

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

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

9/2012

THEMA / QUESTION DU JOUR

Christian Lippuner

Risiken der Anwälte und Notare im Kampf gegen Geldwäscherei – zwei besondere Fallen

Bruno Mascello

Anwalt 2020: Megatrends, Auswirkungen und Reaktionen

ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU

Fachanwältin/Fachanwalt Haftpflicht- und Versicherungsrecht

Avocat(e) spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances

Volker Pribnow

Streiflichter der Schadenregulierung

Eric Maugué

L'imprescriptibilité du droit aux prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle
(«Rentenstammrecht»)

Benoît Sansonnens

L'interprétation jurisprudentielle de la notion de péremption de l'art. 24 al. 1 LPG

Christoph Frey

Schadenminderung – im heutigen und neuen VVG

Rémy Wyssmann

Weshalb die Diskushernienpraxis des Bundesgerichts nicht auf vorbestehende statische
Wirbelsäulenschäden übertragen werden kann

Thomas Grieder

Zahnarztpraxis am Plattensee: Wer bezahlt die Zeche?

Georges Chanson

«Durchklick» – technische Mängel beim ERV oder Fehlurteil?

Georges Chanson

«Clic informatique» – défauts techniques dans la CEA ou décision judiciaire erronée?

Editorial

Herausgeber SAV/HLV	Verlagswechsel	■ 391
Beat von Rechenberg	Im Fokus des Vorstands	■ 392
Beat von Rechenberg	Le point de mire du Conseil FSA	■ 393

Thema/Question du jour

Christian Lippuner	Risiken der Anwälte und Notare im Kampf gegen Geldwäscherei – zwei besondere Fallen	■ 397
Bruno Mascello	Anwalt 2020: Megatrends, Auswirkungen und Reaktionen	■ 402

Anwaltspraxis/Pratique du barreau

Volker Pribnow	Streiflichter der Schadenregulierung	■ 408
Eric Maugué	L'imprescriptibilité du droit aux prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle («Rentenstammrecht»)	■ 408
Benoît Sansonnens	L'interprétation jurisprudentielle de la notion de péremption de l'art. 24 al. 1 LPG	■ 411
Christoph Frey	Schadenminderung – im heutigen und neuen VVG	■ 414
Rémy Wyssmann	Weshalb die Diskushernienpraxis des Bundesgerichts nicht auf vorbestehende statische Wirbelsäulenschäden übertragen werden kann	■ 418
Thomas Grieder	Zahnarztpraxis am Plattensee: Wer bezahlt die Zeche?	■ 423
Georges Chanson	«Durchklick» – technische Mängel beim ERV oder Fehlurteil?	■ 427
Georges Chanson	«Clic informatique» – défauts techniques dans la CEA ou décision judiciaire erronée?	■ 429

SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux

■ 439

Agenda

■ 442

Impressum

Anwaltsrevue/Revue de l'avocat
15. Jahrgang 2012/15^e année 2012
ISSN 1422–5778

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

Zitiervorschlag/Suggestion de citation
Anwaltsrevue 2/2012, S. 61 ff.
Revue de l'avocat 2/2012, p. 61 ss

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

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

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

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

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

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
Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel
Tel. 061 228 90 20
Fax 061 228 90 51
zeitschriften@helbing.ch

Preise/Prix
Jährlich/Annuel: Fr. 198.–, € 165.–
Studenten/Étudiants: Fr. 98.–, € 82.–
Einzelheft/Numéro séparé: Fr. 25.–, € 21.–
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.

Verlagswechsel

Liebe Leserin, lieber Leser

Ab Januar 2013 wird die Anwaltsrevue in einer neuen Aufmachung erscheinen. Das Mitglied des SAV wird fortan die Möglichkeit haben, zwischen einer Print- oder einer Online-Version zu wählen. Das neue Produkt wird von unserer neuen Verlagspartnerin, der Stämpfli Verlag AG produziert und mitherausgegeben. Details wird der SAV im Dezember 2012 per elektronischem Newsletter bekanntgeben können.

Es ist dem Vorstand des Schweizerischen Anwaltsverbands und dem Chefredaktor der Anwaltsrevue, Kollege Peter von Ins, ein grosses Anliegen, dem bisherigen Mitherausgeber, dem Helbing Lichtenhahn Verlag, herzlich zu danken für die ausgezeichnete Zusammenarbeit seit der Geburtsstunde dieser Zeitschrift im Jahre 1998. Der Dank gilt vorab der Verlagsleitung, ausgeübt durch die Herren Dr. Men Haupt und Alexander Jaeger. Ein grosser Dank gebührt auch Graziella Gut, umsichtige Verlagsmitarbeiterin im Hintergrund, welche es verstanden hat, die wichtigen Brücken

zwischen Redaktion, Verlagsleitung, Produktion und Autoren aufzubauen und aufrechtzuerhalten. Eine wahre Meisterleistung! Wir dürfen heute mit Fug und Recht behaupten und auch ein wenig stolz darauf sein, dass es gemeinsam gelungen ist, ein Verbandsorgan zu schaffen, welches diesen Namen verdient und den hohen Qualitätsansprüchen der Mitglieder gerecht wird.

Es lässt sich indessen nicht leugnen, dass der technische Wandel in der Medienlandschaft auch an unserer Fachzeitschrift nicht spurlos vorbei geht, der Fokus überdacht und den veränderten Bedürfnissen und Erwartungen angepasst werden muss. Im Zuge einer sorgfältigen internen Analyse ist im SAV der Entscheid gereift, die Zukunft mit einem neuen Partner zu bestreiten. Der Vorstand schätzt sich glücklich, ein starkes Produkt auf diesem Weg weiterentwickeln zu können. Dies ist das Verdienst aller Beteiligten. Ihnen allen gebührt an dieser Stelle nochmals ein grosses Dankeschön.

Redaktion und Vorstand SAV

Changement de la maison d'édition

Chère lectrice, cher lecteur,

Dès le mois de janvier 2013, la Revue de l'avocat paraîtra dans de nouveaux atours. Les membres de la FSA auront toujours le choix entre la version imprimée et la version en ligne. La nouvelle revue sera publiée et coéditée par les Editions Stämpfli SA. La FSA vous donnera de plus amples détails en décembre 2012 dans une newsletter électronique.

Le Conseil de la FSA ainsi que le rédacteur en chef de la Revue de l'avocat, M^e Peter von Ins, ont à cœur de remercier vivement les Editions Helbing Lichtenhahn pour leur excellent travail depuis la création de la revue en 1998. Que ces remerciements soient adressés tout d'abord à ses directeurs, MM. Men Haupt et Alexander Jaeger. Un grand remerciement va également à M^{me} Graziella Gut dont le travail et le discernement ont permis de tisser et d'entretenir des liens essentiels entre rédaction, maison d'édition, auteurs et production. Un véritable coup de maître!

Nous pouvons aujourd'hui affirmer à juste titre, et non sans une certaine fierté, que nous avons réussi ensemble à créer un organe de la Fédération digne de ce nom et des exigences de qualité de ses membres.

On ne peut cependant ignorer l'évolution de la technique dans le domaine des médias et ses répercussions également sur notre revue spécialisée: l'orientation fondamentale doit être repensée et adaptée aux attentes et besoins actuels des lecteurs. Une analyse interne approfondie a décidé la FSA à affronter l'avenir avec un nouveau partenaire. Le Conseil se réjouit de pouvoir, de cette façon, continuer à proposer une revue forte. Le mérite en revient à tous les participants, à qui nous adressons ici encore une fois nos sincères remerciements.

La rédaction et le Conseil de la FSA

Im Fokus des Vorstands

Warum Fachanwältin/Fachanwalt SAV?

Am 31. August 2006 startete der erste Kurs Fachanwältin/Fachanwalt SAV. Bis Ende 2012 werden 22 Kurse (in fünf Fachgebieten in der Deutschschweiz und der Romandie) abgeschlossen sein, und damit werden mehr als 450 Fachanwältinnen und Fachanwälte SAV (d.h. über 5% der SAV-Mitglieder) die Chance wahrgenommen haben, von dieser einmaligen Weiterbildungsmöglichkeit zu profitieren und sich im Markt als zertifizierte Spezialisten zu profilieren. Diese 450 Titelhalter werden 135 000 Stunden Studium im Rahmen der Kurse geleistet haben (450 Titel x 300 Stunden) und werden ab 2013 jährlich und obligatorisch während 5 400 Stunden durch Weiterbildung ihr Fachwissen laufend auffrischen (450 Titel x 12 Stunden).

Wo liegt der Grund für diesen Erfolg? Warum investieren 450 Kolleginnen und Kollegen 300 Stunden in den Titel «Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV»¹ und legen sich die Verpflichtung zur obligatorischen Weiterbildung auf?

Die Zahl der SAV-Mitglieder hat sich seit 1992 verdoppelt. Es darf bezweifelt werden, dass die Nachfrage nach Anwaltsleistungen im gleichen Zeitrahmen um denselben Umfang zugenommen hat. Der SAV kann und will neue Anwältinnen und Anwälte nicht vom «Markteintritt» fernhalten. Er kann auch nicht die Nachfrage nach Anwaltsleistungen beeinflussen. Der SAV kann aber seinen Mitgliedern eine Chance bieten, sich im kompetitiven Umfeld «fit» zu halten. Diese Chance haben 450 SAV-Mitglieder als zukunftsgerichtet erkannt.

Dem SAV liegen keine gefestigten Zahlen vor, was der Fachanwaltstitel dessen Erwerben bringt. Eine Erhebung bei 2 600 deutschen Fachanwälten² zieht ein bemerkenswertes Fazit: «Wer

einen Fachanwalt hat, ist in der Regel zufriedener – und verdient mehr»³. Als wichtigste Folge des Titelerwerbs nennen 53% der befragten deutschen Fachanwälte die Steigerung ihrer Kanzleierträge. Die Gefahr, dass das Führen des Titels zu unbeabsichtigten Mandatsverlusten führt, schätzen die Kolleginnen und Kollegen in Deutschland als nicht relevanten Faktor ein: Solche Verluste werden im Rahmen der Spezialisierung in Kauf genommen und haben keine negativen finanziellen Auswirkungen. Die deutsche Erhebung belegt, dass der von den 450 Schweizer Kolleginnen und Kollegen eingeschlagene Weg der richtige ist.

Die vom SAV gesetzten anspruchsvollen Parameter für den Erwerb verleihen dem Fachanwaltstitel ein Gütesiegel, was sich an folgender Gegebenheit eindrücklich belegen lässt:

Der SAV wird regelmässig von der Bundesverwaltung und den Parlamentsdiensten angefragt, zu Gesetzesvorlagen einen im betreffenden Rechtsgebiet kundigen Praktiker in die zuständige Kommission zu entsenden. Am 17. Januar 2012 wurde der SAV vom Sekretariat der Kommission für Rechtsfragen angeschrieben mit der Bitte um Stellung eines Vertreters: «Es wäre wünschbar, dass es sich dabei um eine Fachanwältin bzw. einen Fachanwalt handelt».

Der Erfolg ermutigt den SAV, das Projekt Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV weiter voranzutreiben. Der Einsatz der ehemaligen Umsetzungscommission, der heutigen Rekurskommission sowie der verschiedenen Fachkommissionen⁴ ist dabei unersetzlich und verdient grossen Dank. In Angriff genommen wird nun die Lancierung des Fachanwalts SAV/der Fachanwältin SAV Strafrecht; dies ist ein weiteres Rechtsgebiet, für welches der Vorstand eine Zertifizierung als wünschbar erachtet.

Beat von Rechenberg
Präsident des Schweizerischen Anwaltsverbandes

1 Für die Berechnung des Zeitaufwands vgl. Mirko Roš, Anwaltsrevue 8/2007, S. 334, linke Spalte.

2 In Deutschland gibt es über 150 000 zugelassene Anwälte, davon rund 36 000 Fachanwälte (in 19 Fachgebieten).

3 Vgl. DAV-Anwaltsblatt 2/2012, S. 106 ff.

4 Zur Zusammensetzung dieser Kommissionen siehe www.fachanwalt-sav.ch.

Le point de mire du Conseil FSA

Pourquoi des avocat(e)s spécialistes FSA?

Le 31 août 2006 débutait le tout premier cours de spécialisation. Fin 2012, la FSA aura organisé 22 cours donnés dans cinq spécialisations différentes, tant en Suisse alémanique qu'en Suisse romande. Ce sont ainsi plus de 450 avocat(e)s spécialistes (plus de 5 % des membres FSA) qui auront saisi la chance de suivre cette formation complémentaire et de se profiler sur le marché en qualité d'experts certifiés. Ces avocat(e)s spécialistes auront effectué chacun 300 heures de cours, ce qui représente 135 000 heures en tout. Dès 2013, ils effectueront encore 5 400 heures de formation continue obligatoire par année (450 multipliés par 12 heures annuelles) afin de maintenir leur niveau de connaissances au plus haut dans leur spécialisation respective.

Pourquoi ce succès? Pourquoi ces avocats ont-ils décidé d'investir 300 heures pour un titre d'avocat spécialiste FSA¹ et de se soumettre ensuite à l'obligation de suivre régulièrement une formation continue?

Depuis 1992, le nombre de membres FSA a doublé, alors qu'il n'est pas certain que la demande en services d'avocats ait suivi la même croissance. La FSA ne peut et ne veut pas tenir à l'écart du marché les avocats fraîchement brevetés. Elle n'est pas non plus en mesure d'influencer la demande du public. En revanche, elle donne à ses membres la chance de «se maintenir en forme» sur un marché de plus en plus concurrentiel. Et c'est précisément cette opportunité qui a été saisie par 450 de nos membres.

La FSA ne dispose pas de chiffres consolidés sur ce que le titre de spécialiste apporte réellement à l'avocat. Un sondage effectué auprès de 2 600 avocats allemands² arrive toutefois à la conclusion suivante: «Le client qui fait appel à un avocat spécialiste est

généralement plus satisfait et gagne plus au final»³. Plus de 53 % des avocats concernés mentionnent l'augmentation du chiffre d'affaires de leur étude comme principal retour sur investissement. Quant au danger de perdre certains mandats non liés à la spécialisation, les avocats allemands ne le considèrent pas comme un facteur essentiel: de telles pertes sont compensées par les mandats liés à la spécialisation et n'ont donc pas de répercussions financières négatives. Le sondage allemand montre ainsi que la voie suivie par nos 450 confrères suisses est la bonne.

Par ailleurs, les paramètres exigeants mis en place par la FSA pour la délivrance et le maintien du titre d'avocat spécialiste dotent celui-ci d'un véritable label de qualité:

L'administration fédérale ou les services parlementaires sollicitent d'ailleurs régulièrement la FSA pour connaître le nom, dans le cadre de projets législatifs, de praticiens qui pourraient siéger dans une commission en qualité d'experts dans un domaine juridique particulier. Le 17 janvier 2012, la FSA a par exemple reçu une demande du secrétariat des affaires juridiques qui précisait qu'il «serait souhaitable qu'il s'agisse d'un(e) avocat(e) spécialiste».

Ce succès encourage la FSA à poursuivre le projet d'avocats spécialistes FSA. L'engagement de l'ancienne commission de mise en œuvre, de la commission de recours actuelle, ainsi que de diverses commissions spécialisées⁴ qui encadrent ce projet mérite d'être souligné. Qu'elles en soient ici chaleureusement remerciées. Nous nous attaquons maintenant au lancement de la spécialisation en droit pénal. Il s'agit d'un domaine juridique pour lequel le Conseil a également souhaité une certification.

Beat von Rechenberg
Président de la Fédération Suisse des Avocats

1 Pour le calcul du temps consacré, cf. Mirko Roš dans la Revue de l'avocat 8/2007, p. 334, colonne de gauche.

2 Il existe en Allemagne plus de 150 000 avocats inscrits, dont 36 000 avocats spécialistes dans 19 domaines.

3 Cf. DAV-Anwaltsblatt 2/2012, p. 106 ss.

4 La composition de ces commissions spécialisées figure sous www.fachanwalt-sav.ch

Christian Lippuner*

Risiken der Anwälte und Notare im Kampf gegen Geldwäscherei – zwei besondere Fallen

Stichworte: Finanzintermediär, Geldwäscherei, Anwaltshonorar, Meldepflicht

In einem ersten Teil hat der Autor die verschiedenen Risiken aufgezeigt, denen ein in der Schweiz tätiger Rechtsanwalt/Notar – vor allem bei seiner Tätigkeit als Finanzintermediär – ausgesetzt ist, sei es, dass er als Finanzintermediär fremdes Vermögen verwaltet oder im Finanz- und Wirtschaftsbereich juristische Dienstleistungen erbringt.¹ Ziel dieses zweiten Teils ist es, zwei spezielle im Zusammenhang mit Geldwäscherei stehende Risiken zu beleuchten.

1. Anwaltshonorar und Geldwäscherei

1.1 Die Fragestellung

Unbestritten ist, dass Art. 305^{bis} StGB grundsätzlich auch die Annahme von Vermögenswerten im Rahmen normaler, alltäglicher Berufstätigkeit erfassen kann. Dazu zählen z.B. Honorarzahlen für Anwälte/Notare. Besondere Probleme ergeben sich dabei insbesondere für die Tätigkeit des Strafverteidigers, dessen Mandanten geldwäschereirelevante Vortaten zur Last gelegt werden. Bei einer einigermaßen «lebensnahen» Betrachtungsweise muss der Verteidiger die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass seine Honorarforderung mit kontaminierten Vermögenswerten beglichen werden könnte.² Inwiefern kann die Entgegennahme von Honorarzahlen also als Geldwäscherei qualifiziert werden?

In der Botschaft zu Art. 305^{bis} StGB ging der Gesetzgeber auf diese Frage nicht ein. Er begnügte sich mit der Feststellung, dass der Anwalt, zumindest solange er sich im «traditionellen Tätigkeitsfeld» bewege, auch weiterhin nicht «der Frage [...] nachgehen müsse, wer wirtschaftlich sein Honorar bezahle».³

Im Lichte der – wie zu zeigen sein wird – strengen Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Geldwäscherei wäre ein derart unbedenklicher Umgang mit Vorschüssen und Honorarzahlen jedoch sehr gewagt.⁴ Anwälte/Notare können sich nicht darauf verlassen, dass die Entgegennahme von Geldern deliktischen Ursprungs tatsächlich straflos bleibt. Grundsätzlich kommt der Anwalt oder Notar als Täter eines Geldwäschereidelikts genauso in Frage wie jeder andere Wirtschaftsteilnehmer auch. Insbesondere

kennt die Schweiz – im Unterschied etwa zu den USA – keine ausdrückliche Ausnahmeklausel für Anwaltshonorare.

1.2 Rechtsprechung in der Schweiz

Im Fall des Financiers X.Y. hatten sowohl das Bundesstrafgericht als auch das Bundesgericht Gelegenheit, sich zu Fragen der Einziehung «geldwäschereikontaminierter» Vermögenswerte zu äussern. Konkret ging es um die Beschlagnahme bzw. Einziehung von Honorarvorschüssen, die X.Y. seinen Anwälten überwiesen hatte. Die Bundesanwaltschaft hatte bei X.Y.'s Anwalt das Restguthaben aus einem Kostenvorschuss von CHF 250 000.– beschlagnahmt. Gegen diese Verfügung erhobene Rechtsmittel wiesen sowohl das Bundesstrafgericht als auch das Bundesgericht ab.^{5, 6}

X.Y. hatte vor Bundesstrafgericht geltend gemacht, dass aArt. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB eine Beschlagnahme ausschliesse. Dies deshalb, weil der Anwalt die Vermögenswerte in Unkenntnis der Einziehungsgründe erworben und für sie eine gleichwertige Gegenleistung erbracht habe. Das Bundesstrafgericht stellte dazu fest, dass X.Y.'s Anwalt zum Zeitpunkt des Erhalts des Kostenvorschusses zwar gutgläubig gewesen sei. Eine anfängliche Gutgläubigkeit könne aber nicht bewirken, dass eine Beschlagnahme bzw. Einziehung selbst bei nachträglich eingetretener Bösgläubigkeit ausgeschlossen sei. Denn sowohl die Entgegennahme der deliktischen Vermögenswerte als auch die Erbringung der gleichwertigen Gegenleistung müssten gutgläubig erfolgen, um einer Beschlagnahme bzw. Einziehung entgegen zu können.

Für den konkreten Fall bedeutete dies, dass der gute Glaube vor der Beschlagnahme bzw. Einziehung nur im Umfang der erbrachten Gegenleistung und nur bis zu dem Zeitpunkt schützte, an dem sich X.Y.'s Anwälte noch in Unkenntnis der mutmasslich deliktischen Herkunft der fraglichen Vermögenswerte befanden. Im Laufe des Verfahrens war aus der Gut- aber eine Bösgläubigkeit geworden, wobei Eventualvorsatz genügen sollte.

Bereits in einem früheren Entscheid hatte das Bundesgericht festgehalten, dass die Einziehung nur ausscheide, wenn auch die Gegenleistung noch in gutem Glauben erbracht worden sei.⁷

Das bedeutet, dass die von einer Person, die einer Straftat beschuldigt wird, erhaltenen Kostenvorschüsse beim Anwalt/Notar eingezogen werden können, wenn dieser nicht während der *gan-*

* Lic. iur., Rechtsanwalt, St. Gallen, Informationsbeauftragter der SRO SAV/ SNV. (Nachfolgend wird die persönliche Auffassung des Autors vertreten.)

1 Anwaltsrevue 8/2012, S. 337 ff.

2 ANDREAS DONATSCH/WOLFGANG WOHLERS, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Auflage 2011, S. 482.

3 BBl 1989 II 1089.

4 MARIO GIANNINI, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, Diss. Zürich 2005, S. 117 f.

5 Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 31. Januar 2006 (Geschäftsnummer: BB.2005.97).

6 Bundesgerichtsurteile 15.5/2006 und 15.6/2006 vom 5. Mai 2006.

7 Bundesgerichtsurteil 65.482/2002 vom 9. Januar 2004.

zen Zeit seiner Geschäftsbeziehung betreffend der Gelderherkunft gutgläubig gewesen war.

1.3 Deutsche Rechtsprechung

Nach einem Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 30. März 2004 wird zwar grundsätzlich auch die Honorarannahme durch den Strafverteidiger als Geldwäscherei qualifiziert. Dies aber nur, sofern die Annahme des Geldes betreffend dessen nicht-verbrecherischer Herkunft mit sicherer Kenntnis (sog. *dolus directus*) erfolgt ist. Im Falle von Eventualvorsatz bleibt er straffrei. Dabei ist er zu Nachforschungen über die legalen oder illegalen Einnahmequellen des Mandanten nicht verpflichtet.⁸ Begründet wird diese Ansicht im Wesentlichen unter Hinweis auf die Wirtschaftsfreiheit des Strafverteidigers und das Recht des Angeeschuldigten auf eine wirksame Verteidigung.⁹

1.4 Lösungsansätze unter Schweizer Recht

a) Vorbemerkung zum subjektiven Tatbestand

Fest steht, dass fahrlässige Geldwäscherei nicht strafbar ist. Geldwäscherei kommt nur in Frage, wenn der Anwalt die verbrecherische Herkunft der Honorarzahlung zumindest in Kauf nimmt (Eventualvorsatz). Allerdings reicht im Falle von Honorarvorschüssen nur anfängliche Gutgläubigkeit – wie gezeigt – nicht aus. Vielmehr muss die Gutgläubigkeit zumindest solange andauern, bis ein Honorarvorschuss durch gutgläubiges Erbringen entsprechender Gegenleistungen aufgebraucht ist.

Da es sich beim Geldwäschereitstatbestand zudem nicht um ein Dauerdelikt handelt und demnach ein echter «*dolus superveniens*» nicht möglich ist, macht sich auch der Anwalt/Notar nicht strafbar, wenn er Honorarvorauszahlungen gutgläubig entgegennimmt und sich nach zwischenzeitlich eingetretener Bösgläubigkeit rein passiv verhält.¹⁰

Doch ist diese Rechtslage befriedigend?

b) Amtliche Verteidigung als tauglicher Ersatz für die Wahlverteidigung?

Zunächst stellt sich die Frage, ob das Risiko des Wahlverteidigers wegen Geldwäscherei bestraft zu werden, über das Institut der amtlichen Verteidigung umgangen werden kann. Diese wird ja bekanntlich von der Staatskasse bezahlt, womit Geldwäscherei ausgeschlossen wäre. MARIO GIANNINI hat diese Frage in seiner Dissertation «Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei» eingehend untersucht.¹¹

Die Nachteile der amtlichen Verteidigung dürften jedoch darin liegen, dass eine frühzeitige Bestellung des (amtlichen) Strafverteidigers («Anwalt der ersten Stunde») nicht gewährleistet ist. Dies gilt insbesondere für das polizeiliche Ermittlungsverfahren, das einen grossen Teil eines Strafverfahrens ausmachen kann. Zudem dürfte das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschuldigten

und einem amtlichen Verteidiger nicht vergleichbar sein mit demjenigen zu einem frei gewählten Verteidiger. Auch dürften geringere finanzielle Möglichkeiten als Folge tieferer Honoraransätze und/oder staatlicher Aufwandkontrolle einer effizienten und wirkungsvollen Verteidigung oftmals im Wege stehen. Hinzu kommt, dass die Bestellung eines amtlichen Verteidigers auf Wunsch des Beschuldigten auch eine gewisse unerwünschte Signalwirkung in einem sehr frühen Stadium des Verfahrens oder sogar vor Beginn eines solchen haben könnte.

Giannini kommt deshalb zum Schluss, dass die amtliche Verteidigung kein genereller und gleichwertiger Ersatz für die Wahlverteidigung darstellen dürfte.¹²

c) Honorarprivileg?

Ein anderer in der Literatur diskutierter Lösungsansatz ist ein sog. Honorarprivileg. Danach soll das Honorar des Strafverteidigers grundsätzlich vom Tatbestand der Geldwäscherei ausgenommen sein.

Eine uneingeschränkte Honorarprivilegierung ist allerdings nicht denkbar, da sie die Ansprüche des zivilrechtlich Geschädigten nicht berücksichtigt und eine erhebliche Gefahr missbräuchlicher Honorarzahlungen in Form von Scheinhonoraren in sich birgt.

Als Alternative schlagen daher einige Autoren ein auf einen gewissen Betrag beschränktes Honorarprivileg vor. Giannini spricht, unter Berufung auf andere Autoren, in diesem Zusammenhang von einem «eingeschränkten Honorarprivileg» von CHF 25 000.–.¹³ Eine solche Lösung findet jedoch keine Stütze im Gesetz.

d) Beschränkung der Strafbarkeit auf direkten Vorsatz (*dolus directus*)?

Die deutsche Rechtsprechung hat – wie gezeigt – den Ansatz der subjektiven Komponente gewählt. Auch dieser scheint aber zur Lösung des Problems nur begrenzt geeignet. Sobald man sich im Bereich des Vorsatzes, also auf der subjektiven Tatbestandsebene bewegt, geht dies zu Lasten der Rechtssicherheit, indem dadurch der «gefährlich schwankende Boden des Nachweises innerer Befindlichkeiten» betreten wird.¹⁴ Wie will ein Staatsanwalt nachweisen, ob ein direkter oder nur Eventualvorsatz vorliegt? Zwar vermag die Anhebung der Beweisanforderungen im subjektiven Bereich einen Verteidiger letztendlich unter Umständen vor einer Verurteilung zu schützen. Der negativen Publizität, die mit der Einleitung eines Strafverfahrens und prozessualen Zwangsmassnahmen (Kanzleidurchsuchung, Beschlagnahme von Kostenvorschüssen, Buchhaltungsunterlagen und Belegen etc.) verbunden ist, kann sich der Verteidiger aber so gut wie sicher sein. Zudem birgt diese Lösung auch die Gefahr von Interessenkollisionen, d.h. die Gefahr, dass sich der Verteidiger zwecks Selbstschutzes den Sachverhalt zum Erhalt seiner Gutgläubigkeit von seinem Klienten nur unvollständig vermitteln lässt, in sich.¹⁵

8 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01.

9 GIANNINI (Fn. 4), S. 129 f.

10 GIANNINI (Fn. 4), S. 139.

11 GIANNINI (Fn. 4), S. 147 ff.

12 GIANNINI (Fn. 4), S. 152 ff.

13 GIANNINI (Fn. 4), S. 204.

14 GIANNINI (Fn. 4), S. 207, unter Hinweis auf Wohlers, ZStrR 120 (2002), S. 197, S. 215.

15 GIANNINI (Fn. 4), S. 208.

e) Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 26. Januar 2009

Das Zürcher Obergericht hatte in einem Entscheid vom 26. Januar 2009 folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Ein Anwalt hatte auf einem deutschen Flughafen von einer Person einen Honorarvorschuss von EUR 10 000.– für deren Verteidigung wegen gewerbmässigen Betrugs, mehrfacher Veruntreuung und mehrfacher Urkundenfälschung erhalten. Der Anwalt hatte sich nach der Herkunft der Gelder erkundigt und eine Bestätigung unterschreiben lassen, dass das Geld keinen kriminellen Hintergrund habe und – falls sich dies als nicht wahr herausstellen sollte – er das Geld den Behörden übergeben und vom Klienten Ersatz erhalten werde.¹⁶

Unter Berufung auf den «klaren Wortlaut des Gesetzes» hat das Obergericht entschieden, dass Eventualvorsatz genüge und den in der Lehre vertretenen Meinungen zur Lösung des Problems nicht gefolgt werden könne. Einem Anwalt, der nach sorgfältiger Prüfung der Herkunft des angebotenen Geldes nicht ausschliessen könne, dass die als *Vorschuss* bzw. *Honorar* angebotenen Vermögenswerte zumindest zum Teil verbrecherischer Herkunft seien, bleibe nichts anderes übrig, als das Mandat abzulehnen oder um Bestellung als amtlicher Verteidiger zu ersuchen. Das Grundrecht, einen Verteidiger seiner Wahl beizuziehen, setze voraus, dass der Beschuldigte über entsprechende Mittel verfüge. Daraus ein Privileg zum Einsatz von Verbrechenserslös abzuleiten, erscheine als völlig unzulässig.¹⁷

Das Obergericht kam zum Schluss, dass im *konkreten* Fall die Umstände der Geldübergabe zweifellos aussergewöhnlich und die Gefahr, kriminelles Geld anzunehmen als beträchtlich einzuschätzen gewesen sei, sodass erhebliche Verdachtsmomente bestanden hätten. Trotzdem lasse sich ein Eventualvorsatz nicht rechtsgenügend nachweisen, da die Vorstellung des Angeklagten, die EUR 10 000.– stammten aus legalen Mitteln, nicht völlig unrealistisch gewesen sei. Auch habe sich der Anwalt zum Zeitpunkt der Geldübergabe nachvollziehbare Überlegungen gemacht, weshalb er den Kostenvorschuss für nicht kontaminiert gehalten habe. Die zusätzlich verlangte schriftliche Zusicherung sei eine adäquate Reaktion auf das bestehende Risiko gewesen. Damit könne dem Anwalt nicht widerlegt werden, dass er darauf vertraut habe, das entgegengenommene Geld sei nicht kontaminiert.

Das Zürcher Obergericht folgte mit diesem Entscheid der bisherigen Rechtsprechung und bezeichnete die vor allem in Deutschland entwickelten Lösungsansätze als *de lege lata* für die Schweiz untauglich.

f) Fazit

Bei den genannten Lösungsansätzen handelt es sich mit Blick auf das Schweizer Recht bislang nur um theoretische Erwägungen, die *höchststrichterlich* nie behandelt, geschweige denn abgeseg-

net worden wären, und auf kantonaler Ebene verworfen wurden. Nach wie vor gilt also, dass Art. 305^{bis} StGB auch für Anwälte und insbesondere Strafverteidiger keine Ausnahme macht.

