la DAJ. Son arrivée dans ce service date du mois de février 2004, soit plusieurs années après le début de l'instruction. Comme le relève la Cour pénale, l'essentiel de cette instruction s'est déroulé entre juillet 2000 – l'Etat s'est porté partie civile en 2001 – et septembre 2005. La décision relative à la levée du secret de fonction du Chancelier d'Etat a été prise en mai 2003, soit également avant l'entrée en fonction à la DAJ. Dans ces conditions, les explications du Président, confirmées en réponse au présent recours, apparaissent crédibles. Le magistrat affirme en effet n'avoir jamais écrit une ligne, rédigé d'avis de droit ni répondu à aucune question concernant la procédure pénale; il n'a participé à aucun acte de procédure et donné aucune instruction à un subordonné, ni effectué aucun contrôle en rapport avec la procédure. Il précise encore, en réponse aux objections des recourants, qu'il n'a pas non plus rédigé de note interne à ce sujet. Les recourants relèvent qu'en vertu du secret de fonction qui perdurerait après la fin de son activité, le magistrat ne pourrait renseigner l'autorité de récusation. Cela ne permet toutefois pas de douter de la véracité des explications que le magistrat a choisi de donner, à savoir qu'il ne s'est en rien occupé de la cause pénale et n'est dès lors pas intervenu «à un autre titre» au sens de l'art. 56 let. b CPP. Le magistrat a quitté la DAJ en mai 2008, soit il y a près de trois ans, pour exercer la fonction de juge pénal. Il a par ailleurs affirmé qu'il n'avait conservé aucun lien ni avec la DAJ, ni avec l'ancien Chancelier d'Etat. Compte tenu de ces affirmations et du temps écoulé, on ne saurait le soupçonner d'une quelconque perte d'indépendance que ce soit à l'égard de l'Etat de Genève ou de son ancien supérieur hiérarchique qu'il pourrait être amené à entendre comme témoin. De ce point de vue également, les soupçons des recourants ne sauraient passer pour objectivement justifiés. C'est dès lors à bon droit que la demande de récusation a été écartée.

(I^{re} Cour de droit public, 1B_131/2011, 2.5.2011, plusieurs accusés dans l'affaire pénale «BCGE» c/ Jean-Marc Verniory, Etat de Genève, Procureur général GE; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

Art. 40 ff. StGB; Freiheitsstrafe

Die Freiheitsstrafe beträgt in der Regel mindestens sechs Monate, und höchstens 20 Jahre (Art. 40 Satz 1 StGB). Nach Art. 41 StGB kann das Gericht auf eine vollziehbare Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten nur erkennen, wenn die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe (Art. 42 StGB) nicht gegeben sind und zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann (Abs. 1). Es hat diese Strafform näher zu begründen (Abs. 2). Art. 42 Abs. 1 StGB bestimmt, dass das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel aufschiebt, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Aus dem Gesetzeswortlaut von Art. 41 und Art. 42 StGB ergibt sich,

dass im Rahmen der ordentlichen Strafzumessung keine bedingten Freiheitsstrafen unter sechs Monaten zulässig sind. Die Vorinstanz verletzt Bundesrecht, indem sie eine fünfmonatige bedingte Freiheitsstrafe ausfällt. Als Regelfall ist bei der von der Vorinstanz gewählten Strafhöhe eine Geldstrafe (Art. 34 StGB) auszusprechen, für welche der bedingte Strafvollzug möglich ist, oder aber eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe, wobei diese Strafform näher zu begründen ist (Art. 41 Abs. 2 StGB).

(Strafrechtliche Abteilung, 6B_1013/2010, 17.5.2011, X. c. Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Zug; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 219 al. 4, 224 al. 2 et 431 CPP; Détention illicite

En l'occurrence, il s'est écoulé près de 48 heures entre l'arrestation du recourant le 13 février 2011 à 11 h 00 et son audition par le ministère public le 15 février 2011 à 10 h 23, de sorte que le délai de 24 heures prévu par l'art. 219 al. 4 CPP n'a clairement pas été respecté. De plus, le ministère public a saisi le Tribunal des mesures de contrainte le 15 février 2011 à 16 h 41, soit 5 h 41 après l'échéance du délai de 48 heures prévu par l'art. 224 al. 2 CPP. En revanche, le Tribunal des mesures de contraintes a statué dans les 48 heures, conformément à l'art. 226 al. 1 CPP. L'audience de ce tribunal s'est en effet tenue le 16 février à 14 h 30 et la décision est datée du 17 février. Il apparaît en outre que cette décision a été rendue dans les 96 heures suivant l'arrestation du recourant, ce dernier ne prétendant au demeurant pas le contraire. Par ailleurs, il ressort du dossier que le dépassement du premier délai est notamment dû à des difficultés liées au transfert du prévenu du canton de Zurich au canton de Vaud. Dans ces conditions, une appréciation globale de la procédure durant les premières 96 heures de détention ne permet pas de conclure à une violation grave du principe de la célérité, la décision sur la détention étant intervenue à temps. C'est dès lors à juste titre que le Tribunal cantonal a considéré que le non-respect des délais susmentionnés ne justifiait pas l'élargissement du recourant.

Cela étant, le Tribunal cantonal ne pouvait pas se limiter à renvoyer le recourant à déposer une demande de réparation pour détention illicite en application de l'art. 431 CPP. En effet, il découle de la jurisprudence (arrêt 1B_153/2011) que le non-respect des délais prévus aux art. 219 al. 4 et 224 al. 2 CPP ne suffit pas nécessairement à rendre la détention illicite, de sorte qu'il n'est pas certain que la seule violation de ces dispositions donne lieu à une réparation sur la base de l'art. 431 CPP.

La violation des dispositions procédurales en question peut cependant être réparée d'emblée par le biais de la pratique confirmée dans l'arrêt 1B_153/2011 précité, à savoir par la constatation d'une violation du principe de célérité, une admission partielle du recours sur ce point et la mise à la charge de l'Etat des frais de justice. Cette solution est au demeurant conforme à la jurisprudence fédérale (cf. ATF 136 I 274). Il y a donc lieu d'admettre partiellement le recours dans cette mesure et de réformer l'arrêt entrepris à cet égard.

(I^{re} Cour de droit public, 1B_173/2011, 17.5.2011, A. c/ Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois; publication de l'arrêt prévue. – condensé Bû)

Art. 229 CCP; Détention

Il résulte d'une interprétation littérale de l'art. 229 al. 3 let. b CPP (en lien avec l'art. 227 al. 7 CPP) que le tribunal des mesures de contrainte peut ordonner une détention pour des motifs de sûreté de trois mois au plus (voire de six mois au plus dans des cas exceptionnels), lorsqu'il y a eu détention provisoire préalable. Lorsqu'il n'y a pas eu de détention provisoire préalable, l'art. 229 al. 3 let. a CPP renvoie à la procédure prévue par les art. 225 et 226 CPP. La durée maximale à laquelle le tribunal des mesures de contrainte peut fixer la détention provisoire au sens de l'art. 226 al. 4 let. a CPP résulte de l'art. 227 al. 1 CPP et est également de trois mois (cf. réf.). Ainsi, qu'il y ait eu ou non détention provisoire préalable, la détention pour des motifs de sûreté doit être fixée pour une durée maximale de trois mois (ou exceptionnellement de six mois), à chaque fois renouvelable.

L'argumentation de l'instance précédente qui considère qu'il y a une différence de traitement en matière de détention pour des motifs de sûreté, selon qu'il y a eu ou non détention provisoire préalable, méconnaît le fait que l'art. 226 al. 4 let. a CPP est à lire en parallèle avec l'art. 227 al. 1 CPP. La Chambre pénale de recours ne peut donc en déduire que le tribunal des mesures de contrainte serait obligé de «contrôler périodiquement, soit chaque trois ou six mois, la détention pour des motifs de sûreté du prévenu qui a déjà subi un tel contrôle dans le cadre de sa détention provisoire préalable et [ne pas contrôler] périodiquement la détention à titre de sûreté du prévenu qui n'a pas été détenu préalablement à titre provisoire». Dès lors, un contrôle périodique de l'adéquation aux principes de célérité et de proportionnalité de la détention pour des motifs de sûreté, tout comme de la détention provisoire, doit pouvoir être opéré par le tribunal des mesures de contrainte et ce, même si l'inculpé a en principe la possibilité de solliciter en tout temps sa mise en liberté.

(I^{re} Cour de droit public, 1B_222/2011, 1.6.2011, A. c/ Ministère public du canton de Genève; publication de l'arrêt prévue. – condensé Bû)

 Sozialversicherungsrecht/Droit des assurances (V)**Art. 53 al. 2 LPGA; Reconsidération**

En effet, la jurisprudence considère que l'administration est libre de révoquer une décision manifestement erronée, dont la rectification revêt une importance notable (cf. art. 53 al. 2 LPGA), et partant, de régler les modalités de la reconsidération. Aussi, le juge n'a-t-il pas le pouvoir de la contraindre à reconsidérer une telle décision ni, à plus forte raison, de lui prescrire, à défaut d'une règle positive, les modalités d'un tel réexamen (ATF 119 V 180 consid. 3 p. 183; arrêt 8C_526/2008 du 8 décembre 2008). En l'espèce, en renvoyant le dossier au recourant pour qu'il recalcule les prestations complémentaires sans tenir compte du gain potentiel de l'intimée à partir du 1^{er} janvier 2008, la juridiction cantonale étend la reconsidération à un objet différent de celui examiné par le SPC, lequel concernait la prise en compte à titre de dépenses reconnues des cotisations sociales fédérales. En

d'autres termes, elle le contraint à reconsidérer sa décision pour un autre motif que celui pour lequel il avait décidé de revenir sur sa décision du 5 février 2009. Or, une telle possibilité d'étendre l'objet de la reconsidération ou d'imposer un motif de reconsidération, en tant que modalité du réexamen d'une décision administrative entrée en force, est exclue en l'absence d'une règle idoine. Le jugement entrepris doit dès lors être réformé en ce sens que le SPC n'avait pas à exclure le revenu hypothétique du calcul des prestations complémentaires du 1^{er} janvier au 31 décembre 2008. Partant, le recours du SPC apparaît bien fondé.

(II^e Cour de droit social, 9C_836/2010, 20.5.2011, Service des prestations complémentaires c/ G.; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 61 lit. f ATSG; Gerichts- und Anwaltskosten, unentgeltliche Rechtspflege

Laut Rechtsprechung gilt die familienrechtliche Verpflichtung zur Bevorschussung von Prozesskosten des anderen Ehegatten grundsätzlich auch bei Getrenntleben, und einer Bevorschussung steht ein bereits anhängig gemachtes Scheidungsverfahren nicht entgegen. Ins Leere geht folglich die Rüge, der Ehegatte könne während der Trennung mit Blick auf dessen Unterhaltspflicht und den nahehelichen Unterhalt sowie die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht auch noch zur Bevorschussung von Gerichts- und Anwaltskosten für ein von der Ehepartnerin angestregtes Sozialversicherungsverfahren verhalten werden. In diesem Licht verlangte das kantonale Gericht zu Recht Angaben über die finanziellen Verhältnisse des damaligen Ehegatten.