Die Annahme von Anwaltshonorar ist daher mit grossen Risiken verbunden, wenn die Herkunft der Mittel zweifelhaft ist oder ungewöhnliche Zahlungsmittel angeboten werden. Im Endeffekt gilt somit auch hier, im Zweifelsfall ein Mandat abzulehnen oder es – im Falle des Strafverteidigers – ungeachtet der vorstehend beschriebenen Nachteile nur als amtlicher Verteidiger anzunehmen.

2. Meldepflicht nach Art. 9 GwG

Ein zweiter spezieller Problemkreis ist derjenige der einem jeden FI obliegenden Pflicht, der zuständigen Behörde eine Verdachtsmeldung zu erstatten.

2.1 Die gesetzliche Regelung

Nach Art. 9 GwG muss ein Finanzintermediär, der weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte

- im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung nach Art. 305^{bis} StGB stehen,
 - aus einem Verbrechen herrühren,
 - der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen oder
 - der Terrorismusfinanzierung dienen,
- der Meldestelle für Geldwäscherei MROS unverzüglich Meldung erstatten. Zudem muss er gemäss Art. 10 GwG die ihm anvertrauten Vermögenswerte, die mit der Meldung im Zusammenhang stehen, unverzüglich sperren. Diese *Vermögenssperre* ist längstens fünf Werktage, gezählt ab dem Tag, der auf die Meldung folgt, aufrechtzuerhalten, ausser es erfolgte eine Verfügung der zuständigen Strafverfolgungsbehörde; diesfalls ist die Sperre gestützt auf diese Verfügung über die besagten fünf Tage hinaus aufrechtzuerhalten.

Während der Vermögenssperre darf der FI weder Betroffene noch Dritte (von im Gesetz geregelten Ausnahmen abgesehen) über die Meldung informieren (*Informationssperre*).

2.2 Die Risiken

Unterlässt der FI eine Meldung, obwohl eine solche nach Art. 9 GwG geboten wäre, macht er sich strafbar, und zwar auch bei fahrlässiger Tatbegehung (Art. 37 Abs. 2 GwG). Er muss mit einer Busse von (neu) bis zu CHF 500 000.– und drastischen Sanktionen der SRO rechnen. In Frage kommt schliesslich auch eine Bestrafung nach Art. 305^{bis} StGB.

Ironischerweise ist aber gerade auch die Meldungserstattung mit Risiken verbunden. Anwälte/Notare haben nicht nur sorgfältig abzuklären, ob ein «begründeter» Verdacht vorliegt. Sie müssen auch sicherstellen, dass mit der Meldung das Berufsgeheimnis nicht verletzt wird. Der Verdacht darf sich mit anderen Worten allein im Rahmen der *akzessorischen* Geschäftstätigkeit ergeben haben. Ist der Verdacht hingegen in Ausübung berufsspezifischer

¹⁶ Urteil des Zürcher Obergerichtes vom 26. Januar 2009, Geschäfts-Nr. SG080379, veröffentlicht auf der Website der SRO SAV/SNV unter http://www.sro-sav-snv.ch/de/07_rechtssprechung/03_diverse.htm.

¹⁷ Urteil OG ZH, a.a.O., S. 17 sowie die dort erwähnten Verweise.

Tätigkeiten entstanden, besteht weder ein Recht noch eine Pflicht dazu. Macht der Anwalt/Notar diesfalls dennoch eine Meldung, obwohl er bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte feststellen müssen, dass er sich in seinem angestammten Bereich bewegt, wird er sich einer Berufsgeheimnisverletzung strafbar machen. Zudem würde eine solche Meldung auch das Mandatsverhältnis mit dem Klienten verletzen, was ihn unter Umständen haftpflichtig werden lässt.

Abs. 2 von Art. 305^{ter} StGB vermag dieses Dilemma nicht zu lösen, steht das Melderecht doch nur dem eine *FI-Tätigkeit* ausübenden Anwalt/Notar zu. Aus dem gleichen Grund ist Abs. 2 von Art. 9 GwG letztlich eine überflüssige Bestimmung. Die Meldepflicht nach Art. 9 GwG besteht nur im Bereich der akzessorischen Tätigkeit; gerade dort können sich Anwälte/Notare aber nicht auf ihr Berufsgeheimnis berufen.¹⁸ Dieses Melderecht stellt deshalb keinen *Rechtfertigungsgrund* zur Durchbrechung des Anwaltsgeheimnisses dar.

Dem Melderecht kommt nur in den Fällen eigenständige Bedeutung zu, in denen für einen FI (noch) keine Meldepflicht nach Art. 9 GwG gegeben ist, weil ein Verdacht auf geldwäschereirelevante Vortaten die Schwelle der Begründetheit i.S. von Art. 9 GwG noch nicht erreicht hat.¹⁹

Zu beachten ist des Weiteren, dass dieses Melderecht nach dem Wortlaut des Gesetzes nur bei einem Verdacht auf verbrecherischen *Ursprung* von Vermögenswerten, nicht aber entsprechenden Hinweisen im Zusammenhang mit *Terrorismusfinanzierung* gilt.²⁰

2.3 Haftungsausschluss als Lösung?

Nach Art. 11 GwG kann der Finanzintermediär für eine Meldung nach Art. 9 GwG oder Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB und eine damit zusammenhängende Vermögenssperre nicht wegen Vertragsverletzung haftbar gemacht werden, wenn er dabei «guten Glaubens» war. Art. 11 GwG statuiert mit anderen Worten (u.a.) einen Haftungsausschluss, der davon abhängt, mit welchem Sorgfaltsmass der Finanzintermediär handelt. Während vor der letzten GwG-Revision noch «mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt» hatte vorgegangen werden müssen, ist im aktuellen Art. 11 GwG nur noch von «gutem Glauben» die Rede. Das Haftungsrisiko der Finanzintermediäre ist damit einer Empfehlung der FATF folgend gesenkt worden.

2.4 Meldepflicht erst nach Aufnahme einer Geschäftsbeziehung oder schon vorher?

Nach der bis Januar 2009 gültigen Fassung von Art. 9 Abs. 2 GwG bestand eine Meldepflicht nur dann, wenn bereits eine Geschäftsverbindung und damit ein Vertrag zwischen Kunde und FI zustande gekommen war. Lehnte der Anwalt/Notar ein (FI-)Mandat

aufgrund von Indizien ab, die auf Geldwäscherei oder eine kriminelle Herkunft der einzubringenden Vermögenswerte schliessen liessen, überband ihm Art. 9 GwG keine Meldepflicht und er konnte die Sache einfach ad acta legen.

Mit der Gesetzesrevision von 2009 wurde die Meldepflicht ausgedehnt. Neu muss der FI auch dann eine Verdachtsmeldung erstatten, wenn er wegen eines begründeten Verdachts geldwäschereirelevanter Vortaten Verhandlungen zur Aufnahme einer Geschäftsbeziehung abbricht.

Diese Ausweitung provoziert äusserst heikle Abgrenzungsfragen. Es stellt sich nämlich die kaum zuverlässig beantwortbare Frage, ob bereits von Verhandlungen ausgegangen werden muss oder lediglich erste Gespräche stattfinden. Wo liegt die Grenze? Die in der Botschaft erwähnte Unterscheidung in «erste Gespräche, bei welchen der FI für eine Meldung noch nicht genügend Informationen hat» und «teilweise wochen- oder sogar monatelange Verhandlungsphasen vor dem Vertragsabschluss» dürfte nicht wirklich weiter helfen.²¹ Diese Grenze ist im Regelfall in der Praxis derart fließend, dass eine strikte und damit risikolose Trennung schlicht unmöglich sein dürfte.

Zwar betont die GwG-Botschaft, dass damit dem FI keine zusätzlichen Abklärungspflichten auferlegt werden sollen und er die Meldung nur auf der Basis derjenigen Informationen machen müsse, über die er im Zeitpunkt des Abbruchs bereits verfüge.²² Allerdings wird ein seriöser FI keine Meldung erstatten, ohne von einer hohen Wahrscheinlichkeit des Verdachts der Existenz geldwäschereirelevanter Vortaten ausgehen zu können. Auf der anderen Seite läuft der FI Gefahr, sich wegen Art. 37 GwG (Verletzung der Meldepflicht) strafbar zu machen, wenn er von einer Meldung absieht, weil er vielleicht noch zuwenig weiss, um sich ein zuverlässiges Urteil bilden zu können. Das Dilemma liegt auf der Hand: Obwohl der FI einen Abbruch der Verhandlungen (sofern die Gespräche soweit gediehen sind) und damit eine Meldung ins Auge fassen muss, ist er gehalten, den potenziellen Klienten weiterhin um möglichst viele Angaben zu bitten, damit der Entscheid «Meldung Ja oder Nein» zuverlässig getroffen und diese inhaltlich überhaupt sinnvoll erstattet werden kann.²³ Hinzu kommt, dass die Frage, ob eine berufsspezifische oder akzessorische Tätigkeit vorliegt, in einem solch frühen Anfangsstadium unter Umständen noch gar nicht beantwortet werden kann.

Immerhin hat der Anwalt/Notar die Möglichkeit von seinem Melderecht nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB Gebrauch zu machen, was das Problem etwas entschärfen dürfte, sofern für ihn feststeht, dass er sich nicht im Bereich seiner angestammten Anwalts-/Notariatstätigkeit bewegt.

2.5 Wann liegt ein Verdacht im Sinne von Art. 9 GwG vor?

Eine für die als FI tätigen Anwälte/Notare zentrale Frage ist diejenige, wann ein begründeter Verdacht nach Art. 9 GwG vorliegt.

18 CHRISTOPH GRABER/DOMINIK OBERHOLZER, Das neue GwG, 3. Auflage, Zürich 2009, Rz. 29 zu Art. 9 GwG, Seiten 81 ff.

19 GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Handkommentar zum Schweizerischen Strafrecht, 2. Auflage, Bern 2009, Rz. 6 zu Art. 305^{ter} StGB, S. 564.

20 Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB: «... schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren.»

21 BBl 2007, S. 6286.

22 BBl 2007, S. 6298.

23 GRABER/OBERHOLZER (Fn. 18), Rz 5 zu Art. 9 GwG, S. 74 f.

Die Skala der Verdachtsstufenintensität kann vom einfachen und unbestätigten *Gerücht*²⁴ über die *Vermutung*²⁵, den *Anfangsverdacht*²⁶, den *begründeten/hinreichenden Verdacht*²⁷ über den *dringenden Verdacht*²⁸ bis hin zur *Gewissheit* reichen. Ein Verdacht im Sinne von Art. 9 GwG wird sich in aller Regel gestützt auf die besonderen Abklärungen nach Art. 6 GwG einstellen.²⁹

Das Vorhandensein eines begründeten Verdachts bedeutet zwar nicht, dass dieser ein an Sicherheit grenzendes Ausmass annehmen muss. Ein Verdacht ist aber dann begründet, wenn er auf einem konkreten Hinweis oder mehreren Anhaltspunkten beruht, die einen verbrecherischen Ursprung der Vermögenswerte befürchten lassen (vgl. Botschaft zum GwG, BBL 1996 III 1130 f.). Er liegt somit irgendwo zwischen den Anhaltspunkten, die eine besondere Abklärungspflicht nach Art. 6 Abs. 2 GwG auslösen und der Gewissheit, dass ein geldwäschereirelevanter Sachverhalt vorliegt.³⁰

Besondere Abklärungen sind unter Umständen bereits in einem sehr frühen Stadium angezeigt. Je nach den konkreten Umständen hat der FI bereits bei der Kenntnis von Gerüchten bzw. wenn er (vielleicht auch nur vage) Vermutungen hegt, weitere Abklärungen vorzunehmen und z.B. Transaktionen vertieft auf deren Plausibilität hin zu überprüfen sowie die dabei gewonnenen Erkenntnisse zu dokumentieren (Art. 7 GwG).

Eine Meldepflicht nach Art. 9 GwG besteht zusammenfassend dann, wenn *überwiegend wahrscheinlich* ist, dass Vermögenswerte im Zusammenhang mit einer in Art. 9 GwG genannten Straftat stehen, d.h. wenn die «Tatsachen»/Indizien, welche als Basis für das Wahrscheinlichkeitsurteil dienen, mit *hoher Wahrscheinlichkeit* feststehen und zusätzlich die Gesamtheit der «Tatsachen»/Indizien *überwiegend plausibel zur Schlussfolgerung* führen, dass die Vermögenswerte «kontaminiert» sind.

2.6 Pflichten und Risiken nach Erstellen der Meldung (Vermögenssperre und Informationsverbot)

Wie bereits erwähnt, hat der Finanzintermediär nach Art. 10 GwG ihm anvertraute Vermögenswerte, die mit der Meldung im Zusammenhang stehen, unverzüglich zu sperren. Darüber hinaus darf er während dieser Zeit insbesondere weder den Klienten noch Dritte über die Meldung informieren (Art. 10a GwG).

Die Verletzung dieser Pflichten wird vom GwG selbst zwar nicht sanktioniert. Der fehlbare Anwalt/Notar sieht sich aber der Gefahr einer Bestrafung nach Art. 305^{bis} StGB und Sanktionen der SRO ausgesetzt.

Das Informationsverbot und die Pflicht zur Vermögenssperre können den FI in heikle Situationen bringen. Wie hat er sich zu verhalten, wenn genau in diesem Zeitpunkt der Kunde über die Vermögenswerte verfügen will und z.B. deren sofortige Herausgabe verlangt? Darf dem FI zugemutet werden, dem Kunden eine phantasievolle Lüge aufzutischen, um zu begründen, warum die Herausgabe zurzeit nicht möglich sei? Oder soll er einfach schweigen (wie dies etwa die Botschaft nahelegt)³¹ und dem Kunden damit mittels beredtem Schweigen zu erkennen geben, dass Meldung erstattet wurde?

MICHAEL REINLE schlägt Bankangestellten vor, den Kunden schlicht und einfach anzulügen, indem er von einer Lügepflicht der Bank spricht.³² Nach MATTHIAS KUSTER soll das Informationsverbot der Vermögenssperre vorgehen, was bedeute, dass trotz Vermögenssperre eine Transaktion dann zugelassen werden müsse, wenn nur so eine direkte oder indirekte Warnung des Kunden vermieden werden könne.³³ Auf jeden Fall dürfte der FI gut beraten sein, sein Vorgehen mit der Meldestelle und den gegebenenfalls bereits involvierten Strafverfolgungsbehörden abzusprechen, um allenfalls eine Beschleunigung erwirken zu können.

2.7 Fazit

Anwälte/Notare haben bei der Meldepflicht auf verschiedene Aspekte Rücksicht zu nehmen. Der Haftungsausschluss nach Art. 11 GwG kann trügerisch sein und greift nur, wenn sich der Anwalt/Notar sicher ist, dass er sich im akzessorischen Bereich bewegt. Und selbst wenn dies der Fall ist, ist nicht ausgeschlossen, dass ein Klient, dem durch eine Meldung mit Vermögenssperre ein Schaden entstanden ist, die Frage der gebotenen Sorgfalt und damit des guten Glaubens nach Art. 11 GwG einem Gericht zur Prüfung vorlegen wird.³⁴

Während noch vor wenigen Jahren zur allgemeinen Beruhigung der Anwälte/Notare hätte gesagt werden können, dass im Jahre 2006 von insgesamt 619 erstatteten Meldungen gerade eine einzige von einem Anwalt stammte (im Jahre 2005 waren es immerhin deren 8 gewesen), lässt sich diese Feststellung aktuell nicht mehr uneingeschränkt aufrechterhalten. Zwar stammten auch im Jahre 2010 von total 1059 Verdachtsmeldungen immer noch lediglich 13 von Anwälten. Im Jahre 2011 stieg diese Zahl jedoch bereits auf 31 (von total 1625 erstatteten Meldungen). Aufgrund dieser Tendenzen dürften die aufgezeigten Risiken somit nicht lediglich von theoretischer Bedeutung sein, sondern in zunehmendem Masse an praktischer Relevanz gewinnen. ■

24 Z.B. unverbürgte Nachricht; diffuse Angaben Dritter; unterschiedlich verbreiteter Inhalt.

25 Z.B. Aussagen, deren Richtigkeit man für möglich hält; Existenz von unbewiesenen/unverifizierten Anhaltspunkten.

26 Z.B. verdächtige Transaktionen; «seriöser» Presseartikel.

27 Z.B. konkrete(r) Hinweis(e) und verdächtige Transaktionen.

28 Z.B. übergibt eine sich nachweislich im Rotlicht-/Drogenmilieu bewegend Person dem FI grössere Mengen von Bargeld.

29 Solche sind vorzunehmen, wenn eine Transaktion oder Geschäftsbeziehung ungewöhnlich erscheint oder Anhaltspunkte für einen Zusammenhang mit geldwäschereirelevanten Vorfällen besteht.

30 GRABER/OBERHOLZER (Fn. 18), Rz 9 zu Art. 9, S. 76.

31 BBL 1996 III 1133.

32 MICHAEL REINLE, Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz, Diss. Zürich/St. Gallen 2007, S. 224.

33 MATTHIAS KUSTER, Das Verhalten bei Geldwäschereiverdacht gemäss Geldwäschereigesetz, AJP 2000, S. 801 (offenbar gestützt auf eine telefonische Auskunft der Meldestelle vom 8. März 2000).

34 PETER LUTZ/ALFRED REBER, Das Geldwäschereigesetz, Einführung und praktische Konsequenzen für die Anwaltschaft, Hrsg. Zürcher Anwaltsverband, Zürich 1998, S. 50.

Bruno Mascello*

Anwalt 2020: Megatrends, Auswirkungen und Reaktionen

Stichworte: Strategie, Positionierung und Marketing der Anwaltskanzlei, Trends im Anwaltsmarkt, Kanzlei als Dienstleistungsunternehmen

Eine Grundlage zur Definition der Kanzleistrategie bildet das frühzeitige Erkennen möglicher Entwicklungen im Marktumfeld und das entsprechende pro-aktive Handeln mit Blick auf erwartete Herausforderungen, um so der Konkurrenz einen Schritt voraus zu sein und den Markt nach eigenen Vorstellungen mitgestalten zu können.

In regelmässigen Abständen publizieren verschiedene Medien, Interessengruppen und Branchen Studien zu unterschiedlichen Megatrends.¹ Auch die Anwaltsbranche macht sich Gedanken hierzu und zu möglichen Auswirkungen auf das eigene Geschäft.²

Von *Megatrends* spricht man in der Regel bei besonders tiefgreifenden und nachhaltigen Entwicklungen. Es werden dabei im Wesentlichen fünf Bereiche unterschieden: Gesellschaft, Politik, Wirtschaft, Ökologie und Technologie. Jeder Trend hat unterschiedliche *Auswirkungen* zur Folge, die wiederum verschiedene *Reaktionen* nach sich ziehen. Für die Betrachtung des Anwaltsmarkts ist von Bedeutung, zwischen den einen Anwalt³ direkt und jenen ihn nur indirekt – d.h. über die Interaktion mit den Klienten – betreffenden Auswirkungen und Reaktionen zu unterscheiden. Dieser Artikel geht davon aus, dass die Analyse und Definition einer Kanzleistrategie einfacher erfolgen kann, wenn man nicht nur Einzelaspekte eines Trends berücksichtigt, sondern sich systematisch damit auseinandersetzt. Ist man sich allgemein über mögliche Entwicklungen und deren Auswirkungen und Reaktionen bewusst, kann die eigene Praxistätigkeit frühzeitig darauf ausgerichtet werden. Die Abhandlung sämtlicher Trends, Auswirkungen und Reaktionen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, weshalb nachfolgend nur auf die wesentlichsten eingegangen werden soll.

1. Anwaltsmarkt in Zahlen

Es wird erwartet, dass das Wachstum sowohl vom Marktvolumen als auch bezüglich der Zahl der Anwälte kontinuierlich weiter steigen wird. Der *Rechtsberatungsmarkt* im Jahr 2010 belief sich weltweit auf USD 585 Mia. (in der Schweiz auf geschätzte USD 4 Mia. und in Deutschland auf USD 33.7 Mia.), und man zählte ca. 3.3 Mio. sogenannte «Legal Professionals».⁴ Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) zählte per 1.1.2012 insgesamt 8860 *Aktivmitglieder* (davon 24.51% Frauen). Seit 2002 entspricht das einem Wachstum von insgesamt 2208 (24.92%) Mitgliedern bzw. von durchschnittlich 2.91% pro Jahr.⁵ Etwa je 10% der Schweizer Anwaltschaft arbeitet in den grössten 12 Kanzleien mit je über 50 Anwälten⁶ oder als Einzelkanzlei, d.h. die meisten Anwälte arbeiten in Kanzleien von 2–50 Anwälten.⁷ Damit wies die Schweiz im Jahr 2006, gemessen an der Zahl der Bevölkerung, mit *einem Anwalt auf 1032 Einwohner* im Vergleich zu Deutschland (1 Anwalt pro 596 Einwohner) eine fast halb so grosse und im Vergleich mit den USA (1 Anwalt pro 270 Einwohner) gar eine vier Mal geringere Anwaltsdichte auf.⁸

2. Spezialitäten des Anwaltsmarktes

Der Markt für Rechtsdienstleistungen weist gewisse Spezialitäten auf, die vorab kurz adressiert werden sollen. Die gute Nachricht vorweg: Zur Dienstleistung «legal services» gibt es *keine Alternativen oder Substitutionsprodukte*. Aber die Zahl der Anbieter, auch der alternativen, steigt konstant und schafft damit einen *grossen und wachsenden Wettbewerb*. Es herrscht grosse Konkurrenz, nicht zuletzt wegen der tiefen Kapitalintensität dieser Tätigkeit und der geringen Markteintrittskosten für neue Anbieter.

* Dr. iur., LL.M., EMBA HSG, Rechtsanwalt, Vizedirektor und Dozent an der Executive School of Management, Technology and Law (ES-HSG) der Universität St. Gallen. www.es.unisg.ch

1 Vgl. z.B. Credit Suisse, *Megatrends – Chancen und Risiken für KMU*, Studie 2010: Schwerpunkt Globalisierung, 2010.

2 Eine im Mai 2011 bei 805 US Law Firms mit mehr als 50 Anwälten durchgeführte Umfrage ergab, dass man sich am meisten Sorgen macht über folgende Punkte: Pensionierung und Nachfolge der Baby Boomer-Anwälte (47%), Wachstum der Profitabilität (44%); wobei – aus Zweckoptimismus? – nur gerade 16% einen permanent tieferen Partnergewinn erwarten), Rückgang der Nachfrage (35%), Preisdruck (35%) und systematische Steigerung der Effizienz (27%). Ferner wurden folgende Trends identifiziert: gesteigerter Fokus auf Effizienzsteigerungen (94%), gesteigerter Preiswettbewerb (90%), weniger nicht-juristische Mitarbeiter (88%), vermehrt standardisierte Rechtsarbeit (81%; sogenannte «commodity») und weniger auf Stundenhonorar basierende Rechnungstellung (75%). Vgl. hierzu Of Counsel, Vol. 30, No. 10, October 2011, Seiten 5–9.

3 Der besseren Lesbarkeit halber wird hier nur die männliche Form verwendet, was selbstverständlich die weibliche Form mit einschliesst.

4 Datamonitor 2011 (vgl. www.datamonitor.com).

5 Mitteilung des SAV in der Anwaltsrevue 1/2012, S. 56. Dieser Wachstumstrend spiegelt sich auch im Ärztemarkt wieder: Im Jahr 2011 gab es in der Schweiz 30849 Ärzte (+ 1.9% zum Vorjahr) (vgl. Neue Zürcher Zeitung [NZZ] vom 16.3.2012, S. 15).

6 In den 10 grössten Schweizer Anwaltskanzleien arbeiteten im Jahr 2009 gar je über 70 Anwälte (vgl. Bilanz 21/2009). In Deutschland haben die grössten 10 Kanzleien je über 250 Berufsträger (vgl. Juve 10/2010).

7 Vgl. zu weiteren Zahlen auch HÜPPI, Trends, S. 959. Im Jahr 2010 wies die Schweiz 14835 Studenten der Rechtswissenschaften auf, was seit 2000 einer Zunahme von 35% entspricht, und ab 2002 waren sogar mehr als 50% Studentinnen immatrikuliert (LÜND, S. 42).

8 BENNO HEUSSEN, Die Anwaltsdichte in der Schweiz, Österreich und Deutschland im Verhältnis zu anderen Staaten – Ein internationaler Vergleich, Anwaltsrevue 10/2006, S. 392–396. In Deutschland waren gemäss Statistik der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) per 1.1.2011 insgesamt 155679 Rechtsanwälte (ca. 32% Frauen) zugelassen, was seit 1996 einer Verdoppelung der Zahl praktizierender Anwälte entspricht (vgl. www.brak.de).

Der Erfolg einer Kanzlei hängt zwar von deren Ruf und Spezialisierung ab. Die Dienstleistung wird aber massgeblich über den gelieferten Service differenziert, weil die Erteilung der korrekten Rechtsauskunft ohnehin als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Es besteht auch eine geringe Kundenbindung, weil Anwälte grundsätzlich leicht, schnell und ohne grosse Kosten austauschbar sind. Dies bedeutet für Anwälte eine grosse Gefahr, stellen die Mandanten mangels Diversifikation doch in der Regel die einzige Einnahmequelle dar. Ein Anwalt muss deshalb nicht nur überlegen, wie er neue Kunden gewinnen, sondern vor allem auch, wie er bestehende binden kann. Ferner hängt der Erfolg vom Arbeitsmarkt und damit von der Attraktivität des Arbeitgebers für qualifizierte Mitarbeiter ab. Flexible Kanzleien passen sich regelmässig den Vorgaben im Markt an und sind auch in Zeiten der Rezession erfolgreicher als ihre Konkurrenten.⁹ Umso wichtiger ist es, sich über allfällige externe Einflussfaktoren und deren Kontext nicht nur reaktiv Gedanken zu machen, sondern regelmässig eine Einschätzung der zukünftigen Herausforderungen anzustellen.¹⁰

3. Megatrends

3.1 Demographie, Migration und Arbeitsmarkt

Seitens der Gesellschaft sticht zunächst der erwartete *demographische Wandel* ins Auge: Dem allgemein globalen Trend des Bevölkerungswachstums steht eine Verschiebung der Alterspyramide mit einer zunehmenden Überalterung der Gesellschaft sowie einer rückläufigen Geburtenrate und Erwerbsquote gegenüber. Es sind ferner zunehmende *Migrationsbewegungen* zu erwarten, die für gewisse Branchen auch eine Zuwanderung qualifizierter Mitarbeiter mit sich bringen. Die neue Mobilität und der Trend zur Urbanisierung (Mega-Cities mit neuen Lebensformen) stellen vor allem *sozio-kulturelle Herausforderungen* dar (z.B. kulturelle Vielfalt und Wertepluralismus) und ziehen einen Wertewandel und eine Wertedurchmischung nach sich.

Auf dem *Arbeitsmarkt* findet eine weitere Öffnung statt, die Arbeitslosigkeit nimmt zu (auch wegen der fortschreitenden Automatisierung), und für qualifizierte Mitarbeiter spielt der *War for Talents*. Die neue Mobilität fördert die Orts- und Zeitungebundenheit und verlangt nach *flexiblen und interaktiven Arbeitsstrukturen bzw. Arbeitsmodellen*. Schliesslich werden neue Märkte entstehen (z.B. für ältere Menschen). Namentlich Frauen mit ihren unterschiedlichen Bedürfnissen (z.B. Familie) werden nicht nur im Beruf, sondern allgemein als Marktakteure vermehrt in Erscheinung treten.

3.2 Informationsgesellschaft und Technologie

Die Gesellschaft wird sich weiter in Richtung *Informationsgesellschaft* entwickeln und der Dienstleistungssektor weiter an Bedeu-

tung gewinnen.¹¹ Mit Wissen als zentraler Ressource und der weiter steigenden Informationsflut wird dem Informationsmanagement eine erhöhte Beachtung zukommen.

Überdies ist mit einer Zunahme der *Technologisierung* und *Digitalisierung* zu rechnen. Der digitale Lebensstil (v.a. dank digitaler Vernetzung und Mobilität) und der Wunsch, jederzeit und überall über alle Informationen verfügen zu können, werden das Arbeitsleben weiter beschleunigen und den Einbezug der neuen digitalen Realitäten bei Mitarbeitern und Kunden erfordern.

3.3 Wirtschaftswachstum

Die Wirtschaft ist geprägt von einem allgemeinen *Wachstum* in allen Bereichen, d.h. im Finanzvermögen, bei Wohlstand, Konsum und Ressourcenverbrauch, aber auch bei den Schulden (Finanzkrise). Die Globalisierung und Internationalisierung zieht sich öffnende Systeme und die *Liberalisierung der Märkte* nach sich und eröffnet damit mehr Tätigkeitsgebiete und neue Geschäftsfelder. Andererseits bedeutet das aber auch einen *steigenden Wettbewerbsdruck und Konkurrenzkampf*.

Mit dem Bedürfnis nach mehr Sicherheit und dem Ausbau des Rechtsschutzes des Bürgers hält überdies auch eine allgemeine *Verrechtlichung des Lebens* Einzug (v.a. durch Zunahme der Regulierungsdichte¹² und der Gesetzesvielfalt).

3.4 Politik und Ökologie

Das politische Umfeld zeichnet sich durch eine kontinuierliche *Veränderung der Weltordnung* aus (z.B. Demokratisierung im Osten und Süden, Länderabspaltungen, Zusammenwachsen von Rechts- und Kulturkreisen und Wachstum von Vereinigungen [z.B. EU]).

Im Bereich Ökologie werden der Klimawandel, die Umweltbelastung und die *Ressourcenverknappung* zu veränderten Rahmenbedingungen führen, die Bedürfnisse ändern, den Verteilungskampf intensivieren und die Migration fördern. Unternehmen werden in die Verantwortung genommen und es wird von ihnen insbesondere ein verantwortungsvoller Umgang mit den natürlichen Ressourcen gefordert (Stichwort: Corporate Social Responsibility).

Weil diese beiden Trendbereiche den Anwaltsberuf nur am Rande tangieren, werden sie nachfolgend nicht mehr weiter adressiert werden.

4. Auswirkungen und Reaktionen

4.1 Allgemeines

So wie Trends und Entwicklungen je nach Ausgangslage und Sichtweise (z.B. Geographie oder Branche) variieren können, gibt es auch nicht nur eine klare Auswirkung und Reaktion darauf. Es herrscht darüber hinaus eine *gegenseitige Beeinflussung*, und

⁹ Datamonitor 2011 (vgl. www.datamonitor.com).

¹⁰ Vgl. GEORGE M. WILLIAMS JR., Die Auswirkungen der Finanzkrise auf die Kanzleistategie und die Struktur des Rechts, in: Leo Staub/Christine Hehli Hidber (Hrsg.), *Management von Anwaltskanzleien, Erfolgreiche Führung von Anwaltsunternehmen*, Genf 2012, S. 937–940.

¹¹ Gemäss Schätzung gilt in der Schweiz bereits jeder zweite Erwerbstätige als «Wissensarbeiter» (vgl. NZZ vom 9. Mai 2012, S. 31).

¹² Eine Zunahme im Aufsichtsrecht ist insbesondere auch bedingt durch die Folgen der Finanzkrise.

viele gleiche Reaktionen können wiederum einen eigenen Trend auslösen, der zu weiteren Auswirkungen und Reaktionen führen kann. Ferner ist der einzelne Anwalt nicht nur *indirekt* von seinen Kunden beeinflusst, sondern er muss als Unternehmer unmittelbar auch *direkt* auf verschiedene Trends reagieren.