(II. sozialrechtliche Abteilung, 9C_84/2011, 24.5.2011, Z. c. Sozialversicherungsgericht 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. 405 CPC; Notification**

La communication visée par l'art. 405 al. 1 CPC est une notion autonome de droit fédéral; il n'y a pas de renvoi ni de référence au droit cantonal. Pour appréhender cette notion dans le système du code de procédure unifié, il faut se référer d'abord à l'art. 239 CPC (FISCHER, ibidem; opinion contraire: TAPPY, op. cit., p. 31/32, auteur pour qui le droit cantonal est déterminant). La communication peut donc intervenir par remise d'un dispositif à l'audience (art. 239 al. 1 let. a CPC), par notification d'un dispositif écrit (art. 239 al. let. b CPC) ou par notification d'une expédition motivée, incluant le dispositif. En cas de notification, il faut, à première vue, se référer aussi à l'art. 138 CPC; selon cette disposition, la notification est accomplie lorsque l'acte est remis à son destinataire, à l'un de ses employés ou à une personne de son ménage âgée de seize ans au moins (art. 138 al. 2 CPC). Toutefois, le critère adopté par le législateur fédéral pose un problème bien prévu par les commentateurs de l'art. 405 CPC: il est possible que l'une des parties à l'instance reçoive le jugement en 2010 et que l'autre

le reçoive en 2011 (FISCHER et FREI/WILLISEGGER, loc. cit.; TAPPY, op. cit., p. 32; TANJA DEMEJ, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Paul Oberhammer (éd.), 2010, n° 2 ad art. 405 CPC); c'est précisément la situation de la présente affaire.

La notification aux défendeurs est intervenue le 28 décembre 2010; celle à la demanderesse s'est accomplie le 4 janvier 2011. Les commentateurs proposent de prendre pour référence la date d'envoi du jugement par le tribunal (TAPPY et DEMEJ, loc. cit.). En pratique, le plus souvent, les tribunaux envoient toutes les copies d'un jugement le même jour et cette date est donc, en principe, commune à toutes les parties. Il est surtout indiscutable que les voies de recours doivent être les mêmes pour toutes les parties, et que seule une date, soit en 2010, soit en 2011, est donc décisive. Il faut aussi que le tribunal puisse indiquer avec sûreté, dans le jugement, la voie de recours disponible. La solution ainsi proposée par la doctrine est donc pertinente, alors même qu'elle ne s'accorde pas entièrement avec le système du code unifié et qu'elle diverge, en particulier, de la théorie de la réception consacrée par l'art. 138 CPC.

En conséquence, les deux cours de droit civil du Tribunal fédéral ont décidé en commun, le 31 mars 2011 et en application de l'art. 23 al. 2 LTF, que la date de la «communication de la décision aux parties», aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC, est celle de l'envoi de l'acte par le tribunal. Elles ont par ailleurs décidé, également, que la remise aux parties d'un dispositif écrit, le cas échéant, est suffisante, et que la communication n'est pas reportée à la remise d'une expédition motivée.

Il s'ensuit qu'en l'espèce, le 27 décembre 2010 est la date de la communication du jugement rendu le 23 décembre 2010 par le Tribunal cantonal neuchâtelois. Ce jugement n'est pas susceptible de l'appel prévu par l'art. 308 CPC et le recours en matière civile est recevable au regard de l'art. 75 al. 1 LTF.

(1^{re} Cour de droit civil, 4A_80/2011, 31.3.2011, A. SA c/ B. et C.; publication de l'arrêt prévue. – condensé BÜ)

Art. 75 al. 2 LTF; Autorités de recours

Jusqu'au 31 décembre 2010, en vertu de l'art. 130 al. 2 LTF, les juridictions cantonales inférieures pouvaient continuer à statuer, notamment sur recours, conformément au droit cantonal. Ainsi, en droit vaudois, le Tribunal civil d'arrondissement pouvait statuer sur appel contre une ordonnance de mesures provisionnelles en matière de divorce. Son jugement pouvait faire l'objet d'un recours en nullité pour les motifs prévus par l'art. 444 al. 1 CPC/VD, notamment pour déni de justice formel et pour arbitraire dans l'appréciation des preuves (ATF 126 I 257 consid. 1b). En revanche, les motifs de violation du droit fédéral devaient et pouvaient être entrepris directement par un recours en matière civile au Tribunal fédéral, au sens de l'art. 98 LTF.

D'ici à l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2011, du Code de procédure civile fédéral du 19 décembre 2008 (ci-après CPC), les cantons devaient avoir édicté des dispositions d'exécution conformes notamment à l'art. 75 al. 2 LTF; ils devaient en particulier avoir institué comme autorités de recours – de dernière instance – des tribunaux supérieurs (art. 75 al. 2 1^{re} phrase LTF). Le délai

transitoire qui leur avait été accordé pour adapter leur législation est échu à cette date (PIERRE FERRARI, Commentaire de la LTF, n. 13 ad art. 130 LTF; DENIS TAPPY, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, JdT 2010 III 11 ss, p. 42 s.; cf. également DENISE BRÜHL-MOSER, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2008, n. 14 et 32 ad art. 130 LTF). Sauf à violer le principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.), les cantons doivent donc soumettre au tribunal supérieur, c'est-à-dire au tribunal cantonal (ou à l'un ou plusieurs de ses membres) les recours pendants au 1^{er} janvier 2011 qui seront jugés après cette date.

En effet, à dater du 1^{er} janvier 2011, le recours en matière civile au Tribunal fédéral, comme d'ailleurs le recours constitutionnel subsidiaire (art. 114 LTF), ne sont recevables que contre une décision cantonale de dernière instance (art. 75 al. 1 LTF), prise par un tribunal supérieur (art. 75 al. 2 1^{re} phrase LTF) et, sauf exceptions expresses, rendue sur recours (art. 75 al. 2 2^e phrase LTF).

Interjeté contre le jugement d'appel rendu le 31 janvier 2011 par le Tribunal d'arrondissement de la Côte, qui n'est pas un tribunal supérieur au sens de l'art. 75 al. 2 1^{re} phrase LTF, le recours en matière civile est donc irrecevable.

(1^{re} Cour de droit civil, 5A_162/2011, 19.4.2011, X. c/ Y.; publication de l'arrêt dans le RO prévue. – condensé BÜ)

Art. 272 LP; Suretés dans le cadre d'une procédure de séquestre

Comme la Cour de céans l'a rappelé dans son arrêt du 20 janvier 2011 (5A_501/2010 consid. 2.3.2), il n'est pas soutenable de déduire de l'absence d'exequatur du jugement néerlandais la conclusion que la prétention invoquée à l'appui de la réquisition de séquestre n'a pas été rendue vraisemblable au regard de l'art. 272 al. 1 ch. 1 LP. Il est dès lors arbitraire d'admettre que cette circonstance dénote une «perte de vraisemblance» de la créance par rapport à l'époque où le séquestre a été ordonné (cf. ATF 5P.169/1994 du 16 janvier 1995 [refus d'exequatur à une sentence arbitrale étrangère]). L'astreinte aux sûretés étant un accessoire de l'autorisation de séquestre (ATF 5A_165/2010 consid. 1.2, in: Praxis 2011 p. 142), il appartiendra à la Cour de justice, à laquelle la cause relative à l'opposition a été renvoyée, d'examiner à nouveau l'incidence du refus de l'exequatur sur le principe ou la quotité des sûretés. Lorsque, comme ici, la caution est requise à un stade postérieur à l'ordonnance de séquestre, elle ne peut être imposée que sur requête (STOFFEL, ibid., n° 30 et les citations; JEANDIN, Aspects judiciaires relatifs à l'octroi du séquestre, in: JdT 2006 II 74 ch. 3). A cet égard, il incombe au requérant d'établir les éléments du dommage auquel l'expose l'indisponibilité de ses avoirs (cf. ATF 5P.262/1995 du 19 septembre 1995 consid. 4c). Sur ce point, la décision attaquée constate expressément que, pour fonder sa requête, l'intimée «a fait valoir avoir été empêchée de procéder à la réalisation de nouveaux investissements, sans davantage d'explications»; en d'autres termes, comme le souligne avec raison la recourante, sa partie adverse n'a pas démontré à suffisance de droit un tel préjudice découlant de l'immobilisation de ses fonds. Par ailleurs,

l'indisponibilité des fonds placés sous main de justice n'entraîne une obligation de réparer que si le débiteur (ou le tiers) subit un préjudice de ce chef (cf. ATF 5P.262/1995 précité); il en est ainsi, en particulier, lorsqu'il doit emprunter pour suppléer à l'indisponibilité de ses fonds. Or, comme on l'a vu, il ne résulte pas de l'arrêt attaqué que l'intimée aurait été contrainte de recourir au crédit, ce qui paraît du reste peu vraisemblable vu la surface financière du débiteur (État étranger) et les valeurs appréhendées. L'intimée allègue que les «montants détenus en main de la IATA ne portent pas d'intérêts», mais ce fait ne ressort pas de l'arrêt déferé (art. 105 al. 1 LTF). En outre, on ignore si, dans le cadre de sa gestion, l'office aurait transféré les fonds séquestrés sur un compte bancaire (cf. à ce sujet: OCHSNER, Exécution du séquestre, in: JdT 2006 II 118 ss); les intérêts éventuels produits par les sommes séquestrées devraient alors être imputés sur les intérêts à payer en vertu de l'emprunt (ATF 113 III 94 consid. 11b).

(II^e Cour de droit civil, 5A_757/2010, 20.4.2011, X. SA c/ République d'Irak, Office des poursuites de Genève; publication de l'arrêt non prévue dans le RO. – condensé BÜ)

Art. 29 Cst; Droit d'être entendu, de se déterminer sur des pièces de la partie adverse

Le recourant reproche à l'autorité cantonale d'avoir ignoré ses critiques, contenues dans son courrier du 19 juillet 2010, visant le certificat médical produit par l'intimée en instance d'appel. Il soutient que les juges précédents ont «retranché» cette lettre du dossier, considérant qu'elle avait été déposée hors délai, de sorte qu'il n'a jamais pu se prononcer sur la valeur probante du certificat précité, selon lequel l'intimée présenterait une incapacité de travail de l'ordre de 40% depuis le 1^{er} juillet 2009. L'arrêt entrepris ne contiendrait en outre aucune motivation quant à la valeur probante de cette pièce, sur laquelle les juges précédents se sont fondés pour arrêter la capacité de gain de l'intimée.

L'autorité cantonale aurait aussi violé son droit d'être entendu en omettant de tenir compte, sans explication, de l'allégation, également formulée dans le courrier du 19 juillet 2010 et étayée par une liste d'hébergement touristique, selon laquelle l'intimée proposerait une chambre d'hôte dans sa villa, location qui lui permettrait d'augmenter son revenu.

Il appert que l'autorité cantonale n'a pas réagi au courrier du mari du 19 juillet 2010 et qu'elle a rendu son arrêt sans en tenir compte; selon le recourant, les juges précédents auraient estimé que cette lettre avait été déposée hors délai, ce qui ne ressort toutefois pas du dossier. Le certificat médical du 18 mai 2010, pris en considération par la cour cantonale sans émettre d'appréciation à son sujet, constitue un élément important dans la mesure où il atteste que l'épouse présente une incapacité de travail de 40% dès le 1^{er} juillet 2009 et pour une durée indéterminée, ce qui a eu une influence sur la fixation de la contribution d'entretien. En ignorant, sans en exposer les motifs, la détermination du recourant, l'autorité cantonale a violé son droit d'être entendu, et ce indépendamment de la forme et du délai dans lesquels elle a été déposée. Il en va de même dans la mesure où les juges précédents ne se sont pas exprimés sur la recevabilité de

l'allégué – nouveau – relatif aux revenus que l'intimée pourrait tirer de la location d'une chambre d'hôte dans sa villa.

(II^e Cour de droit civil, 5A_673/2010, 9.5.2011, A. c/ A; arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

Art. 29 Cst; Honoraires de l'avocat d'office

Le recourant évoque plusieurs points sur lesquels il estime que l'activité consacrée à la défense de son client a été appréciée arbitrairement. Ainsi, il soutient que c'est de manière insoutenable que l'autorité cantonale a exclu les deux heures qu'il a consacrées à la rédaction de deux requêtes de jonction. Celle-ci a motivé sa décision par le fait qu'il s'agissait de points relevant de la compétence du juge, que le magistrat saisi examine d'office. Comme le relève le recourant, suivre ce raisonnement conduirait à exclure la rémunération de l'avocat d'office dans tous les domaines dans lesquels l'autorité applique le principe «iura novit curia», ce qui est de toute évidence inconcevable notamment dans les cas où la défense est obligatoire.