4.2 Zunehmender Konkurrenzdruck

Die *Liberalisierungstendenz im Rechtsdienstleistungsmarkt* wird sich vermutlich weiter akzentuieren und die bestehenden Entwicklungen weiterführen: Beratungsverbote brechen auf und «branchenfremde» Anbieter nehmen an Bedeutung zu, das Anwaltsmonopol wird weiter aufgeweicht, anwaltliche Privilegien werden Dritten zuerkannt (z.B. Client-Attorney-Privileg an Unternehmensjuristen), Markteintrittsschranken fallen weg, neue Gesellschaftsformen sind möglich (Kanzlei-AG) und Werbemöglichkeiten werden erweitert. Ob das Anwaltsgeheimnis so stabil wie das Arztgeheimnis bleiben oder ihm die gleiche Gefahr wie dem Bankgeheimnis drohen wird, bleibt noch abzuwarten. Auf jeden Fall wird der *Wettbewerbsdruck* steigen.

4.3 Steigender Kostendruck

Die Entwicklungen der Finanzkrise und der staatlichen Schuldenproblematik sind noch nicht abgeschlossen und die Auswirkungen dieser Phänomene noch nicht absehbar. Aber nicht zuletzt durch die wachsende Bevölkerung und die damit verbundene Steigerung des Konsums werden die Wirtschaft im Allgemeinen und der Rechtsdienstleistungsmarkt im Besonderen weiter wachsen. Diese Expansion erfolgt jedoch nicht so schnell wie der Zuwachs der Anwälte, was eine Senkung der durchschnittlichen Umsätze pro Anwalt erwarten lässt. Auf jeden Fall wird der Konkurrenzkampf weiter wachsen.

In Unternehmen wird die durch die Wirtschaftskrise 2008 stattgefundene Kostensensibilisierung weiter *sinkende Budgets und Kostenreduktionen* zur Folge haben, und dieser Kostendruck wird an die externen Anbieter wie die Anwälte weitergegeben, indem die Rechtsabteilungen entweder mehr selber machen oder einfach Druck auf die Honorare der externen Anwälte ausüben. Die Dynamik und Transparenz im Markt wird zunehmen, Preise sinken und Qualitätsanforderungen steigen. Kanzleien werden deshalb noch intensiver nach Wettbewerbsvorteilen zur Marktabgrenzung suchen müssen.

In der Informationsgesellschaft und durch die gesteigerten Kundenbedürfnisse wird die *permanente Weiterbildung* der Mitarbeiter in juristischen und nicht-juristischen Bereichen wichtiger und damit ein bedeutender Kosten- und Abgrenzungsfaktor im Wettbewerb werden, sowohl im Rekrutierungs- als auch im Akquisitionsprozess. Wer sich der Finanzierung dieser Aufwände verschliesst, weil jüngere Generationen nicht mehr gleich lang in einer Anwaltskanzlei verbleiben und deshalb diese Investition ihnen überlassen will, riskiert sich an beiden Fronten auszugrenzen.

4.4 Dynamischer Marktverteilungskampf

Die Globalisierung und Internationalisierung hat nicht nur Einfluss auf Anwaltsfirmen, welche international tätige Grosskon-

zerne beraten. Diese Trends zwingen auch Schweizer KMU als Nischenanbieter in den Weltmarkt (z.B. China, Indien, Russland etc.), indem sie neue Niederlassungen gründen oder neue Zusammenarbeitsformen suchen. Aufgrund dessen werden auch die für sie ursprünglich nur lokal bzw. regional tätigen Anwälte *mit diesen Kunden mitwachsen* bzw. ihnen *in die neuen Märkte folgen* müssen. Dies erfordert insbesondere die Fähigkeit, über geographische Grenzen und verschiedene Zeitzonen hinweg arbeiten zu können, natürlich mit den hierzu notwendigen Sprachkenntnissen und dem interkulturellen Verständnis. Damit verbunden wird auch ein bestimmtes *Kanzleiwachstum* sein. Auf jeden Fall ist die *Bildung von Netzwerken* unabdingbar, um die lokale Präsenz und Expertise sicherstellen zu können.¹³

Ferner ist mit einer weiteren *vertikalen Segmentierung* in der Anwaltsbranche zu rechnen, bei welcher die grossen Kanzleien die Unternehmen bzw. Grossmandate betreuen (Ausnahme: Anwalts-Boutiquen) und die anderen Anwaltskanzleien eher die (kleineren) Privatkunden bedienen. Für Grosskunden macht das oft Sinn, um bei Bedarf durch die Reputation der Grosskanzlei eine Art «Versicherungspolice» zu haben. Der Wegfall grösserer Mandate, welche bisher eine Art Quersubventionierung von weniger lukrativen Mandaten erlaubten, könnte bestimmte Kanzleien vor die Überlebensfrage stellen.

Schliesslich ist zu beobachten, dass grosse Transaktionen von in der Schweiz domizilierten Konzernen neu durch international verankerte Grosskanzleien durchgeführt werden und diese Schweizer Kanzleien nur noch für den schweizerischen Teil miteinbeziehen. Mit dem Wegbrechen dieses substanziellen Umsatzanteils *steigt der Kostendruck bei Schweizer Grosskanzleien*. Wollen diese ihre *Profitabilität* erhalten, ist entweder eine weitere Konzentration auf ein bestimmtes Segment von High-End-Dienstleistungen (z.B. komplexe Finanzierungsstrukturen) oder die Ausdehnung «nach unten» in den Markt der mittelgrossen Kanzleien erforderlich. Für im mittleren Markt tätige Anwälte bedeutet das einen *zusätzlichen Wettbewerb* und bewirkt weiteren Druck auf die Preise und die Servicequalität. Erfolgreich werden auch hier wohl jene sein, welche sich am besten an die neuen Rahmenbedingungen anpassen.

Was den *Allgemein- bzw. Einzelanwalt* betrifft, wird dieser analog zum Landarzt, der die Grundversorgung abdeckt, den Konkurrenzkampf wohl nicht so sehr spüren.

4.5 Spezialisierung und Vernetzung

Die mit der Verrechtlichung des Lebens einhergehende Gesetzesflut, die vermehrt auch für Juristen komplizierter und komplexer wird, lässt nicht nur den Markt an Rechtsdienstleistungen wachsen, sondern zwingt zur Arbeitsteilung und definiert *Compliance als Wachstumsmarkt*.

¹³ Sogenannten International Business Law Firms und Global Elite Firms haben erfolgreich weltweit voll funktionierende lokale Büros aufgebaut, um Unternehmenskunden einen «Full Service» anzubieten. Dank ihrer klaren Strategie und dem professionellen Management zur Lieferung des Nutzenversprechens werden lokale Kanzleien durch die zunehmend auch lokal aktive globale Konkurrenz unter Druck kommen, hier nachziehen zu müssen. Vgl. CHAIN/BRUCH, S. 943 ff.

Mit der Arbeitsteilung wird der Zwang zur Abgrenzung im Wettbewerb zunehmen, und als Konsequenz steigt auch der Bedarf einer *Spezialisierung* (z.B. auf bestimmte Zielgruppen und/oder als Boutique auf ein Segment oder Fachgebiet), wodurch die Fachanwaltschaft an Bedeutung gewinnen wird.¹⁴ Es sei aber vor der Erwartung gewarnt, dass wegen der Spezialisierung alleine auch höhere Honorare gefordert werden können. Wegen des wachsenden Konkurrenzkampfs wird die Spezialisierung zum eigentlichen Standard werden, und am Ende wird der Kunde den durch die Fachausbildung erzielten Effizienzgewinn abschöpfen wollen.

Der Spezialisierungsgrad wird mit der Grösse der Kanzlei zwangsläufig ansteigen und eine umsichtige strategische Planung damit umso wichtiger werden. Um eine ganzheitliche Betreuung der Mandanten sicherzustellen, wird deshalb die *Vernetzung* immer wichtiger. Damit wird die intensivere Bildung und Pflege von Kooperationen und Netzwerken erforderlich sowie die Entwicklung neuer Organisations- und Zusammenarbeitsformen.

4.6 Angespannter Arbeitsmarkt

Der durch den demographischen Wandel hervorgerufene Mangel an jungen Arbeitskräften wird dazu führen, sich über den altersmässig veränderten Kunden- und Arbeitsmarkt Gedanken zu machen. Dies ist ferner von Bedeutung, weil für die Rekrutierung von qualifizierten Mitarbeitern im lokalen Anwaltsmarkt, insbesondere wegen der berufsbedingten Bindung an die lokale Gesetzgebung, nicht einfach internationale Migrationsbewegungen ausgenutzt werden können. Und wegen des zunehmenden *War for Talents* wird die *Rekrutierung von Frauen und älteren und erfahreneren Mitarbeitern* als Wissensträger wichtiger werden. Der wieder entdeckte Einsatz dieser Mitarbeiter ist als Chance wahrzunehmen.

Die kulturelle Vielfalt und die neuen Lebensmodelle (z.B. Generation Y) verlangt überdies nach *neuen Führungsqualitäten* (v.a. Einfühlungsvermögen und Soft Skills), *neuen Arbeits- und Arbeitszeitmodellen* (Stichwort: Work-Life-Balance) sowie loyalitätsfördernden alternativen Motivationsmodellen (z.B. ein gutes Arbeitsklima und Weiterbildungsmöglichkeiten). In Kanzleien werden *Karriere- und Partnerschaftsmodelle* überdacht werden müssen, weil insbesondere in gesättigten Märkten das traditionelle Pyramidenmodell an seine Grenzen stösst.¹⁵ Dies insbesondere auch deshalb, weil Unternehmen durch den Ausbau und die Professionalisierung der Rechtsabteilungen auf dem Stellenmarkt weiter an Attraktivität gewinnen werden.

4.7 Anspruchsvollere Kundenbeziehung

Die Rechtsdienstleistung selber wird in grossen Teilen neu als sogenannte «*Commodity*» und damit als austauschbare Leistung qualifiziert. Deren Beschaffung gestaltet sich für Unternehmen

anspruchsvoller, weshalb der *Einkaufsprozess professionalisiert* wird (z.B. Einbezug der Beschaffungsabteilung, Ausschreibungen, Pitches etc.). Die kontinuierlich lauter werdenden Forderungen nach *alternativen, d.h. nicht stundenbasierten Honorierungsmodellen bzw. innovativen Verrechnungsmodellen*¹⁶ sollen dem Kunden nicht nur helfen, dem allgemein zunehmenden Kostendruck zu begegnen, sondern die Planbarkeit der Ausgaben zu verbessern und für das gleiche Geld mehr zu bekommen (z.B. durch den Ausbau von – kostenlosen – Servicekomponenten). Dies wiederum erfordert ein verbessertes *Kostenmanagement* und eine weitere *Prozessoptimierung* inklusive der Prüfung der Möglichkeiten von allfälligen *Auslagerungen*.¹⁷

Unternehmen konzentrieren sich vermehrt auf eigene *Vertrauensanwälte und Netzwerke* (z.B. Anwaltspanel), die sie effizienter managen können. Eine eigene Vernetzung des externen Anwalts könnte bei Ausschreibungen somit als Abgrenzungsvorteil zu Konkurrenten in die Waagschale geworfen werden. Der externe Anwalt hat überdies mit verbesserten *Kosten- und Qualitätskontrollen* sowie mit festgelegten *Messgrössen* (sog. Key Performance Indicators) zu rechnen.

Ferner wird ein Anwalt mit veränderten und *zunehmenden Kundenerwartungen* konfrontiert werden: Juristisches Sachverständnis wird beim Anwalt ohnehin vorausgesetzt; gefordert wird aber eine praktische, lösungs- und am Geschäft orientierte, umfassende Problemlösung. Das bedeutet, es braucht Spezialwissen, Kenntnis der Wirtschaft, der Branche und des Kunden, Projektmanagementkenntnisse und Kommunikationsfähigkeiten (Soft Skills). Der Anwalt muss ferner nicht nur zeitlich ständig erreichbar bleiben, sondern auch umgehend reagieren und liefern können, möglichst unter Schonung der eigenen Ressourcen und jener des Kunden. Das Anforderungsprofil des Anwalts wie auch jenes des Unternehmensjuristen verändert sich somit in Richtung eines *Problemlösers mit juristischem Sachverstand*.

4.8 Risikomanagement

Die zunehmende Komplexität und Beschleunigung verlangt nach einem veränderten Umgang mit Unsicherheiten und Risiken. Dies wird die Wichtigkeit von *Corporate Governance* weiter fördern und auch zu einem weiteren *Ausbau von Rechts- und Compliance-Abteilungen* führen. Ferner wird das *Risikomanagement*, inklusive Management der rechtlichen Risiken (*Legal Risk Management*), professionalisiert werden.

¹⁴ Hier sei auch auf den Umstand hingewiesen, dass mit dem Wachstum der Wirtschaftskanzleien und dem «Up-or-out»-Prinzip immer mehr Spin-offs von erfolgreichen Teams zu erwarten sind.

¹⁵ BRUNO CHIOMENTO, Das Geschäftsmodell von Beratungsunternehmen auf dem Prüfstand, GesKR 2/2012, S. 179–181.

¹⁶ Hier ist zu denken an Fixhonorare und Budgetregelungen mit Meilensteinen, welche das finanzielle Risiko für Kostenüberschreitungen und für Unvorhergesehenes zum externen Anwalt verschieben. Damit erreicht die Forderung nach *Risikomanagement* in der Kanzlei eine neue Dimension. Dies verlangt vom externen Anwalt ein engeres Projektmanagement, eine differenzierte Finanzplanung, neue Preisberechnungs- bzw. Kalkulationsmethoden und mehr Informationsfluss mit regelmässiger Berichterstattung und Kostenkontrolle. Beim üblichen Stundenhonorar-Modell findet ein Cost-Plus-Preismodell Anwendung, bei welchem der Profit garantiert ist, solange die Kosten unter Kontrolle gehalten werden. Vgl. auch CHAIN/BRUCH, S. 949 f.

¹⁷ Vgl. hierzu das Thema «Legal Process Outsourcing» und die Forderungen von Grosskunden, Routine- und weniger komplexe (low-value) Arbeiten, welche keine Rechtsexpertise benötigen, zwecks Reduzierung der Kosten an günstigere Lieferanten auszulagern. Vgl. hierzu CHAIN/BRUCH, S. 947 f.

Um die zunehmenden Risiken zu absorbieren, wird vermehrt von allen Beteiligten, also auch von externen Anwälten, die *Beteiligung am Geschäftsrisiko des Kunden* gefordert werden. Weil das Risiko von Fehlern nicht zuletzt wegen der steigenden Gesetzesflut weiter zunimmt, wird das Management von rechtlichen Risiken wichtiger werden. Der wachsenden Vorsicht in den Chefetagen vor einer Haftung wird auch mit einer Risikoauslagerung an die externen Anwälte begegnet werden, was wiederum den Druck bei Anwälten zur Inkaufnahme von Risiken erhöht. Eine Lösung hierzu wäre, zu versuchen, beim Kunden frühzeitig in den Leistungserstellungsprozess miteinbezogen zu werden (z.B. als Projektmanager des rechtlichen Projektteils).

5. Professionelles Kanzleimanagement

Weil auch eine Kanzlei den Regeln des Marktes unterworfen ist, ist sie als wirtschaftliches Unternehmen zu führen. Die Entwicklung einer klaren *Strategie* mit richtiger Positionierung im Anwaltsmarkt bietet wichtige Abgrenzungs- und Wettbewerbsvorteile. Entsprechend ist die Kanzleistruktur, -grösse und -organisation anzupassen. Ziel ist es, vom Kunden als «Dienst-Leister», «Problem-Löser» und «Nutzen-Stifter» (also mehr als Profit Center statt nur als Cost Center) wahrgenommen zu werden. Dies verlangt die Ausweitung der rein juristischen Fachberatung zu einer *Unternehmensberatung mit juristischem Fachwissen*.

Das operative Geschäft wird angepasst, und der Marktauftritt verlangt einen professionellen Auftritt unter Berücksichtigung von Marketingaspekten (v.a. bei Ausschreibungen und Akquise). In grösseren Kanzleien werden nicht-juristische Bereiche separiert (z.B. Office Manager, HR Manager, Marketing oder IT). Das fachliche und nicht-juristische Wissen wird als wichtigste Ressource des Anwaltsberufs anerkannt und entsprechend organisiert und ausgebaut (auch im Falle einer Spezialisierung). All dies ist mit den richtigen Fähigkeiten und Soft Skills zu ergänzen. Qualitätsmanagement spielt eine wichtigere Rolle, und der Leistungserstellungsprozess ist effizienter zu gestalten und an den Bedürfnissen der Kunden auszurichten. Anstellungsbedingungen sind an den Arbeitsmarkt anzupassen und neue Arbeits- und Arbeitszeitmodelle bzw. Karrieremodelle anzubieten, weil sich am Ende für die Wenigsten – auch für gute Mitarbeiter – eine langfristige Partnerschaftskarriere in einer Kanzlei realisieren lässt. Schliesslich hat sich ein Anwalt Gedanken zu machen über die *Bildung neuer Angebote* (z.B. Einsatz von Projektjuristen, Ausweitung auf neue Rechtsanwendungsgebiete, neue Dienstleistungen wie Compliance oder Corporate Governance, neue Vertriebsformen etc.).

6. Schlussbemerkungen

Diese Ausführungen haben gezeigt, dass für Rechtsdienstleistungen die gleichen Marktgesetze wie für andere Branchen gelten und die Anbieter sich den verschiedenen, sich permanent ändernden Herausforderungen stellen müssen. Die wichtigsten Herausforderungen im Anwaltsmarkt liegen m.E. vor allem im sich verändernden Arbeitsmarkt mit der *Verknappung der verfügbaren und qualitativ guten Anwälte*, im *härter werdenden Wettbewerb* und dem damit verbundenen *Kostendruck* sowie den sich *verändernden Kundenbedürfnissen und -erwartungen*.

Auch hier bestätigt sich, dass der ständige Wandel die einzige Konstante auch für den Anwaltsberuf darstellt. Anwälte, welche sich Trends verschliessen oder nicht rechtzeitig darauf reagieren, werden bestenfalls einfach nicht so erfolgreich sein wie ihre Konkurrenten, im schlimmsten Fall aber vom Markt abgestraft werden und verschwinden. Wer sich aber auf unausweichliche Veränderungen rechtzeitig vorbereitet, den erwarteten Entwicklungen voraus ist und diese als Chance begreift, wird die anstehenden Herausforderungen nicht nur überstehen und daraus gestärkt hervorgehen, sondern allenfalls den Markt sogar nach seinen Regeln mitbestimmen können.

Weitere Literaturhinweise:

JULIA CHAIN/NICHOLAS BRUCH, Trends in the Global Legal Services Market, in: Leo Staub/Christine Hehli Hidber (Hrsg.), *Management von Anwaltskanzleien, Erfolgreiche Führung von Anwaltsunternehmen*, Genf 2012, S. 937–940; KLAUS-STEFAN HOHENSTATT, Die Zukunft des Anwaltsmarktes, in: Staub/Hehli Hidber, a.a.O., S. 952–958; CHRISTOPH HOMMERICH/MATTHIAS KILIAN, Strukturwandel der Anwaltschaft, *Anwaltsblatt*, 8+9/2008, S. 623–624; MICHAEL HÜPPI, Anwaltsberuf: Lagebeurteilung, *Anwaltsrevue* 3/2012, S. 133–135; DERS., Trends und Zukunft im Anwaltsgeschäft der Schweiz, in: Staub/Hehli Hidber, a.a.O., S. 959–963; KARL LÜOND, Quo Vadis?, *NZZ Folio «Anwälte»*, Nr. 249/2012, S. 42–47; MICHAEL PFEIFER, Entwicklungen im Anwaltsmarkt: Der Beruf der Rechtsanwältin und des Rechtsanwalts im Wandel – ein Zustandsbericht, *Anwaltsrevue* 2/2002, S. 5–6; LEO STAUB, Festlegung der Kanzleistrategie, Einführung und Übersicht, in: Staub/Hehli Hidber, a.a.O., S. 3–35; DERS., Strategieentwicklung in der Anwaltskanzlei, *Anwaltsrevue* 6–7/2009, S. 300–304; DERS., Ausblick: Der In-house Legal Counsel und die Rechtsabteilung im Jahre 2020 – stetig wachsende Herausforderungen im Zeitalter der Globalisierung?, in: Sylvie Hambloch-Gesinn/Beat Hess/Andreas Meier/Reto Schiltknecht/Christian Wind (Hrsg.), *In-House Counsel in internationalen Unternehmen*, Basel 2010, S. 33–49; DERS., *Legal Management, Management von Recht als Führungsaufgabe*, 2. Auflage, Zürich 2006; THOMAS WOLF, Strukturwandel der deutschen Anwaltschaft, in: *JURAcon-Jahrbuch* 2009/10, S. 28–32. ■

Übersicht: Megatrends – Auswirkungen – Reaktionen

	Trends	Auswirkungen	Reaktionen	Weitere Punkte für Anwälte
Gesellschaft	• Demographie (Bevölkerungszunahme, Überalterung) • Migration (Völkerwanderung, neues Mobilitätsverständnis) • Urbanisierung • Sozio-kulturelle Aspekte (Wertewandel/-durchmischung, Individualisation, Communities) • Informations- und Wissensgesellschaft • Zentralisierung (Standardisierung) • Gesundheitsbewusstsein	• Sinkende Erwerbsquote • Neue Lebensformen • Flexibilität im Arbeitsmarkt, Arbeitsmarktfähigkeit ersetzt Arbeitsplatzsicherheit • Neue Führungsqualitäten erforderlich (neue Werte bei Mitarbeitern) • Wissen als Ressource wird zentraler • Sicherheitsbedürfnis steigt • Innovations- und Qualitätsorientierung • Work-Life-Balance	• Rekrutierung anpassen (v.a. auf qualifizierte Ausländer, ältere Mitarbeiter und Frauen) • Geeignete Infrastrukturen schaffen • Flexible, interaktive und neue Arbeitsbedingungen und Arbeitszeitmodelle schaffen • Wissensmanagement wird zentraler • Management von Unsicherheiten wird wichtiger, Bereitschaft für Risiken sinkt • Weiterbildung und Soft Skills wichtiger (EQ als Ergänzung zu IQ)	• Bildung neuer Karriere- und Partnerschaftsmodelle • Corporate Governance gewinnt an Bedeutung • Ausbau von Rechtsabteilung, Compliance und Regulatory Affairs (Stellenwert steigt) • Zunahme frühzeitigen bzw. präventiven Einbezugs der Rechtsdienstleister (Geschäftsrisiko mittragen) • Professionalisierung von Risiko Management; Management von rechtlichen Risiken wird wichtiger • Aus- und Weiterbildung in juristischen und nicht-juristischen Fächern wird zunehmen
Wirtschaft	• Wachstum • Globalisierung • Internationalisierung • Arbeitsmarkt verändert sich • neue Märkte entstehen	• Konsum und Wohlstand steigt • Konkurrenz und Wettbewerb steigt (bei den Kundenmärkten und im Arbeitsmarkt) • Bedeutung des Dienstleistungssektors steigt (globale Wissenselite) • Finanzvermögen/Staatsschulden • Liberalisierung der Märkte • Offene Systeme und Netzwerke • Komplexität steigt	• Kostenreduktion, sinkende Budgets • Ausfallrisiken bei Kunden steigen • Neue Zusammenarbeitsformen und Vernetzung (Technik und Mensch) • Neue Wertschöpfungsnetze • Wissensbasierte Ökonomie • Integration fremder Kulturen/Werte • Offene Arbeitsmärkte, War for Talents, Jugendarbeitslosigkeit • Verrechtlichung (Gesetzesvielfalt, Regulierungslichte) • Arbeitsteilung, schlankere Strukturen, Prozessoptimierung • Liberalisierungen im Rechtsdienstleistungsmarkt	• Zunehmender Kostendruck verlangt weitere Professionalisierung des Kanzleimanagements und Strategie bzgl. Kunden und Konkurrenz • Abnehmende Kundentreue/-bindung • Rechtsdienstleistung als Commodity qualifiziert • Professionalisierung des Einkaufs (Ausschreibung, alternative Honorierungsmodelle, Panel, KPI etc.) • Organisation der Rechtsabteilungen verbessert sich • Verlagerung der Wertschöpfung (Outsourcing) • Gesteigerte Kundenerwartungen (erweiterte Kenntnisse, Projektmanagement, Soft Skills etc.) • Anforderungsprofil für Juristen ändert sich • Vertikale Segmentierung im Anwaltsmarkt • Spezialisierung (Fachgebiet/Kunden) • Wachstum und Netzwerkbildung
Technologie	• Technologisierung • Entwicklung neuer Bereiche • Kommunikation/Information	• Dynamisierung und Flexibilität • Informationsflut/Überinformation • Digitalisierung/Digitaler Lebensstil	• Digitale Vernetzung/Multimedia zu berücksichtigen • Informationsmanagement	• Beschleunigung des Geschäfts • Jederzeitige Erreichbarkeit und Verfügbarkeit
Politik	• Politische Weltordnung • Staatsverständnis • Neue Akteure	• Länderabsplattungen, Vereinigungen • Demokratisierung im Osten und Süden • Staat als Dienstleister und Kunde	• Expansion in neue Märkte (auch durch KMUs) • Gründung von Niederlassungen und Kooperationen	• Compliance als Wachstumssegment • Neue Rahmenbedingungen für Rechtsdienstleister
Ökologie	• Klimawandel • Umweltbelastung • Ressourcenknappheit • Arten-/Sortenvielfalt	• Veränderte Rahmenbedingungen und Bedürfnisänderung • Nachfrage nach Ressourcen steigt • Verteilungskampf (Preise)	• Verantwortung der Unternehmen • Sensibler Umgang mit Ressourcen • Neue Produkte und Kunden	• Corporate Social Responsibility

Volker Pribnow*

Streiflichter der Schadenregulierung

Fünf Jahre nach dem ersten Ausbildungslehrgang zur Fachanwältin/zum Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht zählt die Vereinigung der Fachanwälte (www.versicherungsfachanwalt.ch) nunmehr 74 Mitglieder aus der Romandie und der Deutschschweiz. In der Ausbildung liegt der Schwerpunkt in der Bewältigung von Personenschäden, auch wenn das Gebiet des Haftpflicht- und Versicherungsrechts noch sehr viel weiter gezogen werden könnte. Das Personenschadenrecht steht jedoch nicht nur seiner zahlenmässigen Bedeutung wegen im Mittelpunkt, sondern auch wegen seiner besonderen Komplexität. In der Regulierung eines Personenschadens treffen das zivile Haftpflichtrecht, das Sozialversicherungsrecht und das Privatversicherungsrecht aufeinander. Das Haftpflichtrecht ist in wenigen Artikeln geregelt, die in 1000-seitigen Büchern kommentiert und ausgelegt werden. Das Sozialversicherungsrecht hingegen ist durchnormiertes Verwaltungsrecht, wo unzählige Detailfragen in Kreisschreiben geregelt, ebenso unzählige hingegen noch offen sind. Das Privatversicherungsrecht schliesslich ist im Wesentlichen AVB-Recht mit besonderen Auslegungsregeln. Diese für sich sehr verschiedenen Rechtsgebiete müssen verzahnt werden; während die Spezialisten der Verwaltung, der Haftpflichtversicherung und der Privatversicherung vor allem ihr Rechtsgebiet beherrschen müssen, ist es die

ebenso vornehme wie grosse Aufgabe des Fachanwaltes, nicht nur je im einzelnen Rechtsgebiet ein ebenbürtiger Gesprächspartner zu sein, sondern auch die Koordination zwischen den Leistungsansprüchen zu meistern.

Die folgenden Beiträge geben einen Einblick in das vielfältige Schaffen der Fachanwälte SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht in durchaus alltäglichen Fragen. Es geht um vertragliche und ausservertragliche Haftpflichtansprüche nach einer misslungenen Reise zum Zahnarzt nach Ungarn. Aus dem Bereich der Sozialversicherung beschäftigt die Verjährung, einerseits nach ATSG, andererseits nach BVG, welches Rechtsgebiet, das für wesentlich mehr Menschen in der Schweiz eine Bedeutung besitzt als beispielsweise die Militärversicherung oder die Ergänzungsleistungen, groteskerweise gerade nicht dem Gesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts untersteht. Dass es wesentlich um medizinische Fragen geht und der Fachanwalt auch hier beschlagen sein muss, zeigt der Beitrag um die Diskushernienpraxis in der obligatorischen Unfallversicherung. Für das Privatversicherungsrecht steht eine Totalrevision des VVG an; gezeigt wird das Institut der Schadenminderungspflicht nach bisherigem und neu zu setzendem Recht. Dass das Recht auch durchgesetzt werden muss und für das Haftpflichtrecht die Eidgenössische ZPO einige Fragen bringt, namentlich dazu, ob überhaupt noch wirksamer Rechtsschutz gewährt wird, wird in der nächsten Ausgabe der Anwaltsrevue behandelt werden. ■

* Dr. iur., Fachanwalt SAV für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Baden.

Eric Maugué*

L'imprescriptibilité du droit aux prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle («Rentenstammrecht»)

Mots clés: Prévoyance professionnelle, prestations invalidité, prescription.

Depuis le 1^{er} janvier 2005, l'art. 41 LPP fixe comme principe l'imprescriptibilité du droit aux prestations de prévoyance, sous réserve des arriérés qui ne sont payés que sur une période de cinq ans. Qu'elle est la portée de cette disposition en relation avec les prestations d'invalidité, singulièrement lorsque le cas d'assurance survient après la fin des rapports de prévoyance?

* Avocat spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances, Etude WAEBER, MEMBREZ, BRUCHEZ, MAUGUÉ, Genève.

1. Introduction

L'art. 41 al. 1 LPP, dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005 dispose que:

«Le droit aux prestations ne se prescrit pas pour autant que les assurés n'aient pas quitté l'institution de prévoyance lors de la survenance du cas d'assurance».

Selon l'art. 41 al. 2 LPP, qui reprend l'ancien art. 41 al. 1 LPP:

«Les actions en recouvrement de créances se prescrivent par cinq ans quand elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques, par dix ans dans les autres cas. Les art. 129 à 142 du code des obligations sont applicables».

Ces dispositions s'appliquent également dans le contexte de la prévoyance plus étendue (art. 49 al. 2 ch. 6 LPP) et dans la prévoyance surobligatoire (art. 89^{bis} al. 6 ch. 5 CC; art. 24g LFLP).

Le propos de la présente contribution est d'apprécier la portée du principe d'imprescriptibilité de l'art. 41 al. 1 LPP en matière de prestations d'invalidité de la prévoyance obligatoire. Comment s'articule cette disposition avec l'art. 23 LPP qui délimite les cas d'invalidité assurés et non assurés, respectivement, la responsabilité de la prise en charge du cas entre plusieurs institutions de prévoyance? Est-ce que l'assuré peut se prévaloir de l'imprescriptibilité de son droit lorsque son invalidité n'est reconnue qu'après la fin des rapports de prévoyance et que sa prestation de libre passage est restituée à l'institution de prévoyance appelée à prester?

Ce principe d'imprescriptibilité est évoqué dans certains arrêts du Tribunal fédéral mais sans qu'une réponse paraisse pouvoir être clairement dégagée¹.

La volonté du législateur telle qu'exprimée dans le Message du Conseil fédéral est d'unifier les règles de la prescription dans l'ensemble de la prévoyance en posant le principe de l'imprescriptibilité du droit à la rente.

Le Message précise:

«Comme dans l'AVS (art. 46 al. 1 LAVS), le droit à la rente doit désormais être imprescriptible. En revanche, une prescription de cinq ans doit s'appliquer au paiement des arriérés» (...) «L'imprescriptibilité du droit a des implications pour les institutions de prévoyance. Elles doivent verser une rente à tout moment à l'assuré qui bénéficie d'un droit à la rente, même lorsque celui-ci a fait valoir tardivement son droit (...), le Conseil fédéral estime que les assurés sont en droit de faire valoir leurs droits en tout temps et que ce droit prévaut».²

Il indique encore que pour tenir compte du fait que

«l'assuré qui quitte une institution de prévoyance emmène avec lui les prestations acquises, ce principe [l'imprescriptibilité] ne s'applique qu'aux assurés qui n'ont pas quitté l'institution de prévoyance au moment où se réalise le cas d'assurance. C'est le cas de l'assuré qui arrive à l'âge de la retraite, qui décède ou qui devient invalide sans avoir auparavant quitté la caisse. La sortie de l'institution de prévoyance est réglée par l'art. 2, al. 1, LFLP».³

La doctrine consultée reprend pour l'essentiel la teneur du message.⁴ RIEMER et RIEMER-KAFKA confirment que la sortie de l'institution de prévoyance doit être examinée au regard de l'article 2 al. 1 LFLP:

«(...) so lange als die versicherte Person im Zeitpunkt des Risikoeintritts die Vorsorgeeinrichtung noch nicht verlassen hat (vorbehalten bleibt Art. 10 Abs. 3 BVG) oder mit andern Wor-

ten der Freizügigkeitsfall i.S.v. Art. 2 Abs. 1 FZG noch nicht eingetreten ist (BBl 2000 2694, BGE 129 V 319)».⁵

2. Survenance du cas de prévoyance en matière d'invalidité

Selon la jurisprudence publiée aux ATF 134 V 28 et récemment confirmée,⁶ l'éventualité invalidité ne survient pas dès le début de l'incapacité dont la cause est à son origine (art. 23 LPP) mais seulement à la naissance du droit à une prestation d'invalidité (art. 26 al. 1 LPP). L'art. 26 al. 1 LPP renvoie à cet égard aux dispositions de la LAI qui s'appliquent par analogie.

Pour mémoire, un assuré ne peut prétendre à une rente de l'assurance-invalidité de la LAI que s'il a présenté une incapacité de travail d'au moins 40 % en moyenne durant une année sans interruption notable et si au terme de cette année, il est invalide à 40 % au moins (art. 28 al. 1 let. b et c LAI). Selon l'art. 29 al. 1 LAI, la rente peut être versée dès le début du mois au cours duquel le droit prend naissance, mais au plus tôt à l'échéance d'une période de six mois à compter de la date à laquelle l'assuré a fait valoir son droit aux prestations.

L'art. 2 LFLP dispose que si l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie.

Toutefois, si l'ancienne institution de prévoyance a l'obligation de verser des prestations pour survivants et des prestations d'invalidité après qu'elle a transféré la prestation de sortie à une nouvelle institution de prévoyance, cette dernière prestation doit lui être restituée dans la mesure où la restitution est nécessaire pour accorder le paiement des prestations d'invalidité ou de survivants (art. 3 al. 2 LFLP).

Le même principe s'applique pour une prestation de libre passage versée à une institution de libre passage.⁷

3. Portée de l'art. 41 al. 1 LPP en cas de naissance du droit à la rente d'invalidité après la fin des rapports de prévoyance

Est-ce que seul l'assuré dont le droit à la rente prend naissance au sens de l'art. 26 al. 1 LPP avant la fin des rapports de prévoyance peut se prévaloir de l'imprescriptibilité de son droit aux prestations conformément à l'art. 41 al. 1 LPP?

La teneur de cette disposition semble l'indiquer: le cas d'assurance, soit la survenance de l'invalidité, doit intervenir avant que l'assuré quitte l'institution de prévoyance.⁸

1 Voir par exemple TF, arrêt du 11 mai 2007, B 114/06, consid. 3.2.1, qui semble trancher la question par l'affirmative mais sans discuter de la problématique; TF, arrêt du 28 septembre 2007, 9C_321/2007, consid. 2.3, mais qui traite avant tout de la prescription relative de cinq ans.

2 FF 2000 2538.

3 FF 2000 2552.

4 BRECHBÜHL/SCHNYDER, Änderungen bei den Leistungen der beruflichen Vorsorge, SZS 2005, p. 56; VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 2005, ad art. 41, p. 144.

5 RIEMER/RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2^e éd., 2006, § 7, N 93.

6 TF, arrêt du 4 mai 2012, 9C_629/2011, 9C_668 2011, consid. 5.1, destiné à publication.

7 TF, arrêt du 16 octobre 2002, B 55/01; TF, arrêt du 5 juin 2008, 9C_790/2007.

8 En ce sens: BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, tome XIV, Soziale Sicherheit, 2^e éd. 2007, N 163.

Une telle interprétation restrictive de l'art. 41 al. 1 LPP va cependant à l'encontre de la volonté du législateur, d'une part, et du mécanisme prévu par la loi, d'autre part.

En premier lieu, elle aurait pour conséquence de limiter l'application du principe de l'imprescriptibilité en matière du droit à la rente d'invalidité à un nombre extrêmement réduit de cas. Il est indiscutable que l'invalidité est généralement reconnue bien après la fin de la couverture de prévoyance, soit après le délai de carence d'une année de l'assurance-invalidité.⁹

A cela s'ajoute que l'ancien délai décennal de prescription absolu s'avérerait parfois insuffisant en raison des péripéties qui peuvent émailler les procédures AI et, corrélativement, des décisions comportant un effet rétroactif sur parfois près de dix ans.¹⁰

Si l'on devait s'en tenir à la lettre du nouvel article 41 al. 1 LPP, l'amélioration de la situation de l'assuré voulue par le législateur serait quasi inopérante en relation avec l'éventualité invalidité.

En réalité, le mécanisme prévu par la loi, singulièrement l'art. 23 LPP tel qu'il s'articule avec les art. 2 et 3 al. 2 LFLP, doit conduire à considérer que dans l'hypothèse dont il est ici question, l'assuré quitte *provisoirement* l'institution de prévoyance pour ensuite la réintégrer.

L'article 23 LPP a notamment pour objectif de prolonger la responsabilité de l'institution de prévoyance:

«Une invalidité survenue même longtemps après la cessation de la protection de prévoyance (...) peut constituer un événement assuré au sens de la prévoyance professionnelle obligatoire, aussi longtemps que la survenance de l'incapacité de travail déterminante (...) intervient à un moment où la personne invalide a bénéficié de la protection de prévoyance. Avec cette prolongation de responsabilité, il est tenu compte du fait que l'invalidité au sens de l'assurance-invalidité survient seulement après un délai d'attente d'une année, donc à un moment où le rapport de travail et, a fortiori, le rapport de prévoyance entre la personne invalide et son employeur, respectivement l'institution de prévoyance de ce dernier, peut déjà avoir été résilié depuis longtemps (...). Une prestation de libre passage déjà transférée à ce moment- là être remboursée à l'institution de prévoyance mise à contribution par la suite».¹¹

Aussi et compte tenu de ce qui précède, il convient d'apprécier les conditions d'application de l'art. 41 al. 1 LPP a posteriori.

En d'autres termes, du moment que cette prestation de libre passage *doit* être restituée conformément à l'art. 3 al. 2 LFLP, l'assuré est replacé dans sa situation initiale. Il n'y a plus lieu

«de tenir compte du fait que l'assuré qui quitte une institution de prévoyance emmène avec lui les prestations acquises».¹² La sanction de l'art. 3 al. 3 LFLP n'y change rien. Elle résulte simplement du fait que le législateur est parti du principe que l'institution de prévoyance responsable de la prise en charge du cas d'assurance ne peut pas forcer la restitution mais que l'absence de celle-ci doit être sanctionnée.¹³

En tout état de cause, l'assuré est retourné au sein du collectif des assurés de l'institution de prévoyance tenue de prester et les prévisions de l'art. 41 al. 1 LPP sont réalisées. Il peut ainsi se prévaloir de l'imprescriptibilité de son droit aux prestations, sous réserve bien entendu de la prescription relative de cinq ans (art. 41 al. 2 LPP).

Cette solution se justifie d'autant plus que si l'invalidité survient durant les rapports de prévoyance, la question de la prescription ne se posera probablement pas.

Le préavis puis la décision AI seront immédiatement notifiés à l'institution de prévoyance (art. 73^{bis} al. 2 et 76 RAI) et celle-ci se déterminera sans doute rapidement ce qui permettra, cas échéant, à l'assuré d'agir en temps utile.

Il n'existe dans ce cas-là pas de besoin accru de protection par rapport à l'ancien droit contrairement aux hypothèses évoquées mettant en œuvre les art. 23 LPP et 3 al. 2 LFLP.

4. Conclusions

Le sens littéral de l'art. 41 al. 1 LPP semble indiquer que l'imprescriptibilité prévue par cette disposition ne peut être invoquée que lorsque le cas d'assurance, soit la naissance du droit à la rente d'invalidité, intervient avant que les rapports de prévoyance prennent fin.

Une telle interprétation est contraire à la volonté du législateur qui a entendu poser le principe de l'imprescriptibilité du droit à la rente «*Rentenstammrecht*» et au mécanisme prévu par la loi en matière de prestations d'invalidité. Elle aurait en effet pour conséquence que cette disposition ne trouverait, la plupart du temps, aucune application pratique pour l'éventualité invalidité car lors de la naissance du droit à la rente, les rapports de prévoyance ont généralement pris fin.

La véritable portée de la norme, dégagée au moyen des règles d'interprétation usuelles, doit conduire à apprécier les conditions d'application de l'art. 41 al. 1 LPP a posteriori en ce sens que la prise en charge du cas de prévoyance par le mécanisme prévu à l'article 23 LPP et 3 al. 2 LFLP a pour effet de réintégrer l'assuré qui ne peut dès lors plus être considéré comme ayant quitté l'institution de prévoyance. ■

9 SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, Commentaire LPP et LFLP, ad art. 23, N 3.

10 Voir par exemple TF, arrêt du 15 novembre 2007, B 15/06. L'état de fait se rapportait à l'exception de prescription invoquée par une institution de prévoyance – pour la première fois devant notre Cour suprême! – dans le contexte de décisions AI du 20 novembre 2003 allouant une rente entière à l'assuré avec effet rétroactif au 1^{er} avril 1994.

11 SCHNEIDER ET AL., op. cit., ad art. 23, N 2 et N 3.

12 FF 2000 2552.

13 SCHNEIDER ET AL., op. cit., ad art. 3, N 8.

Benoît Sansonnens*

L'interprétation jurisprudentielle de la notion de péremption de l'art. 24 al. 1 LPG

Mots clés: Péremption, assurances sociales

1. Introduction

Une assurée au bénéfice d'une rente AI entière donne naissance successivement à deux enfants. Bien que ces naissances soient annoncées, au moins indirectement, à l'Office AI compétent à l'occasion de deux révisions régulières et successives du dossier, celui-ci n'octroie aucune rente pour enfant au sens de l'art. 35 LAI. Malgré cela, le Tribunal fédéral estime que le délai de péremption de 5 ans de l'art. 24 al. 1 LPG se calcule depuis la date de la dernière annonce, postérieure à la seconde révision, de sorte que l'assurée, respectivement ses enfants, se voient privés de nombreuses années de rente.

La présente contribution a pour but de se pencher sur la façon dont le Tribunal fédéral interprète la notion de péremption dans son arrêt 9C_532 2011. Après avoir résumé les faits pertinents (2), nous présenterons l'argumentation du Tribunal fédéral (3), puis nous nous livrerons à une critique de celle-ci (4).

2. Faits pertinents

V. est au bénéfice d'une rente AI entière depuis le 1^{er} avril 1994. Celle-ci n'a jamais été remise en cause depuis lors. Elle donne naissance à deux enfants, soit E. (8 août 1997) et J. (24 septembre 1999).

Lors d'une procédure de révision, l'assurée indique que son état de santé est stationnaire. En outre, dans un questionnaire du 10 février 1999, elle mentionne, dans la rubrique «remarques», qu'elle a un enfant et qu'elle est divorcée, sans pension alimentaire. Le 23 juillet 2001, elle est informée du maintien de sa rente entière, aucune rente n'étant par ailleurs allouée pour son premier enfant.

Au cours d'une seconde procédure de révision, elle remplit un nouveau questionnaire en date du 22 septembre 2005. A la question «à quel taux d'activité (100%, 50% ou autre) pourriez-vous travailler si vous étiez en bonne santé?», l'intéressée répond «à moins de 100% (2 enfants en bas âge)». Le 29 août 2006, l'Office AI maintient la rente entière de V., tout en n'allouant toujours aucune rente pour enfant.

Le 20 avril 2010, l'assurée communique à l'Office AI la naissance de ses deux enfants. Elle précise qu'elle a appris par hasard son droit à une rente pour ses enfants. Elle s'avoue surprise

qu'une telle prestation ne lui ait jamais été octroyée, alors que sa situation de mère de deux enfants était largement connue de tous les services compétents. A la demande de l'Office AI (lettre du 23 avril 2010), l'assurée fait parvenir les actes de naissance à la Caisse de compensation compétente (lettre du 25 mai 2010).

Par décision du 23 juin 2010, l'Office AI lui reconnaît le droit à deux rentes pour enfant à partir du 1^{er} mai 2005.

L'assurée interjette alors un recours auprès du Tribunal compétent. Elle conclut à l'octroi d'une rente pour chaque enfant dès le mois de leur naissance.

Le Tribunal compétent déboute l'assurée par arrêt du 3 mai 2011.

L'assurée interjette un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral en date du 4 juillet 2011. Celui-ci est très partiellement admis, en ce sens que les rentes pour enfant prennent effet dès le mois d'avril 2005 au lieu du mois de mai 2005.

3. Argumentation du Tribunal fédéral

3.1 Rejet de l'argumentation cantonale

La juridiction cantonale a retenu que l'obligation d'utiliser une formule officielle pour les personnes voulant exercer leur droit aux prestations AI¹ s'appliquait également aux rentes pour enfant. Avant le mois d'avril 2010, l'Office AI ne disposait que d'indices au sujet de la naissance des enfants. Au surplus, les actes de naissance n'ayant été remis qu'en mai 2010, la demande n'était complète qu'à ce moment-là, raison pour laquelle les rentes pour enfant n'étaient dues que pour une période antérieure de cinq ans, soit dès le mois de mai 2005.²

Le Tribunal fédéral estime, quant à lui, que, de toute manière, l'annonce du mois d'avril 2010 était suffisamment claire et que l'Office AI devait calculer le délai de péremption depuis cette date. Ainsi, les rentes pour enfant sont dues depuis le mois d'avril 2005.

Les Juges lucernois ne développent pas plus leur raisonnement par rapport à l'obligation d'utiliser des formulaires officiels. Nous n'analyserons dès lors volontairement pas ce point. Quoi qu'il en soit, on se demande bien quel formulaire l'assurée aurait pu, respectivement dû, utiliser pour annoncer la naissance de ses enfants, puisque, selon les recherches approfondies que nous avons entreprises, il n'existe aucun formulaire de ce type.

* Avocat spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances, étude Collaud, Sansonnens & Fauguel, Fribourg. www.etude-cs.ch

1 Art. 65 RAI (cf. ég. art. 29 LPG).

2 Considérant 3.1.

De toute manière, s'agissant de la sauvegarde des délais, l'art. 29 al. 3 LPG³ protège largement l'assuré qui n'a pas respecté toutes les prescriptions formelles au moment du dépôt de sa demande de prestations.

3.2 Point de départ du délai de péremption

Le droit aux rentes pour enfant n'est pas contesté, puisqu'il a été établi que les conditions de l'art. 35 LAI sont remplies. Seule la date du début du paiement de ces prestations demeure contestée.

Le Tribunal fédéral procède alors en trois temps.

D'abord, il rappelle que, selon une jurisprudence constante, l'assuré, par son annonce, sauvegarde en règle générale tous ses droits à des prestations d'assurance, même s'il n'en précise pas la nature exacte, l'annonce comprenant toutes les prétentions qui, de bonne foi, sont liées à la survenance du risque annoncé.⁴ Il s'agit là d'une illustration claire du principe de l'instruction d'office.

Ensuite, il précise que l'annonce à l'assureur social permet en principe de sauvegarder le délai de péremption de l'art. 24 al. 1 LPG, selon lequel le droit à des prestations arriérées s'éteint cinq ans après la fin du mois pour lequel il était dû.⁵

Enfin, il tempère ce délai de péremption, en précisant qu'il ne court que depuis la dernière demande, lorsque l'administration a manqué à son devoir d'instruction nonobstant une demande suffisamment précise de son assuré.⁶

Ainsi, la question qui se pose n'est pas celle de savoir si l'annonce des naissances des enfants était suffisamment précise dans les révisions de 1999 et 2005, puisque l'on ne pourra de toute manière pas retenir comme point de départ du délai de péremption ces deux annonces, dans la mesure où l'Office AI a omis de se prononcer à ce sujet. Seule la dernière annonce entre en ligne de compte, annonce qui est d'ailleurs suffisamment précise, ainsi que cela a d'ores et déjà été indiqué ci-avant.⁷

4. Analyse critique

4.1 Péremption de l'art. 24 al. 1 LPG

Selon cette disposition, *le droit à des prestations ou à des cotisations arriérées s'éteint cinq ans après la fin du mois pour lequel la prestation était due et cinq ans après la fin de l'année civile pour laquelle la cotisation devait être payée*. Ce délai quinquennal est unanimement considéré comme un délai de péremption.⁸

Il poursuit deux buts principaux: d'une part, l'administration doit être en mesure de se prononcer sur des faits relativement récents, si bien que l'on peut exiger du justiciable qu'il s'adresse à celle-ci dans les plus brefs délais; d'autre part, une fois déposée,

la demande doit déployer ses effets sans limite dans le temps, afin que l'assuré ne subisse pas les effets du retard de l'administration.⁹

En l'espèce, si l'on appliquait les principes susmentionnés, on devrait partir du principe que ce sont bien les premières annonces des naissances qui devraient être prises en compte par l'administration comme point de départ du délai de péremption et non la dernière annonce du mois d'avril 2010. Ainsi, il y a dès lors lieu de se poser la question de savoir pourquoi le Tribunal fédéral parvient à un autre résultat.

4.2 Limitation de la péremption par la jurisprudence

Initialement¹⁰, bien avant l'entrée en vigueur de la LPG, le Tribunal fédéral des assurances estimait qu'une demande de prestations déployait ses effets durant cinq années. Si l'administration ne rendait aucune décision durant cette période, la demande devenait caduque. Autrement dit, les juges fédéraux ont considéré le délai quinquennal comme un délai de prescription, puisque la demande devait être renouvelée à l'échéance du délai de cinq ans.

Cette jurisprudence a été modifiée en 1990.¹¹ Dès ce moment, le délai quinquennal a été considéré comme un véritable délai de péremption, la demande de prestations déployant ses effets sur une période en principe illimitée depuis son dépôt.

En 1995¹², cette jurisprudence a été fortement tempérée. Pour les juges fédéraux, même si l'administration a omis de donner suite à une demande initiale de prestations qui était bien fondée, le paiement des prestations arriérées est soumis au délai de péremption de cinq ans, qui court à partir du dépôt de la nouvelle demande. Depuis l'entrée en vigueur de la LPG, cette jurisprudence a été confirmée dans au moins trois arrêts non-publiés, dont celui qui est analysé dans cette contribution.¹³

Ainsi, par sa jurisprudence, le Tribunal fédéral interprète le délai de l'art. 24 al. 1 LPG comme une sorte de péremption *sui generis*. En effet, ce délai constitue une péremption, puisque la demande déploie ses effets sans limite depuis le jour de son dépôt. Par contre, l'effet péremptoire est limité, dans la mesure où, si l'assuré dépose une nouvelle demande, le délai de cinq ans se calcule depuis cette demande et non depuis la date du dépôt de la précédente. Il reste dès lors à se poser la question de savoir sur la base de quels arguments le Tribunal fédéral interprète l'art. 24 al. 1 LPG en dérogeant à ce point de la notion usuelle de péremption.

En effet, si l'on effectue une comparaison avec les délais de recours, qui constituent aussi des délais de péremption¹⁴, la solution préconisée par le Tribunal fédéral en matière d'assurances sociales reviendrait, pour ainsi dire, à considérer que, lorsqu'un justiciable relance une autorité qui tarde à rendre sa décision, le délai de recours se calculerait depuis le jour du courrier de relance. Ainsi, le recours serait manifestement tardif à chaque fois,

3 Si une demande ne respecte pas les exigences de forme ou si elle est remise à un organe incompétent, la date à laquelle elle a été remise à la poste ou déposée auprès de cet organe est déterminante quant à l'observation des délais et aux effets juridiques de la demande.

4 Considérant 4.2.

5 Considérant 4.3.

6 Ibidem.

7 Cf. ch. 3.1.

8 Cf. par exemple, THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève 2011, p. 253 s., n° 748.

9 MOOR/POLTIER, Droit administratif, Volume II, Berne 2011, p. 102 ss.

10 ATF 100 V 118, considérant 1c.

11 ATF 116 V 273.

12 ATF 121 V 195.

13 Les deux autres arrêts sont: 9C_92/2008 et 9C_574/2008.

14 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^e éd., Zurich 2010, p. 182, n° 796.

puisqu'un justiciable sait en principe se montrer suffisamment patient, de sorte que celui-ci ne relance l'autorité de recours que des mois après l'avoir déposé, soit bien après l'échéance du délai de recours. Bien évidemment, les délais de recours ne sont pas interprétés de cette façon, si bien que, du moment qu'un acte de recours est déposé dans le délai légal, le délai est réputé observé de manière définitive, même si l'autorité saisie devait mettre un temps très long avant de rendre une décision et même si le recourant devait relancer plusieurs fois cette autorité.

Selon les juges fédéraux, le seul argument qui permet d'aboutir à une analyse différente du délai de l'art. 24 al. 1 LPGA consiste en ce qu'il y a lieu d'éviter que le paiement rétroactif de prestations pour une période couvrant plusieurs années ne vienne alimenter une fortune plus ou moins importante alors que ces prestations étaient destinées à compenser les besoins vitaux ordinaires.¹⁵ Aucun autre argument ne s'ajoute à celui-ci. En particulier, cette argumentation n'est appuyée par aucune référence à un message ou à la doctrine.

4.3 Critique de la limitation

Nous sommes d'avis que la limitation jurisprudentielle telle qu'elle vient d'être exposée ne résiste pas à l'examen:

a. Ni le texte légal, ni même les travaux législatifs n'imposent une telle interprétation. Ainsi, il n'existe aucune raison de déroger au système général de la péremption dans le cadre des assurances sociales.

b. Lorsqu'un dossier s'avère complexe, il n'est pas rare qu'un assuré attende plusieurs années avant d'obtenir une décision. Les paiements rétroactifs de prestations sont souvent importants. Or, personne n'aurait à l'esprit de limiter un droit qui ressort de dispositions légales explicites. Cela est d'autant plus le cas qu'il est constant qu'une personne qui doit demander des prestations d'invalidité ne s'enrichit pas, bien au contraire.

c. Bien souvent, un assuré dont la demande tarde à être traitée est contraint à réclamer des prestations de l'assistance sociale ou à se tourner vers ses proches pour assurer sa subsistance. Par sa jurisprudence, le Tribunal fédéral contribue à admettre un report de charges, ce qui n'est pas admissible. Au surplus, les prestations d'assistance sociale sont remboursables. On ne voit dès lors pas comment l'on pourrait justifier qu'un assuré doive rembourser des prestations d'assistance, alors qu'il n'a même pas touché des prestations dues pour une période incriminée.

d. Enfin, il est très fréquent que, dans un dossier dont l'instruction est en cours, un assuré, respectivement son avocat, relance l'administration concernée pour que la procédure suive normalement son cours. Certes, dans ce cas de figure, on ne dépose pas une nouvelle demande formelle en utilisant un formulaire officiel, mais on expédie un simple courrier de quelques lignes. Toutefois, que se passerait-il, dans l'hypothèse où l'assureur concerné accuserait réception d'un courrier de relance et impartirait un délai pour formuler une demande en respectant l'art. 29 al. 1 LPGA? Devrait-on alors estimer que la nouvelle demande déposée par l'assuré fe-

rait partir un nouveau délai de péremption? Même si la demande n'était pas complétée, l'assureur social pourrait-il estimer que le simple courrier de relance constituerait à lui seul une nouvelle demande valable, en arguant qu'il pourrait dispenser l'assuré de remplir un nouveau formulaire, car il serait suffisamment renseigné?

Pour l'instant, il ne semble pas que la jurisprudence ou la pratique aillent jusque-là. Il n'en reste pas moins que la question mérite d'être posée et qu'elle démontre que la position du Tribunal fédéral crée une situation pour le moins floue.

e. L'art. 43 al. 1 LPGA prévoit que la procédure est soumise au principe de l'instruction d'office, les devoirs de coopération de l'assuré et/ou des tiers étant réservés, conformément aux alinéas 2 et 3 de cette disposition.

Ainsi, en vertu de cette disposition, tout assureur social se doit d'instruire convenablement les cas dont il est tenu de s'occuper.¹⁶

En l'espèce, nous sommes d'avis que l'argumentation proposée par les juges fédéraux fait perdre à cette disposition une part importante de sa portée. En effet, lorsqu'il s'adresse à un assureur social, l'assuré part du principe que sa demande sera bien instruite et analysée, afin qu'il obtienne toutes les prestations auxquelles il a droit. Il peut légitimement penser qu'il n'aura pas besoin de trop approfondir sa requête, comme cela serait le cas face à un assureur privé. Or, en limitant à ce point la péremption de l'art. 24 al. 1 LPGA, le Tribunal fédéral non seulement absout de manière peu heureuse l'administration qui se montre négligente, mais encore contraint l'assuré à vérifier que tous les aspects de son dossier ont bel et bien été traités. Quelle différence subsiste-t-il finalement avec la maxime des débats de la procédure civile?

5. Conclusion

A notre sens, l'interprétation que le Tribunal fédéral fait de l'art. 24 al. 1 LPGA n'est pas conforme à la volonté du législateur. Si celui-ci avait voulu réellement déroger au système général de la péremption, il aurait forcément soit établi un texte différent, soit formulé une remarque dans les travaux législatifs. Cela n'ayant pas été fait, les règles usuelles de la péremption doivent s'appliquer.

Au surplus, la jurisprudence du Tribunal fédéral crée un certain nombre d'incertitudes notamment quant à la notion de nouvelle demande et à la portée du principe de l'instruction d'office.

Dans ces conditions, nous proposons que le délai de péremption de l'art. 24 al. 1 LPGA soit calculé depuis la date de la première demande, pour autant, bien évidemment, que celle-ci corresponde formellement à ce qui est exigé par la loi, respectivement qu'elle soit complétée selon les instructions données par l'administration compétente lorsqu'elle n'est pas complète ou irrégulière. Si l'on persiste à aller dans la direction opposée, on craint que la moindre demande d'un assuré doive être relayée par un avocat, afin d'éviter la perte d'un droit, et ce même si l'existence des conditions matérielles

15 Arrêt analysé, considérant 4.3.

16 JEAN-LOUIS DUC, Des règles de coordination dans le domaine des assurances sociales en droit suisse: l'apport de la LPGA et ses limites, in: Colloque IRAL 2009, Quoi de neuf en droit social?, Berne 2009, p. 149 ss, p. 383.

du droit n'est nullement disputée. Tel ne peut être manifestement le but d'un texte législatif relevant des assurances sociales.

Ces dernières années, notamment en matière AI, on sent une intense pression à faire des économies à tout prix. Il n'est toutefois pas

opportun de vouloir épargner des prestations au détriment d'assurés qui y ont manifestement droit. On reconnaît aussi la qualité d'un Etat à la façon dont il traite ses citoyens les plus faibles. ■

Christoph Frey*

Schadenminderung – im heutigen und neuen VVG

Stichworte: Schadenminderung, Schadenverhütung, Kostenerstattungspflicht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Entwurf zum totalrevidierten VVG (E-VVG)

Im folgenden Beitrag stellt der Autor die Grundzüge der versicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht de lege lata den Neuerungen des bundesrätlichen Entwurfs des totalrevidierten VVG von 2011 gegenüber. Das neue VVG wird u.a. eine Ausweitung der Schadenminderung auch auf unmittelbar drohende Gefahren und eine Einschränkung der privat-autonomen Regelungen bewirken.

Einleitung

Die versicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht besagt, dass der Anspruchsberechtigte verpflichtet ist, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen (Art. 61 Abs. 1 Satz 1 VVG).

Als allgemeiner Rechtsgrundsatz gründet die Schadenminderungspflicht letztlich im Gebot von Treu und Glauben¹. Dahinter steht der Gedanke, dass derjenige, der einen Schaden erlitten hat, den er nach Gesetz oder Vertrag auf einen anderen abzuwälzen gedenkt, alles Zumutbare vorkehren soll, damit die Schadenfolgen möglichst gering ausfallen. Der Versicherungsnehmer soll nicht durch den Abschluss einer Versicherung seiner Selbstverantwortung enthoben werden. Das Solidaritätsprinzip der Versicherung findet dort seine Grenze, wo der Betroffene die Gemeinschaft mit vermeidbaren Kosten belastet.²

1. Wer hat wie den Schaden zu mindern?

1.1 Adressat der Schadenminderungspflicht

Die Schadenminderungspflicht findet bei *Schadensversicherungen* (beinhaltend Sach- und Haftpflichtversicherung) wie auch bei *Personenversicherungen* Anwendung, bei letzteren wird Art. 61 VVG analog angewendet.³

Adressat der Schadenminderung ist der «Anspruchsberechtigte», und nicht etwa der von diesem verschiedene Versicherungsnehmer.⁴ In denjenigen Fällen, in denen der Anspruch auch in der Person des Versicherungsnehmers entsteht, ist der Anspruchsberechtigte auch der Versicherungsnehmer selbst.⁵ In der Versicherung für fremde Rechnung nach Art. 16 f. VVG, um welche es sich beispielsweise bei der Vermögensschaden-Organ-Haftpflichtversicherung (auch «D&O-Versicherung» genannt) handelt, ist primär der dritte Versicherte, nämlich die Organperson Anspruchsberechtigter.⁶ Der Versicherungsnehmer hat aber aufgrund der vertraglichen Treuepflicht (Art. 2 ZGB) auch bei der D&O-Versicherung insoweit für Schadenminderung besorgt zu sein, als hierzu die versicherte Person nicht, er aber wohl in der Lage ist.⁷

1.2 Inhalt der Schadenminderungspflicht

Es geht bei der Schadenminderung um die *Minderung oder Abwendung der vermeidbaren, künftigen Auswirkungen eines Versicherungsereignisses*.⁸ Ziel der Schadenminderung nach Art. 61 VVG ist die Eindämmung des Schadenausmasses.⁹

* RA lic. iur. LL.M., Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht; Partner bei KELLERHALS Anwälte, Zürich. www.kellerhals.ch

1 Art. 2 Abs. 1 ZGB; CARL JAEGER/HANS ROELLI, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, zweiter Band, Bern 1932, Art. 61 N 1; VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 61 N 1.

2 VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 61 N 1; STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich Basel Genf 2011, Rz. 11.40; STEPHAN WEBER, Die versicherungsrechtliche Schadenminderung – Probleme und die Abhilfe im Vorentwurf Totalrevision VVG, ZSR Band 126 (2007) I, S. 390.