Le recourant reproche à l'autorité cantonale d'avoir purement et simplement supprimé le temps consacré aux vacations au Tribunal d'arrondissement de la Côte. A ce propos, l'arrêt attaqué admet qu'il s'agit de vacations nécessaires mais considère qu'elles ne sauraient être facturées au même tarif que les prestations intellectuelles relevant de l'exercice du mandat stricto sensu. Dans le même arrêt, statuant sur le recours formé par le mandataire d'un coaccusé, l'autorité cantonale a réduit à une heure et 10 minutes la durée admise pour les mêmes vacations. Si l'on peut concevoir que de telles prestations ne soient pas taxées de la même manière que le temps consacré à l'étude du dossier, il est insoutenable de les ignorer purement et simplement dans un cas alors qu'elles sont honorées dans l'autre, de surcroît sans indiquer de motifs qui pourraient éventuellement justifier cette différence d'appréciation.

Le recourant se plaint également de la réduction du montant sollicité au titre de frais de transport. Il se prévaut de l'art. 9 du Tarif des honoraires d'avocat dus à titre de dépens du 17 juin 1986, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (TAv).

Ce tarif, adopté notamment sur la base de l'art. 93 al. 2 CPC/VD, concerne exclusivement l'activité des avocats dans le cadre de causes civiles et ne trouve pas application en matière pénale. Il n'est donc pas pertinent en l'espèce. Comme le relève par ailleurs le recourant, c'est l'arrêté sur les déplacements en matière judiciaire du 6 décembre 1958 (ADJ) qui devait être appliqué et on ne comprend pas pour quel motif la cour cantonale ne fonde pas sa décision sur cette réglementation, en vertu de laquelle les défenseurs d'office en matière pénale reçoivent pour tout déplacement nécessaire hors du chef-lieu du district dans lequel ils pratiquent habituellement, une indemnité de transport de 40 centimes par kilomètre, dès leur lieu de travail habituel (art. 23 al. 1 ADJ). Conformément à l'al. 2 de cet article, ils reçoivent en outre, pour les audiences, une indemnité de déplacement de 24 francs par jour ou 10 francs par demi-journée. Or, comme le montre le recourant, calculée sur la base de cette disposition,

l'indemnité pour frais de transport est de toute évidence supérieure au montant qui lui a été alloué par l'autorité cantonale.

(Cour de droit pénal, 6B_810/2010, 25. 5. 2011, X. c/ Ministère public du canton de Vaud; publication de l'arrêt non prévue. – condensé *Bü*)

Art. 34 al. 3 CO; Election de domicile

Selon l'art. 34 al. 3 CO, lorsque le représenté a fait connaître les pouvoirs qu'il a conférés au représentant, ce qui s'exprime notamment, comme en l'espèce, au moyen d'une procuration fournie par le représentant au tiers (cf. réf.), il ne peut en opposer aux tiers de bonne foi la révocation totale ou partielle que s'il a également fait connaître cette révocation. Cette règle a une portée générale, qui dépasse le droit privé et s'applique en particulier en droit de procédure (cf. arrêt 6B_797/2008).

Dans le cas particulier, il est constant que l'office a été avisé de l'existence d'un tel pouvoir de représentation et qu'il a été expressément invité à communiquer une copie de l'ordonnance et du procès-verbal de séquestre au représentant. Lorsqu'il a fait cette communication, par pli recommandé du 30 août 2010, aucune révocation n'avait été portée à sa connaissance. La notification du procès-verbal de séquestre est donc valablement intervenue le 31 août 2010, au moment où le pli en question, distribué dans la case postale du représentant, a été retiré au guichet postal (ATF 100 III 3). Contrairement à ce que retiennent l'office et l'autorité cantonale de surveillance, il ne pouvait y avoir de doute quant à la validité de la notification du procès-verbal de séquestre en mains du mandataire. La révocation par la débitrice des pouvoirs conférés à son représentant ayant été communiquée postérieurement à cette notification, elle ne pouvait ni invalider cette dernière, ni être opposée à l'office et à la recourante en vertu de l'art. 34 al. 3 CO. Comme le relève à juste titre la recourante, le fait que le pouvoir de représentation aurait été révoqué le 26 août 2010 déjà n'y change rien, attendu que cette prétendue révocation n'a été communiquée ni à l'office ni à la recourante avant la notification du procès-verbal de séquestre.

(II^e Cour de droit civil, 5A_26/2011, 30. 5. 2011, A. SA c/ B.; publication de l'arrêt non prévue. – 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 Juni- und die Juli-Ausgabe 2011 der **Praxis** Übersetzungen der unten aufgeführten BGE ins Deutsche.

BGE	Praxis	Gegenstand
136 III 636	Nr. 64	Abtretung von Masseansprüchen im summarischen Konkursverfahren; Nichtigkeit
136 IV 165	Nr. 78	Bedingte Entlassung aus dem Vollzug der einer Verwahrung vorausgehenden Freiheitsstrafe
136 IV 179	Nr. 68	Geldwäscherei; Vermögenswerte aus passiver Bestechung; beidseitige Strafbarkeit
136 IV 188	Nr. 79	Geldwäscherei; Erfüllung des Tatbestands durch Unterlassung
137 I 58	Nr. 71	Öffentliches Dienstverhältnis; Konversion einer Kündigung mit sofortiger Wirkung in eine Kündigung aus wichtigen Gründen mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten
137 II 23	Nr. 60	Verdichtung der Bauzone; Gemeindeautonomie; Uferzone in St. Sulpice
137 II 40	Nr. 73	Radio und Fernsehen; Legitimation von Privatpersonen und Organisationen zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheide der UBI
137 III 23	Nr. 62	Massenentlassung; vom Konsultationsverfahren betroffene Betriebseinheit
137 III 85	Nr. 65	Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen gegen die Weigerung des Schiedsgerichts, einen ergänzenden Schiedsentscheid zu erlassen
137 III 127	Nr. 67	Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen; Übergangsrecht; Zeitpunkt der Eröffnung des Urteils
137 III 130	Nr. 66	Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen; Übergangsrecht; Urteilsöffnung, Massgeblichkeit des Versanddatums
137 V 36	Nr. 70	Krankenversicherung; ambulanter oder stationärer Charakter einer Behandlung?
137 V 51	Nr. 80	Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Urteile betreffend Schadenersatz aus Art. 52 AHVG; Streitwertgrenze
vorgesehen 1C_108/2011 24. 3. 2011	Nr. 59	Politische Rechte; Einheit der Materie, Abstimmungs-freiheit
vorgesehen 2D_41/2010 15. 12. 2010	Nr. 72	Aufenthaltsbewilligung; Parteistellung eines Asylbewerbers
vorgesehen 5A_598/2009 25. 08. 2010	Nr. 74	Ehegüterrecht; Teilung der individuellen gebundenen Vorsorge

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

Der SAV teilt mit La FSA vous informe

Anwaltskongress 2011

Mit insgesamt rund 800 Teilnehmenden hat der diesjährige Anwaltskongress wiederum alle bisherigen Rekorde gebrochen. Der SAV dankt allen Referenten für die interessanten und für das tägliche Handwerk nützlichen Beiträge. Ein grosses Merci gilt auch den Sponsoren, welche diesen Anlass mit ihren auf die Anwaltsbedürfnisse zugeschnittenen Produkten bereichert und mit ihrer Unterstützung eine Weiterbildungsveranstaltung dieser Grösse erst möglich gemacht haben.

Wir danken herzlich

... den **Hauptspensoren** Axa Winterthur, Zürich; Data Quest AG, Zürich; Deltavista AG, Zürich; LGT Wealth Management, Vaduz und Zürich; QuoVadis Trustlink Schweiz AG, St. Gallen; Stämpfli Verlag AG, Bern; Vitra AG, Birsfelden;

... den **Co-Sponsoren** Corporate Private Care AG, Zürich; Hieronymus Sàrl, Genf; RMS Risk Management Service, Basel;

... Kanton und Stadt Luzern für den gespendeten Aperitif und die Gastfreundschaft;

... sowie Oettinger Davidoff Group, Basel; All Consulting AG, St. Gallen; Econis AG, Dietikon; Executive School of Management, Technology and Law (ES-HSG), Universität St. Gallen; Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel; me2me AG, Baar; Pensionskasse des SAV (PK SAV), Bern; Schulthess Juristische Medien AG, Zürich; Visana Services AG, Bern; Voicepoint GmbH, Wetzikon.

Tagungsunterlagen

Die umfangreichen Tagungsunterlagen können über infoverlag@staempfli.com bezogen werden.

Medienpreis 2011

Hansjürg Zumstein vom Schweizer Fernsehen gewinnt den 12. SAV-Medienpreis

Der beim Schweizer Fernsehen (SF) tätige Redaktor und Dokumentarfilmer Hansjürg Zumstein gewinnt den Medienpreis des Schweizerischen Anwaltverbands (SAV). Die Jury unter der Leitung von Alt-Nationalrat Franz Steinegger prämierte ihn für seinen Dokumentarfilm über den European Kings Club mit dem Titel «Habgier und die bösen Folgen». Die Ehrung und die Übergabe des Preisgeldes in der Höhe von CHF 10 000.– erfolgten anlässlich des sechsten Anwaltskongresses in Luzern.

Der SAV hat diese Preisverleihung Ende der 1990er Jahre eingeführt, um eine qualitativ hochstehende Berichterstattung über rechtliche Themen und die Information breiter Bevölkerungskreise über Wesen und Wert des schweizerischen Rechts zu fördern.

Über die Vergabe des Medienpreises entscheidet jeweils eine Jury aus Richtern, Anwälten, Juristen, Journalisten und Politikern aus der ganzen Schweiz. Die Jury steht unter der Leitung von Alt-Nationalrat Franz Steinegger. Der Medienpreis des SAV richtet sich an alle Medienschaffenden periodischer Medien. Bei der Jurierung wurden Presseartikel und Reportagen sowie Sendungen aus Radio und Fernsehen berücksichtigt, die eine der folgenden Bedingungen erfüllen:

- Allgemeinverständliche und objektive Aufklärung über das Wesen und die Werte des Schweizer Rechts und dessen Instanzen
- Information über einen juristischen Beruf
- Fundierte Kritik am bestehenden Rechtssystem

Dank geschickten Investitionen 70 % Rendite – das versprach vor 15 Jahren eine Organisation namens European Kings Club, kurz EKC genannt. Tausende von Schweizerinnen und Schweizern machten begeistert bei den EKC-Veranstaltungen mit. Der Gedanke an das schnelle Geld, die Habgier, verdrängte jeden kritischen Gedanken. Doch die beiden Organisatoren Dagmar Bertges und Hans Günther Spachtholz waren Betrüger. 15 Jahre später hat Hansjürg Zumstein die beiden Kings Club-Initiatoren in Deutschland wiedergefunden. Und sie waren nach ihren langen Gefängnisstrafen bereit, über die damalige Zeit zu sprechen. Das mit dem SAV-Medienpreis ausgezeichnete Ergebnis ist ein faszinierender Einblick in eine kriminelle Organisation, die insbesondere in ländlichen Regionen der Schweiz in den neunziger Jahren Tausende von Mitgliedern hatte. Zumstein, der als Journalist schon früher auf das Unwesen des EKC hingewiesen hatte, thematisiert die Verblendung habgieriger Menschen. Zudem fokussiert er auf die professionelle Arbeit der Justiz, zeigt eindrücklich, welchem Druck und welchen Bedrohungen die untersuchenden Justizpersonen ausgesetzt waren. Die zusätzlichen Einordnungen eines Professors für Strafrecht und der Rückblick des damaligen Untersuchungsrichters machen den Film zu einem wertvollen, preiswürdigen Dokument.