3 BGer 5C.18/2006 vom 8. Januar 2006, E. 7.1; BGE 128 III 36 E. 3a und 3b; MORITZ KUHN, Privatversicherungsrecht – unter Mitberücksichtigung des Haftpflicht- und des Aufsichtsrechts, 3. A. Zürich 2010, N 431 und N 455.

4 VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 61 N 9; CARL JAEGER/HANS ROELLI, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, zweiter Band, Bern 1932, Art. 61 N 8.

5 CARL JAEGER/HANS ROELLI, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, zweiter Band, Bern 1932, Art. 61 N 8.

6 CARL JAEGER/HANS ROELLI, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, zweiter Band, Bern 1932, Art. 61 N 9; VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 61 N 9; THOMAS MANNSDORFER, HAVE 2010, S. 224.

7 VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 61 N 9; vgl. THOMAS MANNSDORFER, HAVE 2010, S. 236.

8 Vgl. STEPHAN WEBER, Die versicherungsrechtliche Schadenminderung – Probleme und die Abhilfe im Vorentwurf Totalrevision VVG, ZSR Band 126 (2007) I, S. 390–391. Hier wird von einem engen Verständnis des Schadensbegriffes ausgegangen und unter Schaden die Beeinträchtigung des versicherten Gegenstandes verstanden, die Grundlage der Leistungsbemessung bildet (STEPHAN WEBER, Die versicherungsrechtliche Schadenminderung – Probleme und die Abhilfe im Vorentwurf Totalrevision VVG, ZSR Band 126 (2007) I, S. 390). Andere Autoren haben ein weiteres Verständnis und verstehen darunter den Aufwendungsschaden des Versicherers und zählen auch die Kosten der Schadenfeststellung und der Schadenermittlung, die Rettungskosten etc. dazu; VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 61 N 13.

9 VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 61 N 5.

Indem der Anspruchsberechtigte «tunlichst» für Schadenminderung zu sorgen hat (Art. 61 Abs. 1 VVG), ist der Anspruchsberechtigte nicht verpflichtet, jede Massnahme zu ergreifen. Die Pflicht geht nicht so weit wie das objektiv Mögliche und wirtschaftlich Sinnvolle. Vielmehr können dem Anspruchsberechtigten nur solche Massnahmen abverlangt werden, die ihm möglich sind und mit Rücksicht auf die *konkreten Umstände* billigerweise *zugemutet* werden können. Die *Grenze des Zumutbaren* ergibt sich aus dem Prinzip von Treu und Glauben.¹⁰

1.3 Umfang der Schadenminderungspflicht – Weisung des Versicherers massgebend

Bei der Schadenminderung ist stets zu berücksichtigen, dass der Anspruchsberechtigte, sofern nicht Gefahr im Verzug ist, hinsichtlich der zu ergreifenden Massnahmen die *Weisung des Versicherers* einzuholen und zu befolgen hat. Insofern bestimmen die Weisungen des Versicherers den Umfang der Schadenminderung.¹¹ Aber auch wenn Gefahr im Verzug war, bleibt die Weisungseinholungs- und Befolgungspflicht bestehen. Der Anspruchsberechtigte bleibt auch nach Ergreifen von Sofortmassnahmen verpflichtet, dem Versicherer Mitteilung zu machen und weitere Instruktionen einzuholen.¹²

Kommt der Anspruchsberechtigte dieser Pflicht zur Einholung von Weisungen des Versicherers in schuldhafter Weise nicht nach, ist der Versicherer berechtigt, die Versicherungsleistung um den Betrag zu kürzen, um den diese kleiner ausgefallen wäre, wenn die Obliegenheit zur Schadenminderung gehörig erfüllt worden wäre (Art. 61 Abs. 2 VVG). Bei absichtlicher Verletzung der Pflicht zur Weisungseinholung kann der Versicherer seine Leistung in Analogie zu Art. 14 Abs. 1 VVG sogar gänzlich verweigern (vgl. BGE 128 III 38 E. 5c).

2. Welche Kosten werden vergütet?

2.1 Zweckmässigkeit der Schadenminderungsmassnahmen

Das Korrelat der Schadenminderungspflicht des Anspruchsberechtigten (Art. 61 VVG) ist die *Pflicht des Versicherers zur Rückvergütung der Schadenminderungskosten* (Kostenerstattungspflicht), wonach der Versicherer gehalten ist, dem Anspruchsberechtigten die von ihm aufgewendeten Kosten zu vergüten, sofern die Auslagen zum Zwecke der Schadenminderung erfolgten und die Schadenminderungsmassnahmen zweckmässig waren.¹³ Für die Erstattungspflicht ist nach der ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift nicht von Bedeutung, ob die Schadenminderungsmassnahmen auch Erfolg hatten, sofern die *Erfolglosigkeit* nicht auf die

Unzweckmässigkeit der Massnahme zurückzuführen ist (Art. 70 Abs. 1 VVG).

Die Erstattungspflicht erstreckt sich auf Kosten, die *zum Zwecke der Schadenminderung* nicht offenbar unzweckmässig aufgewendet worden sind (Art. 70 Abs. 1 VVG). Massgeblich ist dabei die objektive Zweckbestimmung der Massnahme. Nicht was der Anspruchsberechtigte für zweckmässig gehalten hat, sondern was sich nach den Umständen für jeden als zweckmässig ergeben musste, ist entscheidend.¹⁴ Unter dem Gesichtspunkt der Zweckmässigkeit ist auch zu bestimmen, ob die aufgewendeten Kosten in einem *vernünftigen Verhältnis* zum angestrebten Erfolg stehen. Kosten, die ganz offensichtlich in einem Missverhältnis zur im besten Falle zu erzielenden Schadenminderung stehen, hat der Versicherer nicht zu erstatten.¹⁵

2.2 Kosten grundsätzlich nicht durch Versicherungssumme limitiert

Die Schadenminderungskosten sind – abweichende Parteivereinbarungen vorbehalten – auch dann zu vergüten, wenn sie zusammen mit der Versicherungsleistung den Betrag der Versicherungssumme übersteigen. Ohne anders lautende Parteivereinbarung begrenzt die Versicherungssumme nur den Grundschaten, und nicht auch die Schadenminderungskosten.¹⁶ Dies birgt für den Versicherer die Gefahr von unbegrenzten, nicht kalkulierbaren Kosten, die gerade bei Schadensereignissen von grosser Dimension exorbitante Summen erreichen können.

3. Abgrenzung zu Schaden-Prävention

3.1 Schadenverhütung vor Eintritt des Versicherungsfalls

Da die Schadenminderung gemäss Gesetzeswortlaut erst «nach Eintritt des befürchteten Ereignisses» ausgelöst wird (Art. 61 Abs. 1 VVG), gilt der Grundsatz, dass der Anspruchsberechtigte nicht verpflichtet ist, den Eintritt eines Schadens bzw. den Versicherungsfall zu verhindern. Zur entscheidenden Frage, wann vom «Eintritt des befürchteten Ereignisses» in den einzelnen Versicherungsarten, namentlich in der *Haftpflichtversicherung* auszugehen ist, sind die Lehrmeinungen uneinheitlich.¹⁷ Die Abwendung eines erst drohenden schädigenden Ereignisses, d.h. die Schadensverhütung, fällt nach dem klaren Wortlaut nicht unter die

10 VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 61 N 15–17 m.w.H.; BSK VVG Nachführungsband-MARCEL SÜSSKIND, Art. 61 ad N 15.

11 Art. 61 Abs. 1 VVG; VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 61 N 18–23 m.w.H.; STEPHAN WEBER, Die versicherungsrechtliche Schadenminderung – Probleme und die Abhilfe im Vorentwurf Totalrevision VVG, ZSR Band 126 (2007) I, S. 401–402.

12 VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 61 N 18.

13 Art. 70 Abs. 1 VVG; VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 70 N 4 und N 8.

14 CARL JAEGER/HANS ROELLI, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, zweiter Band, Bern 1932, Art. 70 N 15; VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 70 N 4 und N 8.

15 VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 70 N 9; CARL JAEGER/HANS ROELLI, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, zweiter Band, Bern 1932, Art. 70 N 15 und N 17.

16 Art. 70 Abs. 1 VVG; BSK VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 70 N 13.

17 Vgl. z.B. VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 61 ad N 7; MORITZ KUHN, Privatversicherungsrecht – unter Mitberücksichtigung des Haftpflicht- und des Aufsichtsrechts, 3. A. Zürich 2010, N 491–493; VINCENT BRULHART, Droit des assurances privées, Bern 2008, N 576–577; ROLAND SCHAEER, Modernes Versicherungsrecht, Bern 2007, § 17 Rz. 52–56; STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich Basel Genf 2011, Rz. 20.6–20.12.

Spezialnorm des Art. 61 VVG. Der klare Gesetzestext schliesst eine extensive Auslegung, wonach unter der Schadenminderung neben der Tiefhaltung des Schadens auch das *Verhindern* des Versicherungsfalles subsumiert werden könnte, per se aus.¹⁸

Dabei darf denn auch auf keinen Fall unbesehen auf das deutsche Recht zurückgegriffen werden, zumal § 62 des deutschen Versicherungsvertragsgesetzes (D-VVG) nicht nur eine Schadenminderungspflicht, sondern eine «Schadenabwendungs- und Minderungspflicht» statuiert und zudem diese Pflichten nicht nach Eintritt des befürchteten Ereignisses, sondern «bei dem Eintritt des Versicherungsfalles» eintreten lässt (§ 62 Abs. 1 D-VVG).

Die Schadensverhütung fällt unter Art. 29 VVG oder allenfalls unter Art. 14 VVG.¹⁹ Folglich sind vor Eintritt des befürchteten Ereignisses eingeleitete Massnahmen als *Gefahr- oder Schadensverhütungsmassnahmen* und nicht als Schadenminderungsmassnahmen zu qualifizieren.

Selbst die Befürworter einer sogenannten «Vorerstreckung der Schadenminderungspflicht», wonach bereits vor Eintritt des befürchteten Ereignisses gewisse Abwehrrpflichten bestehen sollen, kommen zum Schluss, dass eine solche nur mit grösster Zurückhaltung angenommen werden darf.²⁰ Eine Handlungspflicht dürfte selbst aus Sicht der Befürworter, vorausgesetzt, dass entsprechende Vereinbarungen fehlen, nur bejaht werden, wenn der Versicherungsfall mit einer für den Versicherten erkennbaren Gewissheit zu erwarten und der Eintritt mit Leichtigkeit abzuwenden bzw. abzumildern ist, mithin wenn sich eine konkrete Gefahr abzeichnet, der ohne weiteres begegnet werden kann.²¹

3.2 Kein Ersatz von Kosten der Schaden-Prävention

Vor Eintritt des befürchteten Ereignisses, im Zusammenhang mit einer Gefahrverminderung oder mit Massnahmen zur Abwehr des «befürchteten Ereignisses» anfallende Kosten sind dementsprechend *Schadenverhütungskosten* und nicht Schadenminderungskosten. Sie werden von Art. 70 VVG nicht erfasst und sind – vorbehaltlich einer anderen Abmachung – vom Versicherungsnehmer zu tragen. Von Gesetzes wegen besteht keine Vergütungspflicht für Schadenverhütungskosten.²²

4. Schadenminderung im neuen VVG

4.1 Vorgezogene Schadenminderungspflicht

Im Entwurf zum totalrevidierten VVG ist die Regelung zur «Abwendung und Minderung des Schadens» systematisch unter den allgemeinen Bestimmungen eingeordnet, womit diese künftig *alle* Versicherungsarten erfassen soll (Botschaft, BBI 2011, 7752).

Unter dem Titel «Abwendung und Minderung des Schadens» ist in Art. 33 Abs. 1 E-VVG vorgesehen, dass Versicherungsnehmer und Anspruchsberechtigte bei unmittelbar drohendem oder eingetretenem befürchtetem Ereignis, soweit möglich und zumutbar, für die Abwendung oder Minderung des Schadens zu sorgen haben. Artikel 33 E-VVG knüpft an Artikel 61 des geltenden VVG an, erweitert aber die Bestimmung. Die bisherige Schadenminderungspflicht nach Art. 61 VVG soll neu nicht nur «nach Eintritt des befürchteten Ereignisses» greifen, sondern wird gleichsam zeitlich vorverlegt auf alle Fälle, in denen das befürchtete Ereignis noch nicht eingetreten ist, sondern (nur, wenn auch immerhin) sich erst unmittelbar zu realisieren droht.²³ Neu besteht somit nicht nur eine Schadenminderungspflicht, sondern eine Pflicht des Versicherungsnehmers bzw. Anspruchsberechtigten zur *Abwendung eines unmittelbar drohenden Schadens*, d.h. eine Schadenverhütungspflicht. Mit dieser neuen Regelung soll die bestehende Kontroverse um die Anerkennung einer vorgezogenen Schadenminderungspflicht positiv ausgeräumt werden.²⁴

4.2 Kürzung oder gar Wegfall der Leistung bei Verletzung der Schadenminderungspflicht

Wie im bestehenden Recht (Art. 61 VVG) sind die Massnahmen nur insofern zu ergreifen, als diese in der konkreten Lage überhaupt möglich und zumutbar sind (Art. 33 Abs. 1 E-VVG). Wie im geltenden Recht (Art. 61 Abs. 1 Satz 2 VVG) müssen Weisungen beim Versicherer eingeholt werden (Art. 33 Abs. 2 E-VVG). Dabei handelt es sich um eine Obliegenheit des Versicherungsnehmers und des Anspruchsberechtigten.

Als Folge der Einordnung der Bestimmung zur «Abwendung und Minderung des Schadens» im Entwurf zum VVG unter den «Obliegenheiten» hat der Versicherer keinen Anspruch, dass der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigte diese Regel einhält. Diese Bestimmung ist nicht einklagbar und ihre Verletzung führt nicht zu Schadenersatz (Botschaft, BBI 2011, 7752).

Als dann wird die Rechtsfolge der Verletzung der Schadenminderungspflicht – Kürzungsrecht des Versicherers – aus der Bestimmung herausgelöst und systematisch bei der Leistungsverpflichtung des Versicherungsunternehmens beziehungsweise bei Ausschluss und Kürzung (Art. 41 Abs. 6 E-VVG) festgelegt, die an das Verschuldenserfordernis anknüpfen. Dabei ist ein Ver-

18 CARL JAEGER/HANS ROELLI, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, zweiter Band, Bern 1932, Art. 61 N 4–5 und N 16; VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 61 N 4; STEPHAN WEBER, Die versicherungsrechtliche Schadenminderung – Probleme und die Abhilfe im Vorentwurf Totalrevision VVG, ZSR Band 126 (2007) I, S. 397.

19 VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 61 N 4.

20 Vgl. dazu STEPHAN WEBER, Die versicherungsrechtliche Schadenminderung – Probleme und die Abhilfe im Vorentwurf Totalrevision VVG, ZSR Band 126 (2007) I, S. 397–398; BSK VVG Nachführungsband-MARCEL SÜSSKIND, Art. 61 ad N 5.

21 STEPHAN WEBER, Die versicherungsrechtliche Schadenminderung – Probleme und die Abhilfe im Vorentwurf Totalrevision VVG, ZSR Band 126 (2007) I, S. 398; BSK VVG Nachführungsband-MARCEL SÜSSKIND, Art. 61 ad N 5; STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich Basel Genf 2011, Rz. 11.42; vgl. auch ROLAND SCHAER, Modernes Versicherungsrecht, Bern 2007, § 3 Rz. 72–75.

22 VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 70 N 5.

23 Art. 33 Abs. 1 E-VVG; EFD, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG), Neue Fassung vom 24. Februar 2009, S. 42–43.

24 Botschaft, BBI 2011, 7753; EFD, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG), Neue Fassung vom 24. Februar 2009, S. 42–43.

schulden nicht mehr bloss Voraussetzung der Leistungsreduktion, sondern der Grad des Verschuldens bestimmt das Ausmass der Kürzung. Somit reicht im totalrevidierten VVG einfaches Verschulden nach wie vor für eine Kürzung aus; neu wird auch der Wegfall der Versicherungsleistung bei *Vorsatz gesetzlich* geregelt. Die Rechtsprechung von BGE 128 II 38 E. 5, wonach entgegen der bisherigen Regelung von Art. 61 Abs. 2 VVG eine Kürzung nur bei Grobfahrlässigkeit erfolgt, wurde somit nicht ins neue Gesetz übernommen.²⁵

4.3 Kostenerstattungspflicht unter dem neuen VVG

Im Entwurf zum totalrevidierten VVG wird an den Grundsätzen zur Kostenerstattung wenig geändert.

Zwecks Herstellung einer Kongruenz zwischen der neu vorerstreckten Schadenminderungspflicht bzw. der Schadenverhütungspflicht wird neu unter dem Titel «Kosten für Schadenabwendung, -minderung und -ermittlung» in Art. 40 Abs. 1 E-VVG geregelt, dass nicht nur Aufwendungen zur Minderung, sondern auch zur Abwendung des Schadens gemäss Artikel 33 Abs. 1 E-VVG vom Versicherer zu übernehmen sind. Damit wird sichergestellt, dass die Schadenverhütungs- und -minderungspflichten stets mit dem Anspruch auf Kostenerstattung korrespondieren.²⁶

Diese Erstattungspflicht besteht selbst dann, wenn die Massnahmen erfolglos geblieben sind (Art. 40 Abs. 1 E-VVG). Voraussetzung ist jedoch, dass der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigte die Massnahme für geboten halten durfte (Art. 40 Abs. 1 E-VVG).

Jedoch ist der Versicherer neu gemäss Novellierungsvorschlag nicht zu Leistungen verpflichtet, die über die vereinbarte Versicherungssumme hinausgehen (Art. 37 Abs. 1 i.V.m. Art. 40 Abs. 3 E-VVG). Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass bei Versicherungsfällen von grosser Dimension die Schadenminderungskosten schnell ins Unermessliche steigen können (Botschaft, BBI 2011, 7755). Dies scheint aus versicherungstechnischer Sicht sinnvoll, damit die Belastungen für den Versicherer kalkulierbar sind.²⁷ Dies rechtfertigt sich umso mehr, als der Versi-

cherer unter dem totalrevidierten VVG nicht nur Schadenminderungskosten, sondern auch Kosten für Schadenabwendung sowie Aufwendungen für die Ermittlung und Feststellung des Schadens zu übernehmen hat (Art. 40 Abs. 2 E-VVG; Botschaft, BBI 2011, 7756).

Soweit in den Fällen nach den Art. 40 Abs. 1 und 2 E-VVG das Versicherungsunternehmen im Einzelfall Aufwendungen veranlasst hat, muss es sie auch dann übernehmen, wenn sie zusammen mit den übrigen Leistungen die Versicherungssumme übersteigen (Art. 40 Abs. 3 E-VVG). Ist das Versicherungsunternehmen berechtigt, seine Leistung zu kürzen, so kann es die Kostenübernahme entsprechend reduzieren (Art. 40 Abs. 4 E-VVG).

4.4 Halbzwingendes Recht unter dem neuen VVG – Erfordernis kongruenter Regelungen

Die neuen Regelungen über die Schadenminderung und -verhütung sind neu *halbzwingend* ausgestaltet, womit der Versicherer den Versicherungsnehmer und die versicherten Personen davon befreien kann.²⁸ Auch bei der entsprechenden Erstattungspflicht gemäss Art. 40 E-VVG handelt es sich um eine halbzwingende Bestimmung (Art. 2 Abs. 1 E-VVG i.V.m. Anhang 1).

Damit ist es nicht möglich, Schadenminderung und -verhütung in den AVB vorzusehen, aber den Versicherer nicht zur Kostenerstattung zu verpflichten. Vielmehr haben Schadenverhütungs- und Minderungspflichten mit der Kostenerstattung zu korrespondieren. Dementsprechend dürfte jedoch eine restriktivere Regelung der Kostenerstattung zulässig sein, sofern die Schadenminderung und -verhütung gleichermassen reduziert wird.²⁹ Es wird die gestalterische Freiheit mit Bezug auf die privatautonome Regelung von Schadenminderung (und -verhütung) und Kostenerstattungspflicht in den AVB im neuen VVG eingeschränkt. ■

25 Vgl. BSK VVG Nachführungsband-MARCEL SÜSSKIND, Art. 61 Ausblick.

26 BSK VVG Nachführungsband-MARCEL SÜSSKIND, Art. 70 Ausblick.

27 BSK VVG Nachführungsband-MARCEL SÜSSKIND, Art. 70 Ausblick; STEPHAN WEBER, Die versicherungsrechtliche Schadenminderung – Probleme und die Abhilfe im Vorentwurf Totalrevision VVG, ZSR Band 126 (2007) I, S. 406.

28 Art. 2 Abs. 1 E-VVG i.V.m. Anhang 1; BSK VVG Nachführungsband-MARCEL SÜSSKIND, Art. 61 Ausblick; STEPHAN WEBER, Die versicherungsrechtliche Schadenminderung – Probleme und die Abhilfe im Vorentwurf Totalrevision VVG, ZSR Band 126 (2007) I, S. 408.

29 Vgl. STEPHAN WEBER, Die versicherungsrechtliche Schadenminderung – Probleme und die Abhilfe im Vorentwurf Totalrevision VVG, ZSR Band 126 (2007) I, S. 406 und S. 408.

Rémy Wyssmann*

Weshalb die Diskushernienpraxis des Bundesgerichts nicht auf vorbestehende statische Wirbelsäulenschäden übertragen werden kann

Stichworte: vorbestehende statische Rückenschäden, Kausalzusammenhang, Unfallversicherung

«Bei allen Tugenden, bei allen Pflichten sucht man nur den Schein; ich suche die Wirklichkeit.» – Jean-Jacques Rousseau, *Émile*

Die gesetzlichen Unfallversicherungen machen in ihren Leistungsentscheiden regelmässig geltend, dass es einer medizinischen Erfahrungstatsache entsprechen soll, dass selbst im Falle eines vorbestehenden Rückenschadens eine traumatische Verschlimmerung in der Regel nach sechs bis neun Monaten, spätestens aber nach einem Jahr abgeschlossen sei und länger dauernde Beschwerden oftmals auf eine psychische Anpassungsstörung oder Fehlentwicklung zurückzuführen seien.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, wo sich die rechtlichen und allenfalls medizinischen Grundlagen für eine solche Entscheidpraxis finden lassen.

1. Beweislastverteilung

Unfallkausale Faktoren können durch Zeitablauf wegfallen. Ist die Unfallkausalität hingegen einmal mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit nachgewiesen (und werden entsprechend Unfalltaggelder ausgerichtet), entfällt die deswegen anerkannte Leistungspflicht des Unfallversicherers erst, wenn der Unfall nicht mehr die natürliche und adäquate Ursache des Gesundheitsschadens darstellt, wenn also letzterer nur noch und ausschliesslich auf unfallfremden Ursachen beruht.¹ Dies trifft dann zu, wenn entweder der Gesundheitszustand, wie er unmittelbar vor dem Unfall bestanden hat (status quo ante), oder aber derjenige Zustand, wie er sich nach dem schicksalsmässigen Verlauf eines krankhaften Vorzustandes auch ohne Unfall früher oder später eingestellt hätte (status quo sine), erreicht ist.² Ebenso wie der leistungsbegründende natürliche Kausalzusammenhang muss das Dahinfallen jeder kausalen Bedeutung von unfallbedingten Ursachen eines Gesundheitsschadens mit dem im Sozialversicherungsrecht allgemein üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sein. Die blosser Möglichkeit nunmehr gänzlich fehlender ursächlicher Auswirkungen des Unfalls genügt nicht. Da es sich hierbei um eine anspruchsaufhe-

bende Tatfrage handelt, liegt aber die entsprechende Beweislast – anders als bei der Frage, ob ein leistungsbegründender natürlicher Kausalzusammenhang gegeben ist – nicht beim Versicherten, sondern beim Unfallversicherer;³ dies gilt sowohl im Grundfall wie auch im Rückfall. Es genügt also nicht, zu behaupten, dass der leistungsbegründende Kausalzusammenhang nachträglich weggefallen sei; dies muss von der Unfallversicherung vielmehr (bspw. durch ein interdisziplinäres Gutachten) nachgewiesen werden.

2. Medizinische Erfahrungstatsache als leistungsbeschränkende Normhypothese bei Diskushernien

In wiederholter Rechtsprechung hat das Bundesgericht seit 2002 festgestellt, dass nach derzeitigem medizinischen Wissensstand der Status quo sine bei posttraumatischen Diskushernien⁴, Lumboschialgien⁵ und Lumbalgien nach drei bis vier Monaten, allenfalls nach sechs bis neun Monaten, spätestens jedoch nach einem Jahr, erwartet werden könne, wogegen eine allfällige richtunggebende Verschlimmerung röntgenologisch ausgewiesen sein und sich von der altersüblichen Progression abheben müsse.⁶

Dieser Nachweis kann bei Weichteilverletzungen im Bereich der Wirbelsäule bei den heutigen Untersuchungsmethoden in den meisten Fällen schon deshalb nicht erbracht werden, weil für die Zeit vor dem Unfallereignis keine oder keine aussagekräftigen Röntgenbilder vorliegen. Selbst wenn vorbestehende Röntgenbilder vorliegen, sind die neuen konventionellen Röntgenaufnahmen, welche nach dem Unfall erstellt werden, meist ebenso nicht in der Lage, unfallbedingte Veränderungen im Rahmen von Weichteilverletzungen nachzuweisen.

³ Vgl. RKUV 1992 Nr. U 142 S. 76 Erw. 4b und RKUV 6/1994, S. 328 f.

⁴ Die Diskushernie ist eine Erkrankung der Wirbelsäule, bei der Teile der Bandscheibe in den Wirbelkanal – den Raum, in dem das Rückenmark liegt – vortreten.

⁵ Die Lumboschialgie bezeichnet Schmerzen im Versorgungsgebiet einer lumbalen Nervenwurzel (fast immer L₅ oder S₁, wobei L₅ den fünften und letzten Lumbal- oder Lendenwirbel und S₁ den darunterliegenden Sakral- oder Kreuzbeinwirbel bezeichnet).

⁶ Vgl. Urteile des Bundesgerichts aus den Jahren 2002, 2005, 2008, 2009 und 2010: U 60/02 vom 18. September 2002, U 354/04 vom 11. April 2005, Urteil vom 10. Juli 2008, 8C_614/2007, Urteil vom 11. August 2008, 8C_637/2007, Urteil vom 23. September 2009, 8C_441/2009 und Urteil vom 14. Juni 2010, 8C_901/2009.

* Lic. iur. Rémy Wyssmann, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Wyssmann und Partner, Oensingen. www.sozietat.ch; Philip Stolkin, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich, danke ich für die wertvollen Ausführungen und Hinweise zu Art. 6 EMRK.

¹ Vgl. MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, S. 474.

² Vgl. MÖRGER, Zusammentreffen verschiedener Schadensursachen, Versicherungskurier 42/1987, S. 133.

Immerhin ist diesen Verletzungsarten gemeinsam, dass es sich um monosegmentale Schädigungen der Wirbelsäule handelt, die Gesamtheit der Wirbelsäule somit nicht betroffen ist. Ebenfalls gemeinsam ist diesen Verletzungsbildern, dass die Statik der Wirbelsäule nicht betroffen ist.

Das Bundesgericht stützt sich bei dieser sog. Diskushernienpraxis auf die medizinische Fachliteratur, welche ihm vom medizinischen Dienst der SUVA vorgelegt wurde.⁷ Es stellen sich in diesem Zusammenhang folgende Fragen:

1. Kann diese medizinische Literatur als Grundlage dienen, auch in anderen Bereichen als der Diskushernie das Recht auf Beweis einzuschränken?
2. Ist die vom Bundesgericht zitierte medizinische Literatur umfassend und als weltweit anerkannt zu bezeichnen?⁸
3. Genügt die vom Bundesgericht zitierte medizinische Literatur in rechtsstaatlicher Hinsicht, zumal es sich hier um eine negative Leistungsvoraussetzung ohne gesetzliche Grundlage handelt?

3. Keine Anwendung der Diskushernienpraxis bei Schulterverletzungen

Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 14. Juni 2010⁹ entschieden, dass die Diskushernienpraxis bei Schulterverletzungen keine Anwendung findet. Die Rechtsprechung zu durch den Unfall lediglich aktivierten, nicht aber verursachten Diskushernien stelle keine Ausnahme zum Grundsatz dar, dass die Leistungspflicht des Unfallversicherers so lange besteht, bis entweder der vor dem Unfall bestandene (krankhafte) Vorzustand wieder erreicht ist oder derjenige Zustand eingetreten ist, der sich nach dem schicksalsmässigen Verlauf auch ohne den Unfall früher oder später eingestellt hätte. Ausschliesslich bei Diskushernien sei aufgrund einer medizinischen Erfahrungstatsache davon auszugehen, dass nach einem Beschwerdeschub ein solcher Zustand (status quo ante vel sine) eintritt, sofern der Unfall den Beschwerdeschub nur ausgelöst, aber nicht verursacht hat.

Eine derartige Erfahrungstatsache bestehe bei degenerativen Vorzuständen an anderen Körperteilen jedoch nach Auffassung des Bundesgerichts nicht, zumal der im konkret zur Beurteilung stehenden Unfall gegebene unfallbedingte Vorzustand an der Schulter eine traumatische (Mit-)Ursache aufwies, weshalb es

plausibel erscheine, dass eine Retraumatisierung den degenerativen Prozess verstärkt.

Ob und wann der status quo ante vel sine erreicht ist, sei daher bei Schulterverletzungen anhand der konkreten ärztlichen Unterlagen zu entscheiden. Eine Erfahrungstatsache, dass dieser nach einer Traumatisierung einer vorgeschädigten Schulter regelmässig innert einer bestimmten Frist eintritt, sei nicht bekannt und könne auch nicht gestützt auf medizinische Fachliteratur belegt werden. Eine Ausdehnung der Rechtsprechung zur Leistungspflicht des Unfallversicherers bei auf Diskushernien zurückzuführenden Beschwerden auf traumatische Schulterverletzungen sei deshalb abzulehnen.

4. Anwendung der Diskushernienpraxis bei vorbestehenden Beeinträchtigungen der Statik der Wirbelsäule?

Es stellt sich somit die Frage, ob die Diskushernienpraxis auch auf andere Verletzungsbilder übertragen werden kann.

So gibt es Konstellationen von vorbestehenden¹⁰ Wirbelsäulenverletzungen, wo bei einem Unfallereignis die Statik der gesamten Wirbelsäule betroffen ist. Zu denken ist etwa an Skoliosen oder Blockwirbelbildungen¹¹, wo ganze Segmente oder Segmentgruppen über Jahre hinweg zusammengewachsen sind.

Gemeinsam ist diesen Verletzungsbildern, dass eine derart vorgeschädigte Wirbelsäule nicht mehr frei schwingen kann. Die Elastizität ist teilweise oder vollständig eingeschränkt. Eine derartige Wirbelsäule kann nicht mehr gleich viel an Energie aufnehmen wie eine gesunde Wirbelsäule.

Es geht somit um folgende entscheidenden Fragen:

1. War die Wirbelsäule des betroffenen Versicherten überhaupt noch in der Lage, eine neue Traumatisierung zu kompensieren, welche die Statik der gesamten Wirbelsäule betrifft?
2. Hatte die Wirbelsäule des betroffenen Versicherten nicht vielmehr bereits einen (Residual-)Zustand erreicht, wo keine Reserven mehr bestanden?
3. Genügte ein Auslöser, der bei einem gesunden Menschen noch keine Schädigung hervorgebracht hätte, um die Wirbelsäule des betroffenen Versicherten zu dekompensieren?