Für den Medienpreis des SAV waren journalistische Arbeiten gefragt über das Wesen und die Werte des Schweizer Rechts und dessen Instanzen oder über juristische Berufe sowie auch kritische Beiträge über das bestehende Rechtssystem. «Mit seinem gut verständlichen Film aus der DOK-Serie «Kriminalfälle – die 7 Todsünden» ist es Hansjürg Zumstein gelungen, fundiert recherchiert Licht in die dunklen Machenschaften dieser kriminellen Organisation zu bringen», erklärt Jurymitglied und Laudator Martin Hofer, Geschäftsleitungsmitglied bei der PR-Agentur Burson-Marsteller. «Hansjürg Zumsteins Beitrag distanzierte die Konkurrenz um Längen. Wir waren – mit Ausnahme des preisgekrönten Beitrags – enttäuscht über die eingereichten Arbeiten. Der Anwaltsverband würde sich kritischeren Journalismus im Bereich des Rechts wünschen!»

Weitere Informationen und einen Link zum Beitrag von Hansjürg Zumstein finden Sie unter <http://www.sav-fsa.ch/Medienpreis.1735.0.html>

Fachanwältin/Fachanwalt SAV – Der SAV gratuliert!

Fachanwältinnen/Fachanwälte SAV Arbeitsrecht sowie Erbrecht

Der SAV gratuliert den neuen «Fachanwältinnen und Fachanwälten SAV Arbeitsrecht» sowie den neuen «Fachanwältinnen und Fachanwälten SAV Erbrecht», welche nach erfolgreich absolvierter Fachausbildung, bestandener schriftlicher Prüfung sowie bestandener Fachgespräch, am 23. Juni 2011 anlässlich einer kleinen Feier im KKL Luzern ihr Fachanwaltsdiplom entgegennehmen durften. Es sind dies:

Arbeitsrecht

Daniel Alder, Zürich
Reto Annen, Chur
Martin Bänziger, Winterthur
Martin Farner, Zürich
Elisabeth Glättli, Winterthur
Katrin Keller Lüscher, Zollikon
Thomas Mayer, St. Gallen
Barbara Meyer, Zürich
Roger Peter Morf, Zürich
Roger Rudolph, Wetzikon
Tonia Villiger, Winterthur
Doris Vollenweider, Liestal
Adrian von Kaenel, Wetzikon
Claudia von Wartburg Spirgi, Binningen
Gianni F. Zanetti, Cham
Dario Zarro, Zürich

Erbrecht

Hans-Martin Allemann, Chur
Urs Bänziger, Winterthur
Jacqueline Burckhardt Bertossa, Basel
Debra E. Davatz Hörler, Zürich
Walter Hagger, Zürich
Balz Hösly, Zürich
Rudolf Kunz, Chur
Toni Lussi, Luzern
Rafael Meier, Zürich
Beat Rüedi, Kreuzlingen
Michael Sigerist, Luzern
Daniel Trachsel, Zürich
Kinga M. Weiss, Zürich

Congrès des Avocats 2011

Avec une participation d'environ 800 participants, le Congrès des avocats 2011 a battu tous les records. La FSA remercie tous les conférenciers de leurs intéressantes contributions, particulièrement utiles dans le travail de tous les jours. Un très grand merci également à tous nos sponsors qui ont non seulement enrichi ce Congrès en exposant des produits qui répondent aux besoins spécifiques des avocats, mais également rendu possible, grâce à leur généreux soutien, l'organisation d'une formation continue de cette envergure.

Nous adressons nos sincères remerciements

... aux **sponsors principaux** AXA Winterthur, Winterthur; Data Quest SA, Zurich; Deltavista SA, Zurich; LGT Bank (Suisse), Zurich; Quo Vadis Trustlink Schweiz SA, St-Gall; Editions Stämpfli SA, Berne; Vitra SA, Birsfelden;

... aux **co-sponsors** Corporate Private Care SA, Zurich; Hieronymus Sàrl, Genève; RMS Risk Management Service, Basel;

... pour l'apéritif offert et leur hospitalité: le canton et la ville de Lucerne;

... ainsi que Oettinger Davidoff Group, Bâle; All Consulting AG, St-Gall; Econis SA, Dietikon; Executive School of Management, Technology and Law (ES-HSG) de l'Université de St-Gall; Editions Helbing Lichtenhahn, Bâle; me2me SA, Baar; Caisse de Pension de la FSA (CP FSA) à Berne; Schulthess Juristische Medien SA, Zurich; Visana Services SA, Berne; Voicepoint Sàrl, Wetzikon.

Documents du Congrès

L'intégralité des documents du Congrès peut être commandée par e-mail à l'adresse suivante: infoverlag@staempfli.com.

Prix des médias

Hansjürg Zumstein de la télévision suisse alémanique remporte le 12^{ème} Prix des médias de la FSA

Hansjürg Zumstein, rédacteur à la télévision suisse alémanique et réalisateur de films documentaires, a remporté le Prix des médias de la Fédération Suisse des Avocats (FSA). Le jury présidé par l'ancien conseiller national Franz Steinegger l'a distingué pour son documentaire sur l'European Kings Club intitulé «Habgier und die bösen Folgen» (la cupidité et ses graves conséquences). La cérémonie qui a permis de remettre le prix de CHF 10 000 s'est déroulée lors du 6^{ème} Congrès des avocats à Lucerne.

La FSA a créé ce prix à la fin des années 1990 afin de promouvoir une chronique juridique de qualité et l'information du grand public sur l'essence et la valeur du droit suisse.

Le choix du lauréat est effectué par un jury composé de juges, d'avocats, de juristes, de journalistes et de politiciens issus de toute la Suisse. Le président du jury est l'ancien conseiller national Franz Steinegger. Le Prix des médias de la FSA s'adresse à tous les journalistes qui travaillent pour des médias périodiques. Le jury a examiné des articles de presse, des reportages ainsi que

des émissions de radio et de télévision qui devaient remplir les conditions suivantes:

- Expliquer de manière claire et objective l'essence et les valeurs du droit suisse et de ses instances
- Donner des informations sur une profession juridique
- Formuler une critique fondée du système juridique en place

Un rendement de 70 % grâce à d'habiles investissements: voilà ce que promettait il y a quinze ans une organisation appelée l'European Kings Club, EKC en abrégé. Des centaines de Suissesses et de Suisses ont participé avec enthousiasme aux manifestations de l'EKC. L'idée de gagner rapidement de l'argent et la cupidité avaient raison de tout jugement critique. Pourtant les deux organisateurs, Dagmar Bertges et Hans Günther Spachtholz, étaient des escrocs. Quinze ans plus tard, Hansjürg Zumstein a retrouvé les deux créateurs du Kings Club en Allemagne. Après avoir purgé une longue peine de prison, ils étaient prêts à parler du passé. Cela a donné naissance au film qui a été primé par le Prix des médias de la SAV. Il donne un aperçu fascinant d'une organisation criminelle, qui avait principalement recruté des milliers de membres dans les régions rurales de la Suisse dans les années quatre-vingt dix. Hansjürg Zumstein, qui avait déjà signalé les méfaits de l'EKC dans le passé, y parle de l'aveuglement de la cu-

pidité. Il met également l'accent sur le travail professionnel de la justice, montre de manière saisissante les pressions et les menaces que les magistrats chargés de l'instruction ont subies. Les explications supplémentaires d'un professeur de droit pénal et le regard rétrospectif porté par le juge d'instruction de l'époque font de ce film un précieux document digne d'être primé.

Ce sont des travaux journalistiques sur l'essence et les valeurs du droit suisse et de ses instances, sur les professions juridiques ou la critique du système juridique en place qui étaient recherchés pour le Prix des médias. «Avec son film aisément compréhensible et bien documenté de la série documentaire «Affaires criminelles – les 7 péchés mortels», Hansjürg Zumstein est parvenu à faire la lumière sur les sombres machinations de cette organisation criminelle», explique Martin Hofer, membre du jury, laudateur et membre de la direction de l'agence de relations publiques Burson-Marsteller. «Le film de Hansjürg Zumstein avait une bonne longueur d'avance sur ses concurrents. Ce documentaire mis à part, nous avons été plutôt déçus par les travaux qui nous avaient été soumis. La Fédération Suisse des Avocats souhaiterait un journalisme plus critique dans le domaine du droit!»

Vous trouverez d'autres informations et le lien de la contribution de Hansjürg Zumstein en cliquant sous <http://www.sav-fsa.ch/Prix-des-medias.1735.0.html?&L=1>

Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

Zivilrecht/Droit civil

18.08.2011– 17.03.2012	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
12.09.2011	Procédure et exécution en droit de la famille	Fribourg	Université de Fribourg, Rue de Rome 6, 1700 Fribourg Tel. 026 300 73 47, formcont@unifr.ch, www.unifr.ch/formcont
13.–14.09.2011	Der neue Familienprozess – Durchsetzung und Vollstreckung familienrechtlicher Ansprüche	Freiburg	Universität Freiburg, Rue de Rome 6, 1700 Freiburg Tel. 026 300 73 47, formcont@unifr.ch, www.unifr.ch/formcont
30.09.2011– 11.05.2012	Avocat/e spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances	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
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

06.09.2011	14. Zürcher Konferenz zum Thema Mergers & Acquisitions	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich Tel. 044 634 48 91, eiz@eiz.uzh.ch
29.09.2011	14. Zürcher Tagung zum Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich Tel. 044 634 48 91, eiz@eiz.uzh.ch
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
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

August/September 2011	Sommerkurs Mediation	Konstanz	Konstanzer Schule für Mediation, Marktstätte 15, D-78462 Konstanz Tel. 0049 7531 819430, www.ksfm.de, info@ksfm.de
20.09.2011	Die neue ZPO nach 9 Monaten Erfahrungen-Unstimmigkeiten-Schwachstellen-Lösungen	Zürich	PraxiZ Institut für Zivilprozess und Zwangsvollstreckung, Zürich Tel. 081 284 77 41, www.praxiz.ch
Okttober/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

12.–14.09.2011	Durchführungsfragen des Leistungsrechts der beruflichen Vorsorge	Ittigen	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax: 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch
21.09.2011	Zürcher Lehrpersonalrecht – Aktuelles für Lehrpersonen und Behörden	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
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
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

Diverses/Divers

September 2011– Januar 2012	MAS en droit de la santé	Neuchâtel	Université de Neuchâtel, Av. du 1 ^{er} -Mars 26, 2000 Neuchâtel Tel. 032 718 12 80, messagerie.ids@unine.ch
01.09.2011	ICT Recht und Praxis Online Social Networks	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich Tel. 044 634 48 91, eiz@eiz.uzh.ch
16.09.2011– 28.01.2012	CAS in Internationalem Banken-, Kapitalmarkt- und Versicherungsrecht	Zürich	Universität Zürich, LL.M.-Lehrgang Internationales Wirtschaftsrecht, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 90, Fax 044 634 43 59, info@LLM.uzh.ch , www.LLM.uzh.ch
16.09.2011– 21.01.2012	CAS in Banken-, Kapitalmarkt- und Versicherungsrecht	Zürich	Universität Zürich, LL.M.-Lehrgang Internationales Wirtschaftsrecht, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 90, Fax 044 634 43 59, info@LLM.uzh.ch , www.LLM.uzh.ch
16.09.2011– 04.02.2012	CAS in Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht	Zürich	Universität Zürich, LL.M.-Lehrgang Internationales Wirtschaftsrecht, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 90, Fax 044 634 43 59, info@LLM.uzh.ch , www.LLM.uzh.ch
30.09.2011	18 ^{ème} Journée de droit de la santé	Neuchâtel	Université de Neuchâtel, Av. du 1 ^{er} -Mars 26, 2000 Neuchâtel Tel. 032 718 12 80, messagerie.ids@unine.ch
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, Schanzenekstrasse 1, Postfach 8573, 3001 Bern, Tel. 031 631 30 84
15.11.2011	The 8th Zurich Annual Conference on International Trust and Inheritance Law Practice	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich Tel. 044 634 48 91, 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/media/tionstagung.html