7 Vgl. BÄR/KIENER, Prellung, Verstauchung und Zerrung der Wirbelsäule, Medizinische Mitteilungen der SUVA Nr. 67 vom Dezember 1994, S. 45 ff. und DEBRUNNER/RAMSEIER, Die Begutachtung von Rückenschäden, Bern 1990, S. 52 sowie MORSCHER/CHAPAL, Schäden des Stütz- und Bewegungsapparates nach Unfällen, in: Baur/Nigst (Hrsg.), Versicherungsmedizin, 2. Auflage Bern 1985, S. 102; die entsprechende Literatur wurde dem Verfasser dankenswerterweise vom Rechtsdienst der SUVA zur Verfügung gestellt.

8 Die Beantwortung dieser Frage würde – nicht zuletzt auf Grund des fehlenden medizinischen Fachwissens des Verfassers – den Rahmen des vorliegenden Artikels ohne weiteres sprengen, kann aber durchaus Gegenstand einer späteren medizinisch-juristischen Publikation sein. Der Verfasser beschränkt sich deshalb auf die Analyse derjenigen medizinischen Fachliteratur, welche auch vom Bundesgericht und von den Rechtsdiensten der Versicherungen jeweils zitiert wird.

9 8C_901/2009, Erw. 4.3.3.

10 Nicht diskutiert wird hier der Fall, wo die Statik der Wirbelsäule z.B. durch eine Fraktur oder eine Segmentverschiebung erstmalig durch ein Unfallereignis in Mitleidenschaft gezogen wird. Hier sollte klar sein, dass die Unfallkausalität ohne Weiteres anerkannt werden kann. In den meisten Fällen sind solche Verletzungen röntgenologisch nachweisbar. Dennoch werden auch solche Fälle für den Versicherten problematisch, wenn die Versicherung behauptet, es handle sich hier um eine vorbestehende Schädigung und der Versicherte vor dem Unfallereignis über keine Röntgenbilder verfügt, welche seinen gesunden (Vor-)Status beweisen können.

11 Als Blockwirbel wird die teilweise oder ganze Verschmelzung zweier oder mehrerer Wirbelkörper bezeichnet. Diese Fusion kann durch eine Entwicklungsstörung bedingt (z.B. Klippel-Feil-Syndrom) oder im Laufe des Lebens erworben sein. Erworbene Blockwirbel können sich nach Entzündungen der Wirbel und Bandscheiben (z.B. nach Tuberkulose), nach Trauma oder bei ausgeprägter Degeneration der Bandscheiben und angrenzenden Wirbel (Osteochondrosis intervertebralis) ausbilden. Weil eine Skoliose zu einer Blockwirbelbildung führen kann, sind die beiden Verletzungsbilder häufig kombiniert anzutreffen.

4. Gibt es bei der vorliegenden speziellen Konstellation eines betroffenen Versicherten überhaupt medizinische Erfahrungswerte, die besagen, dass der Vorzustand nach einer gewissen Zeit (in casu angeblich und behauptetermaßen sechs bis zwölf Monate) wieder erreicht ist?
5. Ist eine Schädigung durch ein Unfallereignis im speziellen Fall eines Versicherten überhaupt röntgenologisch nachweisbar?

Bereits die medizinische Fachliteratur, welche vom Bundesgericht jeweils zitiert wird, gibt in diesem Zusammenhang Antworten.

4.1 Zur Frage nach den Kompensationsmöglichkeiten bei vorbestehenden Skoliosen oder anderen (vorbestehenden) Wirbelsäulenerkrankungen, welche sich auf die gesamte Statik der Wirbelsäule auswirken und diese ungünstig beeinflussen

Was die Kompensationsmöglichkeiten betrifft, postuliert MORSCHER¹², dass erschöpfte Kompensationsmöglichkeiten bei der Kausalitätsbeurteilung zu berücksichtigen seien. Für die Ausheilung von Wirbelsäulenverletzungen würden nämlich – und zwar weit mehr als bei Verletzungen anderer Lokalisation – nicht nur die Verletzung an sich, sondern auch die allgemeine Konstitution, die primäre Form der Wirbelsäule, die gesamte Körperhaltung des Versicherten und seine eingeschränkten oder gar fehlenden Kompensationsmöglichkeiten eine wesentliche Rolle spielen. So sei die schlechte Rehabilitation von muskelschwachen insuffizienten Flachrücken bestens bekannt. Auch traumatische Keilwirbelbildungen bei primär vorhandenem Rundrücken könnten Ursache chronischer Rückenschmerzen werden, da die Kompensationsmöglichkeiten in der Regel gerade hier erschöpft seien.

Diese Kompensationsmöglichkeiten würden bei deutlich vorgeschädigten Wirbelsäulen nachweislich fehlen, wenn es zu einer erneuten Kontusion kommt. Laut Morscher würden Skoliosen zu Beschwerden vor allem dann Anlass geben, wenn sie dekompenziert sind. Eine Traumatisierung durch ein Unfallereignis kann eine solche Dekompensierung bewirken. Eine bezüglich Schmerzen ungünstige Prognose hätten speziell lumbale Skoliosen.¹³

In solchen Fällen spricht man denn auch von einer schweren Deformität der gesamten Wirbelsäule, insbesondere von einer in weiten Teilen zusammengewachsenen, steifen Wirbelsäule, wobei die verbliebenen «gesunden» Segmente wesentlich beweglicher sind als normale Segmente. Es handelt sich hier um eine Hypermobilität.

Gerade die verbliebene Restbeweglichkeit in den gesunden Gelenken stellt den Hauptgrund für die Beschwerden des Versicherten dar. Dies ist auch nachvollziehbar: Indem verschiedene Gelenkgruppen versteift sind, werden durch den Aufprall die gesunden Gelenke noch beweglicher. Diese verstärkte Beweglich-

keit führt dann auch zu einer Irritation der Nachbargelenke und zu einer nervlichen Reizung.

Entscheidend ist also, dass es sich bei der Skoliose um eine versteifte Wirbelsäule handelt. Diese kann keine Energie mehr aufnehmen. Sie verfügt auch nicht mehr über Kompensationsreserven. Sie kann nicht frei schwingen. Die eingespeiste Energie muss somit an den wenigen verbliebenen, nur noch teilweise mobilen und zudem meistens erheblich degenerativ veränderten Gelenkverbindungen abgebaut werden. Verglichen mit einem gesunden und normal gebauten Menschen resultiert daraus eine vielfach gesteigerte Belastung pro Gelenkverbindung. Das Risiko einer Verletzung ist folglich vielfach höher.

Es geht also in solchen Fällen nicht darum, dass ein einzelnes Segment der Wirbelsäule betroffen ist. Vielmehr ist die Wirbelsäule in ihrer Gesamtheit betroffen. Und genau dies ist der springende Punkt, was die vorliegend zu beurteilenden Fälle gerade auszeichnet. Insbesondere können die einzelnen Segmente der Wirbelsäule nicht isoliert betrachtet werden. Vielmehr ist die Wirbelsäule als Ganzes einheitlich zu betrachten. Die Wirbelsäule wirkt in diesen Fällen wie ein Stab. Dieser wird als Ganzes in Schwingung und Torsion versetzt und wird so auch als Ganzes dekompensiert.

Die Ischialgie und die Diskushernie betrifft demgegenüber jedoch nur ein einzelnes Segment der ganzen Wirbelsäule. Wird hier ein einzelnes Segment durch eine Kontusion betroffen, führt dies noch nicht zum kompletten Systemversagen der ganzen Wirbelsäule. Vielmehr ist der gesamte Rest der Wirbelsäule noch in der Lage, die Betroffenheit eines einzelnen Segments durch die Gesamtheit seiner gesunden Segmente zu kompensieren. Dies ist auch der entscheidende Punkt, welcher es sachlich rechtfertigt, die beiden Fälle unterschiedlich zu behandeln.

4.2 Zur Frage nach der zeitlichen Beschränkung des Heilungsverlaufs

Was sodann die Frage nach der zeitlichen Beschränkung des Heilungsverlaufs betrifft, verweisen BÄR/KIENER¹⁴ auf Morscher und betonen, dass sich die zeitliche Beschränkung nur auf Weichteiltraumen bezieht:

«... So sind für Morscher die Weichteiltraumen selbst dann ungeeignet, zu mehr als einer bloss zeitlich befristeten Verschlimmerung zu führen, wenn ein erhebliches degeneratives Wirbelsäulenleiden vor dem Unfall vorlag ...»

Die Betonung liegt hier auf den Weichteiltraumen. Dabei verweisen Bär und Kiener auf das Kapitel der Spondylarthrose bei Morscher¹⁵:

«... Besonders schwer zu beantworten ist jeweils die Frage, wann eine vorübergehende Verschlimmerung als abgeschlossen zu betrachten ist. Junghanns gibt hierfür 6 bis 9 Monate an. Im Allgemeinen sollte ein Fall aber spätestens nach einem Jahr abgeschlossen werden können ...»

12 Vgl. MORSCHER/CHAPAL, Schäden des Stütz- und Bewegungsapparates nach Unfällen, in: Baur/Nigst (Hrsg.), Versicherungsmedizin, 2. Auflage, Bern 1985, S. 156.

13 Vgl. MORSCHER/CHAPAL (Fn. 12), S. 170.

14 Vgl. BÄR/KIENER, Prellung, Verstauchung und Zerrung der Wirbelsäule, Medizinische Mitteilungen der SUVA, Nr. 67 vom Dezember 1994, S. 45 ff.

15 Vgl. MORSCHER/CHAPAL (Fn. 12), S. 179 und 180.

Wenn man also die medizinische Fachliteratur zur Hand nimmt, sollte man sich immer zuerst auch vergewissern, wo genau, in welchem systematischen Kontext und unter welchem Titel die jeweilige Textstelle steht.

Steht also beispielsweise die Aussage, wonach in der Regel die Folgen einer Wirbelsäulen-Traumatisierung nach sechs bis neun Monaten abgeschlossen sein sollen, unter dem Titel Spondylarthrose, dann bezieht sich diese Regel wirklich auch nur auf Spondylarthrosen und nicht auf jede beliebige Erkrankung der Wirbelsäule. Für eine Ausdehnung auf andere Rückenschäden besteht deshalb keine sachliche Rechtfertigung.

Die Unfallversicherungen und die Gerichte wären hier also gut beraten, angebliche medizinische Erfahrungswerte aus der Literatur nicht losgelöst vom systematischen Kontext zu verwenden. Insbesondere die involvierten Kreisärzte und Vertrauensärzte der Versicherungen sollten hier überlegter urteilen und sich die Zitate genauer anschauen.

Entscheidend ist auch, dass Morscher¹⁶ ebenfalls im allgemeinen Teil seiner Publikation zeitliche Beschränkungen ausdrücklich nur auf knöcherne Heilungsvorgänge und auf Weichteilveränderungen beschränkt:

«... Während die knöchernen Heilungsvorgänge – wenigstens im Röntgenbild – nach einem halben Jahr in der Regel ihren Abschluss gefunden haben, dauert die Restitution der Weichteilveränderungen nicht selten zwei und mehr Jahre ...»

Auch Debrunner und Ramseier¹⁷ befürworten eine zeitliche Terminierung auf sechs bis neun Monate. Aber auch hier geht aus dem systematischen Kontext hervor, dass sich diese Beschränkung nur auf Weichteiltraumen oder Arthrosen und nicht auf vorbestehende Skoliosen oder ähnliche Erkrankungen bezieht. Dies aus folgenden Gründen:

- Diese Autoren zitieren ebenfalls Morscher und bringen damit auch nichts Neues vor.
- Sie erwähnen als Beispiele die Spondylarthrose und die Spondylose.

Auch der weiter unten bei Debrunner und Ramseier zitierte Hinweis unter dem Titel «Unfall und Diskushernie» (Kapitel 7.2, S. 54) belegt, dass diese Autoren ausschliesslich Weichteilverletzungen im Visier hatten:

«... In den meisten Fällen von Diskushernienbeschwerden nach Unfällen wird eine vorbestehende Diskushernie durch den Unfall in ein schmerzhaftes Stadium¹⁸ versetzt ...»

Die Autoren äussern sich zusammenfassend also nur zu Weichteiltraumen und Arthrosen, nicht aber zum Trauma einer skoliotischen Wirbelsäule.

4.3 Zur Frage nach der röntgenologischen Nachweisbarkeit

Auch was die Frage nach der röntgenologischen Nachweisbarkeit betrifft, warnt Morscher davor, den Röntgenaufnahmen ein zu grosses Gewicht beimessen zu wollen:¹⁹

«... Einmal mehr sei gerade in dieser Hinsicht vor einer Überbewertung des Röntgenbildes gewarnt. So zeigt sich beispielsweise immer wieder bei der Beurteilung von Wehrpflichtigen,²⁰ dass röntgenologisch und klinisch schwer geschädigte Wirbelsäulen mit voller Leistungsfähigkeit und völliger Schmerzfähigkeit durchaus vereinbar sind, andererseits bisweilen aber geringste Formabweichungen Beschwerden nach sich ziehen können und damit den Betroffenen krank machen ...»

Auch Bär/Kiener beschränken die röntgenologische Nachweisbarkeit – wiederum mit Verweis auf Morscher – auf Weichteiltraumen.

Folgende Indizien sprechen gemäss Bär/Kiener für eine richtunggebende Verschlimmerung eines Weichteiltraumas:²¹

- Rasche Höhenverminderung der Bandscheibe
- Auftreten von Randzacken
- Rasche Zunahme der Spondylophytenbildung
- Abknickung der Wirbelsäulenchse

All diese Veränderungen können posttraumatisch bei vorbestehenden Skoliosen gar nicht erfolgt sein, denn solche Wirbelsäulen sind infolge der damit verbundenen Blockwirbelbildung bereits versteift und infolge der Skoliose eingeknickt. Eine weitere Abknickung kann nicht mehr erfolgen, sonst wird die Wirbelsäule durch eine erneute Traumatisierung über das Knickmaximum hinaus belastet, was zum definitiven Bruch der Wirbelsäule und womöglich gar zum Tod des Versicherten führt.

Infolge der skoliosebedingten Versteifung können auch keine Höhenminderungen innerhalb der einzelnen Segmentgruppen erfolgen. Eine statische Wirbelsäule kann vertikal weder expandieren noch schrumpfen. Dies gilt nicht nur für die gesamte Wirbelsäule, sondern auch für die einzelnen Segmente.

Randzacken bilden sich nur bei Frakturen. Letztere sind aber versicherungsrechtlich auf Grund der aktuellen Gerichtspraxis unproblematisch, sind sie doch – Mikroläsionen ausgenommen – bildgebend-apparativ ohne weiteres nachweisbar. Liegt also eine Weichteil-Traumatisierung verbunden mit einer Fraktur vor, kann sich die Unfallversicherung ohnehin nicht auf die Diskushernienpraxis des Bundesgerichts berufen.

Spondylophyten sind knöcherne Ausziehungen an den Wirbelkörpern. Verknöcherungen gibt es in den hier zu diskutierenden Fällen skoliose- und altersbedingt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit schon vor dem Unfall. Bei altersbedingt vielen Verknöcherungen ist es somit unmöglich, zu unterscheiden, welche Verknöcherungen nun auf den Unfall zurückzuführen sind und welche nicht. Gerade deshalb wollen Bär/Kiener dieses Indiz of-

16 Vgl. MORSCHER/CHAPAL (Fn. 12), S. 156.

17 Vgl. DEBRUNNER/RAMSEIER, Die Begutachtung von Rückenschäden, Bern 1990, S. 52 ff.

18 Ein Stadium ist begriffsnotwendig immer nur vorübergehender und nicht dauerhafter Natur.

19 Vgl. MORSCHER/CHAPAL (Fn. 12), S. 157.

20 Insbesondere jungen, nicht vorbelasteten Wehrpflichtigen; Anmerkung des Verfassers.

21 Vgl. BÄR/KIENER (Fn. 14), S. 46 oben.

fensichtlich nur dann beziehen, wenn es um klare Weichteiltraumen geht, die sich von einer vorbestehenden Skoliose isolieren lassen.

Nur bei Weichteiltraumen können also – wenn überhaupt – gemäss der vom Bundesgericht zitierten Lehrmeinung Verletzungen röntgenologisch sichtbar gemacht werden. Dies ist jedoch beim vorliegend zu diskutierenden Verletzungsmechanismus nicht der Fall. Weil aber die Traumatisierung röntgenologisch nicht nachweisbar ist, rechtfertigt es sich auch nicht, dies vom Versicherten zu verlangen. Etwas Unmögliches kann man nicht verlangen. Wenn in solchen Fällen per se kein direkter Beweis mittels Nachweis im Röntgen geführt werden kann, muss es genügen, wenn der Richter die Überzeugung gewonnen hat, dass – beispielsweise gestützt auf ein gerichtliches Gutachten²² – die überwiegende Wahrscheinlichkeit für den behaupteten Kausalverlauf spricht.²³

4.4 Ergebnis

Auf Grund der anders gelagerten Verletzungsmechanik rechtfertigt sich eine Anwendbarkeit der Diskushernienpraxis auf vorbestehende Skiosen und ähnliche degenerative Erkrankungen nicht. Hier ist also vielmehr im Einzelfall gestützt auf fachärztliche Beurteilungen festzustellen, in welchem Zeitpunkt der Status quo sine vel ante wieder erreicht ist.

5. Rechtliche Grundlage der Diskushernienpraxis insbesondere im Hinblick auf Art. 6 EMRK

Über den Sinn oder Unsinn von medizinischen Normhypothesen als in zeitlicher Hinsicht leistungseinschränkende Beurteilungsfaktoren gehen die Meinungen auseinander. Tatsache ist, dass für solche Kriterien im Bereich des UVG keine gesetzliche Grundlage besteht, die Kriterien vielmehr durch das Bundesgericht selber entwickelt wurden. Tatsache ist auch, dass nach der derzeit medizinisch verfügbaren Apparatechnik ein Nachweis des Betroffenen, wonach die Verletzung eine richtunggebende Veränderung bewirkt hat, faktisch häufig ausgeschlossen ist.

Stipuliert man eine derart zeitlich beschränkte Wirksamkeit eines bestimmten Verletzungsbildes, wird dem Versicherten gleichsam trotz Unfallfolgen die Überprüfung der Berechtigung seiner Leistungsvoraussetzungen versagt, da die Instanzen, egal wie sich die Nachweislage präsentiert, allein gestützt auf die Akten befinden würden. Was auch immer der Beschwerdeführer – ausserhalb der apparativen Röntgentechnologie – an Beweismitteln vorgelegt haben würde, die Unfallversicherung hat es aufgrund der von der Realität möglicherweise abweichenden Diskushernienpraxis in der Hand, das Leistungsbegehren abzuweisen – unbesehen der tatsächlichen Grundlagen – beruhend allein auf

der Frage, ob sich die posttraumatische Veränderung bildgebend apparativ nachweisen lässt.

Die Diskushernienpraxis fungiert somit als Haftungsbegrenzung, als negative Leistungsvoraussetzung. Ist von einer Leistungsvoraussetzung die Rede, stellt sich die Frage der rechtlichen Grundlage. Diese Praxis wurde nur deswegen eingeführt, weil die Unfallversicherungen es auf Grund der klaren Regelung von Art. 36 UVG inpraktikabel fanden, für die Folgen eines Unfalls ereignisses dauerhaft aufkommen zu müssen. Dessen ungeachtet wird diese Praxis heute als negative Haftungsbegrenzung der Unfallversicherung verwendet, dient also vornehmlich dazu, eigentlich berechnete Leistungsbegehren abzuweisen.

Nun beruht das Schweizerische Verwaltungsrecht, zu dem auch das Sozialversicherungsrecht gehört, auf dem Legalitätsprinzip. Auch bei den Sozialversicherungen müssen die Voraussetzungen der Leistungsgewährung und -verweigerung in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten und demokratisch abgestützt sein. Immerhin soll nach schweizerischer Lesart die ganze Wohnbevölkerung gegen die sozialen Risiken versichert werden, also eine unbestimmte Vielzahl Menschen, was wiederum hinreichend bestimmte Rechtssätze verlangt. Dieses entspricht dem Rechtsstaatsprinzip, wie es in der Präambel zur EMRK festgelegt wird,²⁴ ist doch das Legalitätsprinzip Ausdruck der Rechtsstaatlichkeit im Sinne der Präambel der EMRK, der rule of law, was wiederum bei der Auslegung von Art. 6 EMRK beigezogen werden muss.²⁵ So schrieb der EGMR im Fall Golder:²⁶

«One reason why the signatory government decided to take first steps for the collective enforcement of certain rights stated of the Universal Declaration, was their profound believe in the rule of law. It seems both natural and in conformity with the principle of good faith to bear in mind when interpreting the terms of Article 6 § 1 according to their context and in the light of the object and purpose of the convention.»

Wenige Jahre später führte der EGMR aus:²⁷

«The rule of law implies inter alia, that an interference by executive authorities with an individual's rights should be subject to an effective control which should normally assured by the judiciary, at least in the last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and proper procedure».

Da nun keinerlei gesetzliche Grundlage für diese Diskushernienpraxis besteht, kann sie auch nicht als rechtliche Grundlage zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffes beigezogen werden, zumal die Gerichtspraxis, für sich allein genommen, nicht präzise genug²⁸ ist, um dem Bestimmtheitserfordernis zu entsprechen.

22 So hat das Versicherungsgericht des Kantons Solothurn in einem Fall, wo die Unfallversicherung bei einer vorbestehenden schweren Skoliose mit mehrsegmentaler Blockwirbelbildung eine zeitliche Terminierung vornahm, eine gerichtliche Begutachtung angeordnet (vgl. Verfahren VSBES.2011.51).

23 Vgl. per analogiam BGE 45 II S. 97 ff.

24 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2006, Rz. 111, S. 22.

25 Vgl. statt vieler FROWEIN/PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, Präambel, Rz. 6, S. 13.

26 Vgl. Golder vs. UK. Urteil vom 21. Februar 1975, Series A. vol. 18, §§ 34 f.

27 Vgl. Allan Jacobsen vs. UK, Urteil vom 25. Oktober 1989, §§ 34.

28 Sind es nun drei, vier, sechs, neun oder zwölf Monate, wo noch von einer vorübergehenden unfallbedingten Schädigung gesprochen werden kann?

Eine weitere gesetzliche Grundlage, um das Recht auf Beweis einzuschränken, besteht selbst im schweizerischen Recht nicht.

Das Bundesgericht konnte sich nicht auf eine gesetzliche Grundlage berufen, als es sich anschickte, das Recht auf Beweis einzuschränken. Ist dem aber so, verletzt die Diskushernienpraxis eindeutig Art. 6 EMRK.²⁹

Somit kann auch durch die Anwendung der Diskushernienpraxis die Verletzung des Rechts auf Beweis nicht gerechtfertigt werden, weshalb die Verletzung des Rechts auf Beweis ohne Rechtfertigung verbleibt. Man müsste somit dem Betroffenen mindestens das Recht einräumen, ausserhalb der röntgenologischen Nachweisbarkeit einen Gegenbeweis zu führen, wenig-

tens aber im Abklärungsverfahren eine Oberbegutachtung unter Einräumung aller kompensatorischen Rechte durchzuführen.

Leider zeigt die Erfahrung, dass in praktisch allen Fällen derzeit solche Anträge mit Berufung auf die antizipierte Beweiswürdigung abgewiesen werden. Dies betrifft vor allem die Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Versicherungsgerichten. Gerade hier wäre ein wenig mehr richterlicher Mut in Richtung Sachverhaltsabklärung wünschenswert, zumal das Bundesgericht den medizinischen Sachverhalt bekanntlich selber nicht abklärt.³⁰ Zudem verbietet es die bestehende Diskushernienpraxis dem kantonalen Richter nicht, den Sachverhalt im Sinne von Art. 61 lit. c ATSG selber abzuklären. ■

29 Vgl. Compagnie des gaz de pétrole *Primagaz vs. France*, Urteil vom 21. Dezember 2010, Applicationnr. 29613/08, §§ 30 ff.; vgl. auch SCHOKKENBROEK, in: von Dijk/von Hoof/von Rijn Zwaak (Hrsg.), *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Antwerpen – Oxford 2006, S. 334 mit Hinweisen.

30 Vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG.

Thomas Grieder*

Zahnarztpfusch am Plattensee: Wer bezahlt die Zeche?

Stichworte: Haftpflichtrecht, Vertrauenshaftung, Haftung des Zahnarztes

Vertrauenshaftung – Fiktion oder Realität? Ein nicht ganz alltäglicher Zahnarztfall. Konkret: Ein verärgerter Patient forderte von einem Schweizer Reiseunternehmen Schadenersatz für eine Zahnarztbehandlung in Ungarn – mit Erfolg?

1. Der Fall

Wer kennt sie nicht, Schlagzeilen wie diese: «Pfuschende Zahnärzte – Da haben Patienten nichts zu lachen».¹ Dabei nützt die beste Beweislage nichts, wenn der Zahnarzt nicht greifbar ist.

1.1 Die Ausgangslage

Vorliegend liess sich ein Patient von der Werbung eines schweizerischen Reiseunternehmens verführen und buchte eine Ungarnreise. Bei dieser Gelegenheit liess er sich von einem Zahnarzt am Plattensee behandeln. Doch was dabei herauskam, stimmte ihn alles andere als zufrieden.

Der in diesem Fall angefragte Fachanwalt im Haftpflicht- und Versicherungsrecht wollte selbst keine Grundlage für einen Anwaltschaftpflichtfall setzen und sein Verantwortungsbewusstsein neigte schon nach kurzer Zeit dazu, das Mandat nicht zu übernehmen. Die Verantwortung, Ansprüche aus einer zahnmedizinischen Behandlung, die sich nach ungarischem Recht richten dürf-

ten, zu prüfen und zu regulieren, wog schwer, wenn da nicht die sogenannten «Umstände des Einzelfalles» gewesen wären.

1.2 Die besonderen Umstände

Der Patient besuchte die lokale Gewerbeausstellung. Am Stand des Reiseunternehmens blieb er stehen. Das Angebot, das ihm hier zwei Vertreter einer ungarischen Zahnarztpraxis unterbreiteten, machte ihn neugierig. Sie genossen an besagtem Stand «Gastrecht» und warben mit langjähriger Erfahrung, tiefen Preisen und Top-Qualität.

Im Messeführer war dem Inserat des Reiseunternehmens zu entnehmen, dass ein Besuch bei seinem «Vertragszahnarzt» vom Hotel aus bequem möglich sei. Am Stand wurde dem Patienten Prospektmaterial über die Zahnbehandlung in Ungarn ausgehändigt. Im Prospektmaterial des Reiseunternehmens wurde ausschliesslich für die am Stand vertretene Zahnklinik geworben.

Der Patient zog schon seit längerem eine Sanierung des Ober- und Unterkiefers in Erwägung, die hierzulande für ihn jedoch zu teuer war. Umso praktischer, dass es ein Schweizer Unternehmen gab, das ihn quasi vor der Haustür abholen und mit dem Car zum «Vertragszahnarzt» fahren würde, wo ihn Schweizer Qualität zu einem günstigeren Preis erwarten würde. Vier Monate später buchte der Patient die elftägige Zahnarzt-Reise mit dem Car an den Plattensee sowie Unterkunft im Hotel. Die Kosten für Reise und Unterkunft wurden direkt vom Reiseunternehmen eingefordert. Der Patient reiste aber nicht etwa der schönen Landschaft wegen nach Ungarn. Nein: Er wollte schönere Zähne.

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Ott Baumann Grieder Bugada Rechtsanwälte, Zürich.

1 Beobachter, Ausgabe 3/09, Seite 28 ff.

1.3 Das Zahnmedizinische

Der Patient wurde in einem Taxi vom Hotel zur Zahnklinik gefahren. Das Taxi wurde vom Reiseunternehmen bezahlt.

Nach der Anfertigung eines Panoramaröntgenbildes (OPT) wurden fast alle Zähne im Ober- und Unterkiefer beschliffen und mit einem Provisorium versorgt. Zudem wurden zwei Zähne wurzelbehandelt: Behandlungszeit fast 9 Stunden! Während der darauf folgenden Tage verspürte der Patient starke Zahnschmerzen. Trotz der Beschwerden wurden die Zähne definitiv mittels VMK-Kronen bzw. Brücken versorgt. Rund die Hälfte der Behandlungskosten zahlte der Patient mittels Kreditkarte an.

Zuhause beschäftigten den Kläger die negativen Folgen der Zahnbehandlung schwer: Er litt weiterhin unter temperaturabhängigen Schmerzen. Zudem bestanden Okklusionsprobleme. In der Folge wandte sich der Patient an den bereits erwähnten Fachanwalt, der eigene zahnmedizinische Vorabklärungen in die Wege leitete. Diese kamen im Wesentlichen zum Schluss, dass zirkuläre Überschüsse durch stark abstehende Kronenränder bestanden. Zudem war eine beidseitige Non-Okklusion (fehlender Zahnzusammenschluss von Ober- und Unterkiefer) in den Seitenzahnsegmenten vorhanden. Ferner waren die Interdentalräume verblockt, die nur mit dünnsten Interdentalbürstchen erschwert durchgängig waren. Schliesslich war die Wurzelbehandlung insuffizient. Aufgrund der beidseitigen Non-Okklusion konnte sich eine Myoarthropathie (Erkrankung der Kiefermuskulatur und des -gelenks) entwickeln. Die überkonturierten Kronen führten zu Bakterienablagerungen, was schliesslich eine generalisierte, marginale Zahnfleischentzündung (Gingivitis) verursachte. Es wurde eine Sanierung der Seitenzahnsegmente notwendig, um wieder okklusalen Kontakt zwischen den Oberkiefer- und Unterkieferzähnen herzustellen. Danach waren die Frontsegmente zu sanieren, um passgenaue, nicht überkonturierte Kronen herzustellen. Die Kosten der Sanierungsmassnahmen (ohne Implantate) beliefen sich auf mehrere Zehntausend Franken. Die Abklärungen kamen zum Schluss, dass insbesondere die Non-Okklusion in den Seitenzahnsegmenten nicht akzeptiert werden konnte und aus zahnmedizinischer Sicht eindeutig einen Behandlungsfehler darstellte. Zudem waren zum Teil praktisch unversehrte Zähne abgeschliffen und überkront worden, was nicht indiziert und als Überbehandlung zu werten war. Gestützt auf das Abklärungsergebnis forderte der Fachanwalt das Reiseunternehmen auf, den vorliegenden Schadenfall zu regulieren.

1.4 Die Gegenargumente

Das Reiseunternehmen wendete ein, es bestehe keine rechtliche Grundlage, aufgrund welcher man verpflichtet sei, den vorliegenden Zahnarzt haftpflichtfall zu regulieren. Konkret habe das Reiseunternehmen keine zahnärztlichen Dienstleistungen angeboten. Vielmehr sei der Patient an die Zahnklinik verwiesen worden.

Zwischen dem Patienten und dem Reiseunternehmen wurde ein Vertrag über die Hin- und Rückfahrt mittels Car sowie die Unterkunft im Hotel vereinbart und bezahlt. Eine Haftung aus diesen vertraglichen Leistungen stand denn auch gar nicht zur Diskussion. Vielmehr stellte sich die Frage, ob nicht eine derart enge

Verknüpfung zur zahnmedizinischen Behandlung bestanden hatte, respektive das Reiseunternehmen und die Zahnklinik gegenseitig voneinander abhängig gewesen waren, dass ausserhalb des Vertrages eine Haftung bestand, indem das Reiseunternehmen beim Patienten ein Vertrauen erweckt hatte, das nun enttäuscht worden war.

2. Der Prozess

Grundsätzlich steht in Zahnarztfällen eine vertragliche Haftung gegenüber dem Zahnarzt im Vordergrund, wobei im schweizerischen Recht gemäss bundesgerichtlicher Praxis die zahnärztliche Arbeit ganzheitlich dem Auftragsrecht unterstellt wird.² Im Rahmen von Art. 398 Abs. 2 OR schuldet der Zahnarzt eine sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes. Er hat seine Tätigkeit nach Massgabe der zahnmedizinischen Wissenschaft und Erfahrung auszuführen. Diese fachspezifischen Kenntnisse werden regelmässig auch als «Regeln der Kunst» («leges artis») bezeichnet.³ Ein solcher Anspruch steht vorliegend nicht zur Diskussion.

2.1 Die Vertrauenshaftung als Anspruchsgrundlage

Mit dem sog. «Swissair-Entscheid» (BGE 120 II 331 ff.) hat das Bundesgericht neben der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung eine dritte Kategorie der Haftung, die sog. Vertrauenshaftung, begründet.⁴ Das Gericht führte darin aus, dass, wenn Erklärungen der Muttergesellschaft bei Geschäftspartnern Vertrauen hervorrufen, eine dem Vertragsverhältnis vergleichbare Sonderverbindung besteht, aus der sich auf Treu und Glauben beruhende Schutzpflichten ergeben. Die Haftung entsteht, wenn das berechnete Vertrauen in treuwidriger Weise enttäuscht wird. Das Bundesgericht hat in der Folge die Anspruchsgrundlage der Vertrauenshaftung in unzähligen Entscheiden erwähnt und bestätigt, wobei sie in unterschiedlichsten Konstellationen zur Anwendung kommt:⁵ z.B. im Zusammenhang mit Wettkämpfen⁶,

2 BGE 110 II 375 (anders noch BGE 61 II 112 ff.; in der Lehre z.B. WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, VI/2/4, Der einfache Auftrag, Bern 1992, Art. 398 N 396; JOST GROSS, Haftung für medizinische Behandlung im Privat- und im öffentlichen Recht, Bern 1987, S. 35; ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. A., Bern 2002, S. 462; MORITZ KUHN, Die rechtliche Beziehung zwischen Arzt und Patient, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 21 ff.

3 Vgl. Zur Haftung des Zahnarztes THOMAS GRIEDER, Zahnarzt – Recht und Risiko: Ein praxisbezogener Beitrag zur Haftung des Zahnarztes, HAVE/REAS 3/2006, S. 209 ff.

4 Vgl. zum Thema: PETER LOSER, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern 2006; ferner EUGEN BUCHER, Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?, in: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 361 ff.; CHRISTINE CHAPPUIS/BÉNÉDICT WINIGER, La responsabilité fondée sur la confiance/Vertrauenshaftung, Journée de la responsabilité civile, Genf 2001; REGULA FEHLMANN, Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, St. Gallen 2002; UELI SOMMER, Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts, AJP 2006, S. 1031 ff.; HANS PETER WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 132, S. 273 ff.; DERSELBE, Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, ZSR 120, S. 79 ff.; CORINNE WIDMER, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, ZSR 120, S. 101 ff.

5 Jüngst z.B. Urteil 4A_80/2009 vom 5.6.2009.

6 BGE 121 III 350.

mit Formungültigkeit beim Grundstückskauf⁷, mit dem Bankenclearingsystem⁸, mit der Wechselhaftung⁹, mit der Haftung von Hilfspersonen¹⁰ oder im Anwaltsbereich¹¹. Das Bundesgericht anerkennt die Vertrauenshaftung auch im öffentlichen Recht und leitet diese dort unmittelbar aus Art. 9 BV ab.¹² Erwähnenswert ist zudem, dass die Richter in Lausanne zu erkennen gaben, dass die Vertrauenshaftung als Oberbegriff für verschiedene in ihrer Rechtsprechung erscheinende Tatbestände zu verstehen ist, und damit bestätigt haben, dass es generell eine Haftung für den Vertrauensbruch in Sonderverbindungen gibt.¹³ Zusammengefasst handelt es sich bei der Vertrauenshaftung um eine anerkannte und eigenständige Haftungsgrundlage, die auf vielfältigste Sachverhalte Anwendung findet.

Die Vertrauenshaftung setzt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung voraus, dass die Beteiligten in eine so genannte «rechtliche Sonderverbindung» zueinander getreten sind, die erst rechtfertigt, die aus Treu und Glauben hergeleiteten Schutz- und Aufklärungspflichten greifen zu lassen.¹⁴ Sie greift überdies nur, wenn keine vertragliche Haftung gegeben ist.¹⁵ Art und Umfang der sich aus Treu und Glauben ergebenden Verhaltenspflichten sind nach den gesamten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.¹⁶

Mit anderen Worten geht es um den Gedanken, dass derjenige, der bei Dritten berechnete Erwartungen schafft, die dadurch bei diesen bewirkten Schadensfolgen zu vertreten hat. Somit ist die Person haftpflichtig für den Schaden, wenn sie den Anschein aufkommen lässt, für das Geschäftsgebahren einer anderen Person Gewähr zu bieten, die ihrerseits nachträglich nicht erfüllte Versprechen gemacht hat.¹⁷

Konkret verdient Schutz, dessen berechtigtes Vertrauen missbraucht wurde. Eine Haftung entsteht, wenn eine Partei durch ihr Verhalten bestimmte Erwartungen weckt, später aber in treuwidriger Weise enttäuscht.¹⁸ Dabei setzt das schutzwürdige Interesse ein Verhalten voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken.¹⁹ Im vorliegenden Fall ist somit massgebend, wie stark zugesichert wurde, dass das Reiseunternehmen hinter der Arbeit der Zahnklinik steht. Praxisgemäss erforderlich sind dazu unter anderem ausgeprägte und bestimmte Werbeaussagen.²⁰

2.2 Die Vertrauensmomente

Vorliegend dürfte im Einzelnen folgendes Verhalten des Reiseunternehmens ein berechtigtes Vertrauen des Patienten begründet haben, dass dieses hinter der Arbeit der Zahnklinik stand:

- Der Patient wurde erstmals anlässlich der Gewerbemesse aufmerksam auf die Zahnklinik. Dabei wurde am Stand des Reiseunternehmens – und nicht der Zahnklinik – von diesem für die Klinik geworben. Unter dem «Patronat» des Reiseunternehmens waren Vertreter der Zahnklinik anwesend. Für den unabhängigen Betrachter wurde der Anschein erweckt, dass das Reiseunternehmen hinter der an ihrem Stand angepriesenen zahnärztlichen Dienstleistung stehen würde.
- Den Werbeunterlagen des Reiseunternehmens – und nicht der Zahnklinik – war wörtlich folgende vollmundige Werbung zu entnehmen: «Auch ein Besuch bei unserem Vertrags-Zahnarzt, welcher nach schweizerischem Standard arbeitet, ist von unseren komfortablen Unterkünften aus bequem möglich.» Dabei dürfte die Bezeichnung Vertrags-Zahnarzt nicht nur bedeuten, dass der Zahnarzt in vernünftiger Distanz zur angebotenen Unterkunft liegt. Vielmehr erweckt die Bezeichnung Vertrags-Zahnarzt den Anschein von Exklusivität und speziellem Vertrauen: einerseits dadurch, dass die Zahnklinik unter vielen ausgewählt wurde, um gerade mit dem Reiseunternehmen zusammenzuarbeiten; andererseits, dass das Reiseunternehmen hinter der von ihr auserkorenen ungarischen Zahnklinik steht. Es wurde dadurch der Anschein erweckt, dass das Reiseunternehmen mit der Zahnklinik eng vertraglich verbunden war, mithin für das Verhalten der Zahnklinik auch vertraglich einstehen könnte.
- Ferner wurde im Prospektmaterial des Reiseunternehmens – und nicht der Zahnklinik – ausschliesslich für die Zahnklinik geworben. Auch dadurch wurde der Anschein erweckt, dass das Unternehmen mit der Zahnklinik eng verbunden war. Der Patient wurde einzig und alleine aufgrund der Werbung der Beklagten auf diese Zahnklinik aufmerksam gemacht. Andere Zahnarztpraxen waren dem ortsunkundigen Patienten in Ungarn nicht bekannt. Oder anders gesagt: Ohne die Werbung des Reiseunternehmens wäre der Patient nicht zu dieser Zahnklinik gereist.
- Für die zahnmedizinische Behandlung in Ungarn wurde der Patient mit einem Taxi vom Hotel zur Zahnklinik gefahren. Das Taxi war mit einem Firmenlogo des Reiseunternehmens – und nicht der Zahnklinik – versehen. Zudem wurde das Taxi vom Unternehmen bezahlt. Selbst die Zahnarztpraxis zierte aussen der Schriftzug des Reiseunternehmens. Auch hier wurde für den unabhängigen Betrachter der Anschein erweckt, dass das Reiseunternehmen hinter der angepriesenen zahnärztlichen Dienstleistung stehen müsste.

Zusammengefasst stand das Reiseunternehmen nicht nur anlässlich der Gewerbemesse bildlich hinter der Zahnklinik. Auch in ihrer ganzen Werbung pries sie ihren Vertragszahnarzt an. Schliesslich begleitete das vertrauenerweckende Firmenlogo des Reiseunternehmens auch in Ungarn – Stichwort Taxi und Zahnarztpraxis – den Patienten.

7 Urteil 4C.299/1998 vom 7. 1. 1999.

8 BGE 121 III 310.

9 BGE 128 III 324.

10 Urteil 4C.280/1999 vom 28. 1. 2000.

11 Urteil 4C.107/2000 vom 3. 4. 2001.

12 Vgl. dazu WALTER (Fn. 4), S. 89 f. mit weiteren Verweisen.

13 BGE 121 III 350.

14 BGE 134 III 390 E. 4.3.2.

15 BGE 131 III 377 E. 3 mit Hinweisen.

16 BGE 130 III 345 E. 2.2; 120 III 331 E. 5a.

17 Grundlegend BGE 120 II 331 ff.; ferner BGE 124 III 297 ff.

18 BGE 120 II 335 f. E. 5a; 121 III 355 f. E. 6c.

19 BGE 124 III 296 E. 6a.

20 BGE 120 III 331; 124 III 296 E. 6b.; ferner WALTER FELLMANN, Haftung für Werbung – ein erster Schritt zu einer allgemeinen Vertrauenshaftung. Media LEX 1995, S. 95 ff.

2.3 Die Folgerung

Das Bundesgericht gewährt unter dem Titel Vertrauenshaftung seit über 15 Jahren Schutz, wenn berechtigtes Vertrauen missbraucht wird. Im vorliegenden Fall bestand der berechnete Eindruck, dass ein solches gezielt geweckt und durch das folgende Verhalten nicht eingehalten wurde, was zu sanktionieren war.

Dabei ist die Vertrauenshaftung nicht nur auf ein Konzernverhältnis ausgerichtet. Vielmehr hat das Bundesgericht seit dem *Swissair*-Entscheid das Institut der Vertrauenshaftung, das neben Vertrag und Delikt eine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellt, verfeinert. Wie bereits angemerkt, kommt die Vertrauenshaftung in unterschiedlichsten Konstellationen zur Anwendung.

Mit Urteil 4A_80/2009 vom 5. Juni 2009 hielt das Bundesgericht ausdrücklich fest, in einer – wie der vorliegenden – «Dreierkonstellation» sei neben der Vertragshaftung auch eine zusätzliche, solidarische Haftung eines Nicht-Vertragspartners aus erwecktem Vertrauen gegeben, wenn der Nicht-Vertragspartner das berechnete Vertrauen begründet habe, dass er (der Nicht-Vertragspartner) für die korrekte Vertragserfüllung des Vertragspartners eintreten würde.²¹ Mithin sollte der Patient in unserem Fall gestützt auf die höchstrichterliche Praxis neben einer vertraglichen Haftung gegenüber der Zahnklinik auch Ansprüche gegen das Reiseunternehmen aus Vertrauenshaftung geltend machen können.

Zusammengefasst lag offensichtlich eine enge Verflechtung zwischen dem Reiseunternehmen und der Zahnklinik vor, was eine Mitverantwortung des Unternehmens mit sich brachte. Es wurde für den unabhängigen Betrachter der Anschein erweckt, dass das Reiseunternehmen für die Arbeit der Zahnklinik eintreten würde.

Der Patient hielt sich an das Reiseunternehmen. Der mandatierte Fachanwalt klagte vor dem zuständigen Zivilgericht in der Schweiz auf Schadenersatz.

3. Das Ergebnis

Es ist allgemein bekannt, dass das tiefe Preisniveau in Ungarn es für viele Schweizer lukrativ macht, sich in Ungarn zahnärztlich behandeln zu lassen.²² Dabei wird regelmässig nur der positive Aspekt dieses «Zahnarzttourismus» erwähnt. Komplett ausgeblendet werden die Probleme bei schlechter Arbeit. Die Geltendmachung und Vollstreckung von Ansprüchen ist aufgrund der «Internationalität» mit Schwierigkeiten verbunden. In der Tat ist es so, dass es einem Schweizer Patienten in der Regel praktisch unmöglich ist, aufgrund der Sprachbarriere und der Unkenntnis

des ungarischen Rechts Ansprüche in Ungarn geltend zu machen, geschweige denn überhaupt durchzusetzen.²³ Um die Bedenken ihrer Kunden vor solchen Schwierigkeiten zu zerstreuen und damit natürlich auch das Geschäft mit sogenannten «Zahnarztreisen» nach Ungarn zu fördern, erweckte im vorliegenden Fall das Reiseunternehmen bei jeder Gelegenheit den Anschein, dass die zahnmedizinische Behandlung unter dem Patronat einer Schweizer Firma erfolgt. Es geht daher nicht an, dass nach Eintritt eines Schadensfalls das Reiseunternehmen davon nichts mehr wissen will.

Der Einwand, dass es dem Patienten überlassen gewesen sei, in Ungarn die fragliche Zahnklinik aufzusuchen, verfängt nicht. Er buchte die Zahnarzt-Reise einzig und alleine, um sich in Ungarn zahnmedizinisch behandeln zu lassen, und ging zu der bestimmten Zahnklinik, weil das Reiseunternehmen ausschliesslich für diese Werbung machte. Der Weg in die Zahnklinik, zum Vertragszahnarzt des Reiseunternehmens, wurde von diesem hier in der Schweiz gezielt vorgespart.

Ferner könnte man argumentieren, dass der Patient die mangelhafte Zahnbehandlung auch hätte erleiden können, wenn er auf eigene Faust nach Ungarn gereist wäre und sich von dieser Zahnklinik hätte behandeln lassen. Dieses Argument ist realitätsfremd: Sie erkennt, dass der ortsunkundige Patient sich gerade aufgrund des vorgesparten Angebots unter dem Patronat des Reiseunternehmens in Ungarn zahnmedizinisch behandeln liess und er deswegen zu dieser Zahnklinik ging, weil das Reiseunternehmen ausschliesslich für diese Werbung machte. Auf eigene Faust wäre der Patient nicht nach Ungarn zu einem anderen Zahnarzt gereist. Völlig verfehlt wäre im Übrigen der Verweis, dass der Patient auch bei einem anderen Zahnarzt eine Fehlbehandlung hätte erleiden können. Damit würde das Haftungsrecht vollständig ausgehöhlt.

Wenn das Reiseunternehmen nur «Reisedienstleister» sein wollte, wäre es ein Leichtes gewesen, auf all die erwähnten Anpreisungen zu verzichten. Das Unternehmen wollte offensichtlich mehr scheinen als sein. Es geht nicht an, dass das Unternehmen mit Versprechungen das Vertrauen von Patienten für zahnmedizinische Behandlungen in Ungarn gewinnt und dabei noch konkret und ausschliesslich einen Vertragszahnarzt empfiehlt, im Schadensfall dann aber nichts mehr davon wissen will. Diese Enttäuschung des erschlachten Vertrauens galt es zu sanktionieren.

Die Mühe lohnte sich: Im Gerichtsverfahren hat der Patient einen substanziellen Teil des Schadens erhalten. Die Parteien einigten sich auf einen gerichtlichen Vergleich. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Vertrauenshaftung wurde einmal mehr in der Realität zum Durchbruch verholfen. ■

21 So ausdrücklich in E. 2.4; auszugsweise publiziert in *Pra* 2010 Nr. 85, S. 610 ff.

22 Für eine Keramikkrone (ohne spezielle Vorbehandlung, Röntgen, Provisorium und Nachkontrolle, aber inklusive Technikeraufwand) bezahlt der Patient zwischen 370 und 600 Franken. In der Schweiz sind dafür etwa 1 200 bis 2 000 Franken hinzublättern (KTipp 1/2004, Der Kampf um unerträgliche Rechnungen).

23 Gemäss KTipp 1/2004, Der Kampf um unerträgliche Rechnungen, hat eine Zahnbehandlung in Ungarn bei späteren Komplikationen gravierende Nachteile. Für Patienten ist es dann schwierig, ihr Recht einzufordern: Der Zahnarzt müsste in Ungarn belangt werden. Prozessieren im Ausland kann aber ein aufwändiges und teures Unterfangen werden.

Georges Chanson*

«Durchklick»: technische Mängel beim ERV oder Fehlurteil?

Stichworte: Elektronischer Rechtsverkehr, Elektronische Zustellung an Gerichte und Behörden, Fristwahrung, Art. 143 Abs. 2 ZPO

Die II. Zivilkammer des Zürcher Obergerichts hat in einem kürzlich unter der Überschrift «ZPO 143 Abs. 2 – Technische Mängel der aktuellen Systeme» veröffentlichten Entscheid¹ das Risiko zeitlicher Verzögerung im interoperablen Verkehr dem Absender zugewiesen. Der Verfasser kritisiert diesen Entscheid mit Hinweis auf seinen kürzlichen Beitrag zur ERV-Fristwahrung², weil er damit Art. 143 Abs. 2 ZPO in Bezug auf den Empfangszeitpunkt und die Zuweisung des Übermittlungsrisikos falsch ausgelegt sieht.

Entscheid

Thema dieses Obergerichtsentscheids war die Rechtzeitigkeit der Berufungsbegründung, die ein Anwalt am letzten Tag der Frist elektronisch an «seine» Zustellplattform PrivaSphere sandte, welche die Entgegennahme um 23:51:24 Uhr (eGov-Sendedatum, ZertES-beglaubigte Zeit) quittierte. Der für die Abholung von eGov-Eingaben zuständige Gerichtsmitarbeitende wies die dem Gericht via IncaMail zugestellte Eingabe zurück,³ weil es sich nicht um ein eGov-Einschreiben handle, worauf der Anwalt darauf hinwies, dass seine Eingabe anderntags abgeholt worden sei und in der dann von IncaMail ausgestellten Abholquittung das dispatch date (Versanddatum) 23:51:10 Uhr⁴ vermerkt sei. Dies reichte dem Gericht nicht und es verlangte eine noch vor Mitternacht zugestellte Empfangsbestätigung und dann auch die Bestätigung, dass die Eingabe innert Frist über PrivaSphere bei der «Zustellplattform des Obergerichts» (also IncaMail) eingegangen sei. Weil beides letztlich bescheinigt werden konnte, war die Berufung rechtzeitig eingereicht und die betroffene Partei nicht für einen Weiterzug des Entscheids beschwert.

Im publizierten Teil dieses Entscheids vom 11.7.2012 geht es nur um die Fristwahrung bei elektronischer Eingabe. Er hält vorab

fest, dass für elektronische Eingaben Art. 4 VeÜ-ZSSchK⁵ gilt, wonach Eingaben an eine Behörde an die Adresse auf der von ihr verwendeten anerkannten Zustellplattform zu senden sind. Weiter wird Art. 143 Abs. 2 ZPO zitiert, wonach die Einreichung einer fristgebundenen elektronischen Eingabe rechtzeitig erfolgt ist, wenn der Empfang bei der Zustelladresse des Gerichts spätestens am letzten Tag der Frist durch das betreffende Informatiksystem bestätigt worden ist. Daraus wird abgeleitet, dass mit dem «betreffenden Informatiksystem» bzw. der «Zustelladresse des Gerichts» die Adresse «kanzlei.obergericht@gerichte-zh.ch» auf der Zustellplattform des Zürcher Obergerichts (zur Zeit IncaMail) gemeint sei.⁶ Es gelte das Empfangsprinzip, und der Absender einer elektronischen Eingabe trage «– nach erklärtem Willen des Gesetzgebers – das Übermittlungsrisiko bis zum Eintreffen ihrer elektronischen Eingabe auf der Zustellplattform des Gerichts». Im interoperablen Verkehr zwischen anerkannten Zustellplattformen will der Entscheid dieses Risiko solange dem Absender überbinden, bis seine Eingabe auf der Zustellplattform eingetroffen ist, der das Gericht angehört. Im Entscheid wird erkannt, dass bei plattformübergreifenden Zustellungen nur die Erstplattform eine Quittung ausstellt. Dies hält man bei der erkennenden Kammer anscheinend für einen technischen Mangel des aktuellen Systems.⁸ Deshalb werde einstweilen und solange die Zustellplattform des Obergerichts dem Absender einer elektronischen Eingabe keine Eingangsbestätigung ausstelle, auf das Erfordernis der Ausstellung einer entsprechenden Bestätigung vor Fristablauf durch die Zustellplattform verzichtet. Dies befreie den Absender einer elektronischen Eingabe hingegen nicht davon, – falls fraglich – den rechtzeitigen Eingang der Eingabe auf der Zustellplattform des Obergerichts nachzuweisen.⁹

Auslegung von Art. 143 Abs. 2 ZPO

Zuzustimmen ist dem Entscheid, dass das Empfangsprinzip gilt und dass der Absender das Übermittlungsrisiko trägt, bis er eine entsprechende Aufgäbequittung erhalten hat. Falsch ist dagegen, ihm auch das Risiko von Übermittlungsschwierigkeiten im Verkehr zwischen den zugelassenen Plattformen oder bei der Auslieferung

* Lic. iur., Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Mitglied der SAV-Technologiegruppe, Beauftragter des Vorstands des Zürcher Anwaltsverbands für den elektronischen Rechtsverkehr, Zürich siehe www.erv.arbeitsrechtler.ch.

1 Beschluss und Urteil vom 11.7.2012 (LY120016), abrufbar unter www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-suchen.html durch Suche mit der Prozessnummer. Dem – am Verfahren nicht beteiligten – Verfasser liegen überdies zwei anonymisierte Zwischenverfügungen vom 09. + 24.5.2012 vor, die sich auf die Fristwahrung beziehen.

2 «Fristwahrung auf elektronischem Weg», Anwaltsrevue 5/2012, S. 248, Reihe «Durchklick», auch publiziert unter www.erv.arbeitsrechtler.ch/files/AwR_05-12_Chanson_ERV-Fristwahrung.pdf. Das Gericht war auf diesen Aufsatz hingewiesen.

3 Wie sich später zeigte, zu Unrecht.

4 Diese Zeitangabe bezieht sich auf die Entgegennahme der Nachricht durch IncaMail von PrivaSphere. Sie wurde von IncaMail bestätigt, wobei die verwendeten Zeitstempelservers in diesem Fall nicht synchron waren.

5 VO über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren (SR 272.1, nicht offizielle Abkürzung: VeÜ-ZSSchK).

6 Erwägung 2.2.

7 Erwägung 2.3.

8 Was auch aus der Überschrift in der Entscheidsammlung zu schliessen ist.

9 Erwägung 4.

an die Behördenadresse zuzuweisen. Dies basiert auf einer nur grammatikalischen, sich am Wortlaut orientierenden Definition des Begriffs des «betreffenden Informatiksystems» von Art. 143 Abs. 2 ZPO und lässt das Ziel (teleologisches Element) und auch die Umstände, die beim Entwurf dieser Bestimmung galten, ausser Acht. Selbst wenn man nur buchstabengetreu auslegen würde, fällt unter den Begriff des Informatiksystems m.E. auch das heutige System der anerkannten Zustellplattformen, das mit Art. 2 sowie Art. 3 VeÜ-ZSSchK ausdrücklich statuiert und im Detail geregelt wird. Insbesondere regelt Art. 2 lit. b VeÜ-ZSSchK explizit, dass die (Erst-)Zustellplattform – und nicht etwa der Mailserver der adressierten Behörde – bei Eingang einer Eingabe unverzüglich eine zeitertifizierte (Aufgabe-)Quittung auszustellen hat. Die gleiche Bestimmung erwähnt auch die Abholquittung (Übergabe der Plattform an den eGov-Adressaten), die aber für die Fristwahrung nicht mehr relevant ist. Genau diese beiden Quittungen sind im Kriterienkatalog des ISB zur Zulassung der Plattformen¹⁰ vorgegeben, und es ist eine bewusste Regelung und keineswegs ein Mangel, dass die Zweitplattform im interoperablen Verkehr keine eigenen Aufgabe-Quittungen ausstellt, sondern dann nur die Abholung durch den eGov-Adressaten quittiert. Bereits in der Botschaft zu Art. 48 Abs. 2 BGG¹¹, welcher der ZPO-Bestimmung Pate stand, war vorgesehen, dass sich die Gerichte eines Intermediärs zum Empfang (und Versand) elektronischer Eingaben bedienen können. Mit der Zulassung mehrerer Plattformen sind nun mehrere solche Intermediäre geworden. Dank dem plattformübergreifenden eGov-Teilnehmerverzeichnis¹², in welchem sich ein Gericht oder eine Behörde als eGov-Adressat zwingend einzutragen hat, wird eine elektronische Zustelladresse gewissermassen über die eigene Plattform hinaus auf die übrigen Plattformen vorgelagert und wird damit Teil des gesamten Systems. Über die Gründe, weshalb auf das Empfangsprinzip abgestellt worden ist, orientieren die Materialien zu Art. 21a Abs. 3 VwVG¹³. Damals, vor über 10 Jahren, ging man noch von einer anderen Umsetzung aus, schloss aber bereits aus, dass der Absender das gesamte Versandrisiko zu tragen hat.

Würdigung des Entscheids

Dieser Zürcher Entscheid geht an dieser Auslegung vorbei. Er setzt sich nicht genügend mit dem Begriff «betreffenden Informatiksystems» auseinander und blendet insbesondere aus, dass auch die Zulassung mehrerer Plattformen vom Gesetzgeber nicht ausgeschlossen worden ist, sondern dass dieses System vom Bundesrat in der VeÜ-ZSSchK explizit geregelt wird. Eine zweckgerichtete Auslegung verlangt eine Rücksichtnahme auf die be-

stehende Situation. Dem stehen die Meinungen in den zitierten Kommentaren¹⁴ nicht entgegen, weil sie sich gar nicht mit der Thematik der plattformübergreifenden Zustellung befassen¹⁵. Der Entscheid hat sich aber auch nicht genügend mit den technischen Gegebenheiten des interoperablen Verkehrs auseinandergesetzt, indem er das Fehlen einer nochmaligen Quittung der Zweit-, d.h. Ausgabeplattform bemängelt. Er geht offenbar davon aus, dass irgendwann solche Quittungen ausgestellt werden, was offensichtlich nicht geplant ist¹⁶ und weder im Interesse der Plattformen noch der Anwaltschaft ist, weil es den elektronischen Rechtsverkehr verkompliziert.

Im erwähnten Aufsatz¹⁷ wird dargestellt, welche Risiken bei der Übermittlung von der einen zur anderen Plattform bestehen. Sie liegen ausnahmslos ausserhalb jedes Einflusses des Absenders einer eGov-Eingabe, während man Probleme bei der Übermittlung zwischen ihm und seiner Plattform, wie z.B. den Abbruch der Internetverbindung, seinem Herrschaftsbereich zuordnen kann, da sie seine Umstände oder mindestens seine Vertragspartner betreffen. Auch im physischen Postverkehr trägt der Absender nur das Risiko der rechtzeitigen Übergabe an die Post. Es ist rechtsstaatlich unhaltbar, ihm Risiken zuzuordnen, die er nicht beeinflussen oder nicht mindestens vertraglich absichern kann. Soweit der besprochene Entscheid dies tut, ist er ein Fehlurteil.

Der hier besprochene Entscheid betrifft einen Fall, der sich nicht täglich ereignen wird, weil die Eingaben ja nicht in letzter Minute versandt werden sollen und die Weiterleitung zwischen den Plattformen in der Regel sehr rasch geschieht. Nach der Überzeugung des Verfassers schadet er aber der Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs, weil er in einer Grundsatzfrage die elektronisch postulierende Partei belastet, ohne dass daraus noch ein Vorteil für das Gericht resultiert. Es bringt nichts, wenn noch weitere Quittungen ausgestellt werden, die dann bei jeder elektronischen Eingabe zum Beweis der Fristwahrung nachzureichen wären, sondern es muss stattdessen gewährleistet sein, dass die adressierte Behörde oder das Gericht beim Empfang einer Eingabe ohne weiteres sieht, wann sie aufgegeben worden ist, ähnlich wie es mit dem meist lesbaren Poststempel möglich ist. Deshalb hat der Schweizerische Anwaltsverband Privasphere¹⁸ und IncaMail gebeten, die zertifizierte Aufgabezeit bei allen eGov-Einschreiben mit dem jeweiligen Mail dem Empfänger weiterzumelden. Auch die Vernehmlassung unseres Verbands zur ZertES-Revision¹⁹ und die geplante Motion zum ERV²⁰ haben zum Ziel, den elektronischen Rechtsverkehr mit Behörden und Gerichten zu erleichtern. ■

10 Vgl. dazu im Artikel «ERV-Fristwahrung» (zitiert in Fn. 2), auf S. 249, dort bei Fn. 8.

11 Im Entwurf noch Art. 44 Abs. 2. Siehe BBl 2001 4202, S. 4298, in der Sammlung der Fundstellen unter www.erv.arbeitsrechtler.ch/files/ERV-Fristwahrung_Fundstellen.pdf auffindbar.

12 Vgl. dazu im Artikel «ERV-Fristwahrung» (zitiert in Fn. 2), auf S. 249, dort bei Fn. 9 + 10. Dieses Verzeichnis ist ebenfalls durch den erwähnten Kriterienkatalog vorgegeben.

13 Siehe BBl 2001 4202, S. 4267 f.

14 Erwägung 2.2.

15 Es fehlen dort auch durchwegs Ausführungen, was unter dem Begriff «des betreffenden Informatiksystems» zu verstehen ist.

16 Gemäss Rückfrage des Verfassers beim Generalsekretariat des Zürcher Obergerichts.

17 Zitiert in Fn. 2, siehe auf S. 250, dort bei Fn. 19–22.

18 Wo dies bereits umgesetzt ist.

19 www.sav-fsa.ch/Eingereichte-Stellungnahmen-de.730.0.html

20 www.sav-fsa.ch, dort <Elektronischer Rechtsverkehr><News>.

Georges Chanson*

«Clic informatique»: défauts techniques dans la CEA ou décision judiciaire erronée?

Mots-clés : Communication électronique avec les autorités judiciaires et administratives (CEA), transmission d'actes électroniques aux autorités judiciaires et administratives, observation des délais, art. 143 al. 2 CPC

La 2^e chambre civile du tribunal cantonal zurichois a publié, sous le titre «Art. 143 al. 2 CPC – Défauts techniques des systèmes actuels», l'extrait d'un jugement qu'elle a récemment rendu¹. Cette décision fait supporter à l'expéditeur d'un acte électronique le risque d'un retard consécutif à un défaut technique dans l'interopérabilité entre les différentes plateformes CEA. En se référant à l'article qu'il a publié il y a quelques semaines au sujet de l'observation des délais², l'auteur critique ce jugement, dans la mesure où celui-ci interprète de manière erronée l'art. 143 al. 2 CPC, tant pour le moment qui détermine la réception d'un acte électronique que pour l'attribution du risque de transmission d'une plateforme à l'autre.

Résumé de la décision zurichoise

La décision du tribunal cantonal porte sur l'observation du délai pour la motivation d'un recours qu'un avocat avait envoyé électroniquement le dernier jour du délai sur «sa» plateforme de messagerie (PrivaSphere). Celle-ci avait délivré un accusé de réception horodaté à 23:51:24 (avec date d'expédition eGov et heure certifiée selon SCSE). Le collaborateur du tribunal chargé de relever les actes eGov a toutefois rejeté³ cet acte qui lui était parvenu via IncaMail (plateforme du tribunal), au motif qu'il ne s'agissait pas d'un recommandé eGov. L'avocat a alors répondu que, même si le greffe du tribunal n'avait retiré cet acte que le lendemain matin, la quittance de retrait délivrée par IncaMail mentionnait une heure d'envoi à 23:51:10⁴, soit avant l'expiration du délai. Cela n'a pas suffi au tribunal qui a encore

exigé un récépissé attestant une réception avant minuit, ainsi que la confirmation que l'acte, retransmis par PrivaSphere (plateforme de l'avocat), avait bien été reçu sur IncaMail (plateforme du tribunal) avant l'expiration du délai. Comme ces deux pièces ont ensuite été fournies par l'avocat, le tribunal a finalement considéré que le recours avait été déposé en temps utile, de sorte que la partie concernée n'a pas été privée de son droit de recourir contre la décision litigieuse.

L'extrait publié de cette décision du 11 juillet 2012 se limite à traiter la question de l'observation du délai pour les actes déposés électroniquement. Le jugement précise tout d'abord que l'art. 4 OCE-PCPP⁵ s'applique aux actes électroniques, et selon lequel ils peuvent⁶ être communiqués à une autorité à l'adresse de cette dernière sur la plateforme reconnue qu'elle utilise. Les considérants se réfèrent ensuite à l'art. 143 al. 2 CPC qui précise que le délai est respecté si le système informatique correspondant à l'adresse électronique officielle du tribunal confirme sa réception le dernier jour du délai au plus tard. Les juges zurichois en déduisent que, par «système informatique correspondant» et «adresse électronique du tribunal», il faut respectivement entendre la plateforme de messagerie du tribunal cantonal zurichois (à l'heure actuelle, IncaMail) et «kanzlei.obergericht@gerichte-zh.ch» pour l'adresse électronique.⁷ Ils ajoutent que la CEA repose sur le principe de réception, de sorte que l'expéditeur supporte, «selon une volonté clairement exprimée par le législateur», le risque de transmission de son acte électronique jusqu'à sa réception par la plateforme du tribunal.⁸ S'agissant de l'interopérabilité entre plusieurs plateformes CEA, le jugement entend ainsi faire supporter le risque de transmission du document électronique à l'expéditeur seul, et ce jusqu'à ce que son acte soit parvenu à la plateforme finale du tribunal. D'un autre côté, la même décision reconnaît que, lorsque l'acte est transféré d'une plateforme à l'autre, seule la première établit une quittance. Le tribunal cantonal zurichois semble considérer ce fait comme un défaut technique du système actuel⁹, de sorte qu'il a pris la décision, aussi longtemps que sa plateforme ne pourra pas délivrer un accusé de réception, de renoncer à exiger une telle attestation prouvant que l'acte a bien été reçu par sa

* Licencié en droit, avocat spécialiste FSA en droit du travail, membre du groupe technologique FSA, délégué du Conseil de l'Ordre des avocats zurichois pour la CEA, Zurich. Voir www.erv.arbeitsrechtler.ch. Traduction libre de l'article intitulé «Durchklick: Technische Mängel beim ERV oder Fehlurteil?».

1 Extrait de l'arrêt du 11.7.2012 (LY120016) publié sous www.gerichte-zh.ch/lentscheide/entscheide-suchen.html, en recherchant ensuite avec la référence LY120016. L'auteur, qui ne représentait pas l'une des parties, dispose par ailleurs de deux décisions incidentes y relatives (sous forme caviardée), datées respectivement du 9 et du 24 mai 2012 et qui traitent de la question de l'observation des délais.

2 «Observation des délais dans la CEA», Revue de l'avocat 5/2012, p. 251, tiré de la série «Clic informatique», reproduit sur www.erv.arbeitsrechtler.ch/files/AwR_05-12_Chanson_ERV-Fristwahrung.pdf. Le tribunal cantonal zurichois avait été rendu attentif à cet article.

3 A tort, comme cela sera relevé plus tard.

4 «23:51:10» représente l'heure de réception par IncaMail de l'acte transmis par PrivaSphere, comme cela a été confirmé par IncaMail. Les quelques secondes de différence s'expliquent par l'absence de synchronisation entre les deux horloges.

5 OF sur la communication électronique dans le cadre de procédures civiles et pénales et de procédures en matière de poursuite pour dettes et de faillite (RS 272.1; abréviation non officielle: OCE-PCPP).

6 Sic; vs. texte légal allemand qui prescrit «sind zu senden».

7 Cons. 2.2.

8 Cons. 2.3.

9 Ce qui peut d'ailleurs se déduire du titre même de l'extrait publié.

plateforme avant l'expiration du délai. Le tribunal ajoute qu'en cas de doute, l'expéditeur n'est toutefois pas libéré de son obligation de démontrer, par d'autres moyens, la réception en temps utile de son acte sur la plateforme du tribunal cantonal.¹⁰

Interprétation de l'art. 143 al. 2 CPC

Le tribunal cantonal zurichois a raison de préciser que c'est le principe de réception qui s'applique dans la CEA et que, corollairement, l'expéditeur supporte le risque de transmission jusqu'au moment où il obtient un accusé de réception. En revanche, une fois que l'acte a été transmis sur la plateforme CEA de l'expéditeur, il est inexact de vouloir étendre cette responsabilité à tout le transfert subséquent de l'acte (d'une plateforme à l'autre), y compris à la livraison finale sur la plateforme du tribunal. Comme déjà mentionné, l'art. 143 al. 2 CPC parle d'un «système informatique correspondant» sur lequel doit parvenir l'acte électronique. La position du tribunal cantonal se limite à une interprétation grammaticale qui s'en tient exclusivement à la lettre du texte légal. Ce faisant, elle néglige totalement le but réel de cette disposition, selon une interprétation téléologique, ainsi que les circonstances qui ont amené le législateur à édicter une telle disposition. Même en procédant à une interprétation littérale, la notion de «système informatique» tombe, à notre avis, dans le système actuel des plateformes de messagerie reconnues, tel qu'il a été expressément défini et réglé dans le détail à l'art. 2, ainsi qu'à l'art. 3 OCE-PCPP. A ce titre, l'art. 2 let. b OCE-PCPP règle explicitement le fait que c'est la (première) plateforme de messagerie – et non le serveur mail de l'autorité destinataire – qui doit immédiatement délivrer une quittance de dépôt horodatée et certifiée à chaque fois qu'elle reçoit un acte électronique. La même disposition fait également mention de la quittance émise lors du retrait de l'acte (depuis la plateforme du destinataire eGov), mais qui n'est pas pertinente pour l'observation du délai. Seules ces deux quittances sont prescrites par le catalogue des critères à respecter pour que l'UPIC accrédite une plateforme¹¹ et il s'agit là d'une réglementation consciemment voulue. Le fait que, dans l'interopérabilité, la deuxième plateforme n'établisse pas une autre quittance de dépôt de l'acte électronique, mais simplement une quittance de retrait par le destinataire eGov, ne constitue donc pas un défaut technique. Dans le message relatif à l'art. 48 al. 2 LTF¹² qui marque de son empreinte la disposition du CPC, il était déjà prévu que les tribunaux fassent appel à un intermédiaire pour la réception (et l'envoi) des actes électroniques. L'accréditation de plusieurs plateformes a eu pour conséquence de créer une multiplicité d'intermédiaires. En tenant compte du répertoire qui regroupe l'ensemble des participants eGov¹³, et dans lequel les

autorités administratives et judiciaires ont l'obligation d'enregistrer une adresse eGov, cette dernière ne se limite pas à la plateforme de l'autorité, mais se rattache en quelque sorte à toutes les plateformes reconnues du répertoire. La notion de «système informatique correspondant» doit ainsi être comprise dans un sens général, en tenant compte de toutes les plateformes CEA accréditées. Sur les raisons qui ont poussé à appliquer le principe de réception, voir le message¹⁴ consacré à l'art. 21a al. 3 PA. A cette époque, il y a plus de 10 ans, on imaginait probablement une mise en œuvre quelque peu différente. En revanche, il est certain qu'on excluait d'ores et déjà que l'expéditeur endosse l'intégralité du risque de l'envoi de son acte électronique.

Analyse de la décision

L'arrêt zurichois passe à côté de cette interprétation téléologique. Il n'examine pas suffisamment la portée générale de cette notion de «système informatique correspondant» et ne tient notamment pas compte du fait que le législateur a prévu plusieurs plateformes CEA possibles et que ce système a explicitement été réglé par le Conseil fédéral dans l'OCE-PCPP. Par ailleurs, une interprétation téléologique appelle un réexamen de la situation actuelle. La doctrine et les commentaires cités par la décision zurichoise¹⁵ ne s'opposent pas à une telle interprétation, dès lors qu'ils n'abordent nullement le thème du transfert des actes d'une plateforme à l'autre¹⁶. De surcroît, la décision zurichoise n'aborde pas suffisamment la question de l'aspect technique de l'interopérabilité entre les différentes plateformes et se limite à critiquer le fait que la deuxième plateforme (c'est-à-dire celle qui remettra l'acte au tribunal) puisse ne pas délivrer une quittance supplémentaire. Le tribunal cantonal semble partir de l'idée que de telles quittances seront un jour établies ce qui ne sera vraisemblablement pas le cas¹⁷, puisqu'une telle exigence n'est de l'intérêt ni des plateformes ni des avocats, et qu'elle ne ferait que compliquer la CEA.

L'article¹⁸ paru il y a quelques semaines dans la Revue de l'avocat énonçait les risques qui pouvaient se présenter lors du transfert de l'acte d'une plateforme à l'autre. L'expéditeur d'un acte eGov ne dispose ici d'aucun moyen pour exercer une quelconque influence sur l'interopérabilité du système. En revanche, il paraît légitime de lui faire porter le risque des problèmes qui pourraient surgir entre lui et sa plateforme (typiquement, une panne internet), dès lors qu'il s'agit ici de sa responsabilité ou de celle de son partenaire contractuel. Idem pour le courrier postal, où l'expéditeur a pour seule responsabilité de remettre son acte dans le délai à un bureau de poste suisse. Juridiquement, il

page 2). Ce répertoire est également prévu par le catalogue des critères précité.

14 Voir FF 2001 4000, p. 4066 s.

15 Consid. 2.2.

16 Il y manque également toutes les explications sur ce qu'il faut entendre par «système informatique correspondant».

17 Après demande de précisions de l'auteur auprès du secrétaire général du tribunal cantonal zurichois.

18 Voir à ce sujet les notes de bas de page 19 à 22 de l'article «Observation des délais dans la CEA», à page 253, cité plus haut en note de bas de page 2).

10 Consid. 4.

11 Voir à ce sujet la note de bas de page 8, à page 252, de l'article «Observation des délais dans la CEA» (cité plus haut en note de bas de page 2).

12 En projet encore, l'art. 44 al. 2. Voir FF 2001 4000, p. 4096 (message reproduit en allemand dans la collection des sources sous www.erv.arbeitsrechtler.ch/files/ERV-Fristwahrung_Fundstellen.pdf).

13 Voir à ce sujet les notes de bas de page 9 et 10, à p. 252 de l'article «Observation des délais dans la CEA» (cité plus haut en note de bas de

n'est pas concevable de faire endosser une responsabilité à un expéditeur qui n'a aucun moyen d'interagir dans le transfert des données ou qui ne peut, à tout le moins, assurer contractuellement celui-ci. Si la décision zurichoise va dans ce sens, elle est tout simplement erronée.

Il convient de préciser que le cas d'espèce concerne une situation qui ne se produit pas tous les jours. Il est en effet vivement recommandé de ne pas envoyer les actes à la dernière minute et le transfert des données d'une plateforme à l'autre se fait en règle générale très rapidement. De l'avis de l'auteur, le jugement du tribunal cantonal zurichois porte toutefois atteinte à la promotion de la CEA, à partir du moment où il accable inutilement, sur une question de principe, la partie qui utilise la CEA, sans qu'il n'en résulte un quelconque avantage pour le tribunal. Des quittances supplémentaires, qui devraient ensuite être présentées comme preuve de l'observation du délai pour chaque acte élec-

tronique, n'apportent en réalité rien de plus. En revanche, il faudrait faire en sorte que les autorités administratives et judiciaires, en leur qualité de destinataires, puissent reconnaître immédiatement et sans difficultés le moment auquel un acte électronique a été déposé, à l'instar du timbre postal qui figure sur une enveloppe. C'est ce qui a poussé la Fédération Suisse des Avocats à demander à PrivaSphere¹⁹ et IncaMail de bien vouloir communiquer au destinataire, dans le mail qu'il reçoit, une heure de dépôt certifiée, et ce pour tous les recommandés eGov. Dans le but de faciliter l'usage de la CEA, notre fédération s'est également prononcée dans ce sens, tant lors de la procédure de consultation liée à la SCSE²⁰ que dans son projet de motion CEA²¹. ■

¹⁹ Cette société a déjà donné suite à cette requête.

²⁰ <http://www.sav-fsa.ch/Eingereichte-Stellungnahmen-de.730.0.html?&L=1>

²¹ www.sav-fsa.ch, ensuite <Communication électronique>< News>.

Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter

Lex injusta non est lex. Ein ungerechtes Gesetz ist kein Gesetz.

Nullum exemplum est idem omnibus. Kein Präzedenzfall ist völlig gleich. Ein Präjudiz kann immer nur in einzelnen Hinsichten herangezogen werden.

Commodum ex injuria non oritur. Aus Unrecht erwächst kein Vorteil. Rechtswidrige Handlungen können die Rechtsposition nicht verbessern.

Non sunt facienda mala, ut eveniant bona. Es darf nicht Böses getan werden, damit Gutes daraus hervorgeht. Damasus, Regulae canonicae 97.

Lex moneat, priusquam feriat. Das Gesetz soll androhen, bevor es zuschlägt. Strafen darf ein Gesetz nur verhängen, wenn es sie so rechtzeitig angedroht hat, dass man sich danach richten konnte.

Nec veniam effuso sanguine casus habet. Ist Blut geflossen, so ist keine Nachsicht mehr am Platz. Das (Straf-)Recht muss dann seinen Lauf nehmen.

Qui jocatur, non mentitur. Wer scherzt, lügt nicht. Ein Scherz ist nicht als Täuschung zu werten.

Potestas delegata non delegatur. Übertragene Gewalt wird nicht übertragen. Ein Beamter, dem Hoheitsgewalt übertragen ist, kann diese nicht delegieren. S. Dig. 1, 21, 5 pr. (Paulus).

Privatum incommodum publico bono pensatur. Ein persönlicher Nachteil wird durch das Gemeinwohl aufgewogen. Für das gemeine Beste muss man private Nachteile auf sich nehmen. S. Tacitus, Annales 14, 44, 4 a.E. (Cassius).

Non servata forma corruit acros. Ist die Form nicht gewahrt, so bricht der Geschäftsabschluss zusammen. S. Nicolaus Everardi, Loci argumentorum legales 10, 2.

Melior est conditio defendentis. Die Lage des Verteidigenden ist besser. In einem Rechtsstreit hat es der Angeklagte bzw. Beklagte einfacher als der Ankläger bzw. Kläger.

Lex plus laudatur, quando ratione probatur. Ein Gesetz erntet mehr Zustimmung, wenn sein Sinn erkennbar ist. Ein Gesetz wird um so bereitwilliger bejaht, je mehr sein Sinn einleuchtet.

Injuriam ipse facias, ubi non vindices. Wenn du Unrecht nicht verfolgst, begehst du es selbst. Publilius Syrus, Sentenzen J 55.

Iniquitati proxima est severitas. Strenge ist der Ungerechtigkeit sehr nahe. Pseudo-Seneca, De moribus 95.

In dubiis abstinence. Bei Zweifeln schlage aus. Bestehen Zweifel, ob eine angefallene Erbschaft überschuldet ist, so ist Ausschlagung ratsamer als Annahme. Haftungsbeschränkung zu erwirken ist lästig und kann fehlschlagen.

Actus non facit reum, nisi mens sit rea. Eine Handlung macht nicht schuldig, wenn nicht die Gesinnung schuldig ist.

Radiis virorum coruscant mulieres. Mit den Strahlen der Männer leuchten die Frauen. Ein Ehrenrecht eines Mannes erstreckt sich auf seine Ehefrau. Betrifft insbesondere Standesvorrechte wie Zugehörigkeit zum Adel. S. Cod. Just. 12, 1, 13 (Theodosius I.). S. schon Paulus, Erster Brief an die Korinther 11, 7.

Qui vult decipi, decipiatur. Wer betrogen sein will, soll betrogen werden. Allzu grosser Leichtsinns verdient keinen Rechtsschutz.

Propria confessio est optima convictio. Das eigene Geständnis ist die beste Überzeugung. Ein Geständnis des Täters ist die beste Grundlage für die richterliche Überzeugung.

Professio a matre irata facta non facit fidem. Die Aussage einer entrüsteten Mutter ist kein hinreichender Beweis. Wenn es um Grundanliegen ihrer Kinder geht, übertreiben Mütter oft.

Plus peccat autor quam actor. Der Urheber (eines Verbrechens) begeht schwereres Unrecht als der Ausführende.

Nova constitutio futuris formam imponere debet, non praeteritis. Eine neue Bestimmung kann für Zukünftiges eine Form auferlegen, nicht aber für Vergangenes. Neue Formvorschriften dürfen bereits vorgenommene Rechtsgeschäfte nicht berühren.

Aus: Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7., vollständig überarbeitete und verbesserte Auflage 2007. 303 S., gebunden, C.H. Beck, ISBN 978-3-406-56294-5. Zusammengestellt, übersetzt und erläutert von Detlef Liebs, unter Mitarbeit von Hannes Lehmann, Praxedis Möring und Gallus Strobel. www.chbeck.de

■ Verfassungsrecht/Droit constitutionnel (I)

**Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 95 BGG, Art. 61 lit. c ATSG;
Invalidenversicherung, Ausstand, rechtliches Gehör**

Für Sachverständige gelten grundsätzlich die gleichen Ausstands- und Ablehnungsgründe, wie sie für Richter vorgesehen sind. Danach ist Befangenheit anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die in objektiver Weise und nicht bloss aufgrund des subjektiven Empfindens der Partei geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit der sachverständigen Person zu erwecken (*BGE 132 V 93 E. 7.1 S. 109 mit Hinweis*). Im Hinblick auf die erhebliche Bedeutung, welche medizinischen Gutachten im Sozialversicherungsrecht zukommt, ist an die Unparteilichkeit der begutachtenden Ärzte ein strenger Massstab anzulegen (*BGE 132 V 93 E. 7.1 S. 110; 120 V 357 E. 3b in fine S. 367 mit Hinweisen*).

Das Expertenverhalten während der Exploration kann objektiv den Anschein von Befangenheit erwecken. Zu denken ist etwa an Äusserungen, welche die Glaubhaftigkeit der Angaben des Exploranden oder der Explorandin zum Gesundheitszustand und zur Selbsteinschätzung der Arbeitsfähigkeit von vornherein mehr oder weniger offen verneinen, abschätzige Bemerkungen persönlicher Natur oder unter Umständen die Art und Weise, wie die Untersuchung durchgeführt wird und in diesem Zusammenhang auch die Dauer der Massnahme (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts U 44/04 vom 26. November 2004 E. 4.2). Die Objektivität der Beurteilung steht auch in Frage, wenn die begutachtende Person von weitgehend sachfremden Kriterien auf Aspekte des Gesundheitszustandes schliesst, welche für die zumutbare Arbeitsfähigkeit von Bedeutung sind (SVR 2007 UV Nr. 26, U 339/06 E. 3.2; vgl. auch *BGE 120 V 357 E. 3b S. 365 ff.*). Schliesslich kann die Abfassung einer medizinischen Expertise in beleidigendem Ton oder sonst auf unsachliche Art und Weise objektiv Zweifel an der Unvoreingenommenheit der sachverständigen Person wecken (Urteil 1P.204/1992 vom 21. Oktober 1992 E. 4a; vgl. auch Urteil 9C_893/2009 vom 22. Dezember 2009 E. 1.2.2 mit Hinweis).

Für die Frage, ob bestimmte Äusserungen oder das Verhalten des Experten oder der Expertin objektiv den Anschein der Befangenheit zu erwecken vermögen, kann allenfalls auch von Bedeutung sein, ob das Verhältnis zwischen der sachverständigen und der zu explorierenden Person angespannt war, ohne dass Anhaltspunkte für ein negatives unkooperatives Verhalten seitens der abzuklärenden Person bestand (vgl. SVR 2007 UV Nr. 26, U 339/06 E. 3.2). Der Umstand, dass ein insbesondere im therapeutischen Kontext wichtiges Vertrauensverhältnis zwischen begutachtendem Arzt und Patient nicht hergestellt werden konnte, lässt jedoch nicht auf Voreingenommenheit schliessen.

Ob bei einer gegebenen Sachlage auf die Voreingenommenheit des Sachverständigen zu schliessen ist, stellt eine vom Bundesgericht frei prüfbare Rechtsfrage dar (Art. 95 BGG; Urteile 8C_802/2007 vom 5. Mai 2008 E. 4 und 9C_846/2007 vom 11. März 2008 E. 4).

(I. sozialrechtliche Abteilung, 8C_905/2011, 6. 6. 2012, N. c. IV-Stelle und Sozialversicherungsgericht des Kanton Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 8 Abs. 2 BV; Nichtwahl zum amtlichen Verteidiger

Für das Mandat der amtlichen Verteidigung ist bedeutsam, dass der Bewerber das Handwerkszeug eines Verteidigers beherrscht beziehungsweise über spezifische berufliche Erfahrung verfügt. Das scheint denn auch der Grund dafür zu sein, dass der Kanton Luzern an der Wahl der amtlichen Verteidiger festhält, da diese eine gewisse Kontrolle erlaubt. Hingegen ist das Kriterium der Parteizugehörigkeit hinsichtlich der Wahl amtlicher Verteidiger sachfremd. Es ist insbesondere nicht einzusehen, weshalb sich in der Gruppe der vom Regierungsrat gewählten amtlichen Verteidiger gewissermassen die gesellschaftlichen bzw. gesellschaftspolitischen Kräfte widerspiegeln müssen, ganz abgesehen davon, dass die amtlichen Verteidiger ohnehin nicht als Gruppe agieren, sondern im jeweils konkreten Fall als Einzelpersonen tätig werden. Im Unterschied zu Richtern haben amtliche Verteidiger nicht die Aufgabe und die Kompetenz, staatliche Entscheide zu fällen. Entscheidend ist, ob ein Anwalt Gewähr dafür bietet, den an das Mandat der amtlichen Verteidigung gestellten Erwartungen gerecht zu werden. Dies hat mit seiner partei- beziehungsweise gesellschaftspolitischen Ausrichtung nichts zu tun. Infolgedessen stellt die Abbildung des Parteiproporz kein öffentliches Interesse dar, das vorliegend eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte. Die Benachteiligung parteiungebundener Anwälte ist diskriminierend und verletzt Art. 8 Abs. 2 BV. [...]

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die am Parteiproporz ausgerichtete Wahl der amtlichen Verteidiger im Kanton Luzern das Diskriminierungsverbot verletzt. Der Regierungsrat wird inskünftig die Wahl im Sinne der vorangehenden Erwägungen bundesrechtskonform handhaben müssen. Die Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV in Bezug auf die Nichtwahl ist förmlich im Dispositiv festzuhalten. Insoweit ist die Beschwerde gutzuheissen. Soweit der Beschwerdeführer darüber hinaus seine Wahl beantragt, ist die Beschwerde abzuweisen. Der Beschwerdeführer hat nicht aufzuzeigen vermocht, dass die Beschränkung der Liste der amtlichen Verteidiger durch den Regierungsrat bundesrechtswidrig ist oder dass ihm aus anderen Gründen ein Anspruch auf Wahl oder auf Durchführung einer weiteren Ergänzungswahl zusteht.

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1C_131/2012, 13. 6. 2012, X. c. Regierungsrat und Verwaltungsgericht des Kantons Luzern; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung Be)

**Art. 32 Abs. 2, Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK, Art. 127 StPO;
Widerruf und Wechsel der amtlichen Verteidigung,
Beizug einer Wahlverteidigung**

Art. 32 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK und Art. 127 StPO garantieren das Recht des Beschuldigten, sich im Strafprozess durch einen Anwalt eigener Wahl verteidigen zu lassen. Das Recht auf freie Verteidigerwahl ist nicht unbeschränkt. Abs. 2 von Art. 127 StPO sieht etwa Schranken für den Fall der Mehrfachvertretung vor, Abs. 5 behält die Verteidigung der beschuldigten Person grundsätzlich Anwälten vor. Das Kantonsgericht erblickt eine weitere Schranke darin, dass dem bereits amtlich verteidigten Beschuldigten die Wahlverteidigung nur unter Nachweis einer gesicherten Finanzierung zu erlauben sei. Es geht davon aus, dass bei

der Zulassung eines Wahlverteidigers der amtliche Verteidiger zwingend zu entlassen sei.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz steht es einem bisher amtlich verteidigten Beschuldigten frei, eine private Verteidigung zu beauftragen (und diese dafür zu entschädigen). In der Regel wird damit zwar das Erfordernis der amtlichen Verteidigung entfallen (Urteil 6B_294/2008 vom 1. September 2008 E. 8.5 mit Hinweisen). Dies ist aber nicht zwingend der Fall. Die gleichzeitige Verteidigung durch einen amtlichen und einen Wahlverteidiger ist nicht ausgeschlossen. Es kann beispielsweise zulässig und geboten sein, einen amtlichen Verteidiger zusätzlich zu einer bereits bestehenden Wahlverteidigung zu bestellen, wenn ein Beschuldigter durch die ständige Bestellung und Abberufung von Verteidigern versucht, das Strafverfahren zu verschleppen (Urteil 1P.493/1999 vom 30. November 1999 E. 3b mit Hinweisen; vgl. auch WOLFGANG PEUKERT, in: Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage 2009, N 300 zu Art. 6 EMRK). Ähnliche Überlegungen gelten, wenn fraglich ist, ob die Finanzierung und damit das Fortbestehen der Wahlverteidigung mindestens bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens gewährleistet ist, zumal wenn die vorangehende Einsetzung einer amtlichen Verteidigung auf der Mittellosigkeit des Beschuldigten beruhte (Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO).

Aus dem Gesagten folgt, dass es in einer Situation wie der vorliegenden angezeigt sein kann, die amtliche Verteidigung nicht zu entlassen, solange die Kosten der Wahlverteidigung nicht bis zum Abschluss mindestens des erstinstanzlichen Verfahrens sichergestellt sind (vgl. NIKLAUS RUCKSTUHL, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2011, N 2 zu Art. 134 StPO). Dagegen stellt es eine Verletzung des Rechts des Beschuldigten auf freie Verteidigerwahl dar, wenn die Verfahrensleitung es ihm von vornherein verwehrt, zusätzlich zum amtlichen einen Wahlverteidiger zu bestellen. Für die vorliegend verfügte Nichtzulassung eines Wahlverteidigers besteht somit keine Rechtsgrundlage.

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B_289/2012/1B_291/2012, 28.6.2012, X. c. Jugendanwaltschaft und Kantonsgericht Basel-Landschaft; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 29 Abs. 3 und Art. 32 Abs. 2 BV, Art. 12 lit. a BGFA, Art. 134 Abs. 2 StPO; Versuchte vorsätzliche Tötung, Verteidigerwechsel

Nach der Praxis des Bundesgerichts zu Art. 29 Abs. 3 und Art. 32 Abs. 2 BV hat der amtlich verteidigte Beschuldigte einen grundrechtlichen Anspruch auf sachkundige, engagierte und effektive Wahrnehmung seiner Parteiinteressen (BGE 126 I 194 E. 3d S. 198). Ein Begehren um Auswechslung des amtlichen Verteidigers ist zu bewilligen, wenn aus objektiven Gründen eine sachgemässe Vertretung der Interessen des Beschuldigten durch den bisherigen Rechtsanwalt nicht mehr gewährleistet ist (BGE 116 Ia 102 E. 4b/aa S. 105 mit Hinweisen). Dass der Beschuldigte ihm lediglich aus subjektiven Motiven das Vertrauen abspricht, reicht für einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Auswechslung des Offizialverteidigers nicht aus (BGE 114 Ia 101 E. 3 S. 104 mit Hin-

weisen). Wird von den Behörden untätig geduldet, dass der amtliche Verteidiger seine anwaltlichen Berufs- und Standespflichten zum Nachteil des Beschuldigten in schwerwiegender Weise vernachlässigt, kann darin eine Verletzung der von Verfassung und EMRK gewährleisteten Verteidigungsrechte liegen (BGE 126 I 194 E. 3d S. 198 f. mit Hinweisen). [...]

Anwältinnen und Anwälte haben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben (Art. 12 lit. a des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte [Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61]). Der Anwalt hat den Klienten insbesondere über Chancen und Risiken des Prozesses aufzuklären (WALTER FELLMANN, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, N 29a zu Art. 12 BGFA; MICHEL VALTICOS, in: Loi sur les avocats, N 21 zu Art. 12 BGFA). Wenn er seinen Mandanten entsprechend informiert und die Konsequenzen einer Bestreitung des Anklagevorwurfs respektive eines Geständnisses aufzeigt, so ist dies Teil der anwaltlichen Fürsorgepflichten und nicht zu beanstanden. Hingegen liess es Rechtsanwalt C. nicht bei dieser Empfehlung an die Adresse seines Mandanten bewenden, sondern legte sie gegenüber der Vorinstanz offen. Dieses Vorgehen stand nicht im Interesse des Beschwerdeführers. Nach Art. 128 StPO ist die Verteidigung in den Schranken von Gesetz und Standesregeln allein den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet (vgl. auch Art. 127 Abs. 3 StPO). Die Verteidigung ist die alleine auf Entlastung gerichtete Interessenvertretung der beschuldigten Person (vgl. BGE 106 Ia 100 E. 6b S. 104 ff.; RUCKSTUHL, a.a.O., N 5 zu Art. 128 StPO; HARARI/ALIBERTI, Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, 2011, N 4 zu Art. 128 StPO; eingehend WOLFGANG WOHLERS, Die Pflicht der Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person, ZStrR 130/2012, S. 55 ff.; PETER ALBRECHT, in: Strafverteidigung, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. 7, 2002, S. 13 ff.). Weiss oder vermutet der Verteidiger, dass sein Mandant trotz der Bestreitung schuldig ist, hat er sich gegenüber den Behörden jeder diesbezüglichen Äusserung zu enthalten. Das Wissen oder die Meinung des Verteidigers hat in jedem Fall vor dem Auftrag zur Verteidigung zurückzutreten (DELNON/RÜDY, Untersuchungsführung und Strafverteidigung, ZStrR 106/1989, S. 53 f.).

(Strafrechtliche Abteilung, 6B_770_2011, 12.7.2012, X. c. Oberstaatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Zürich; Publikation in der AS vorgesehen – Zusammenfassung Be)

■ Verwaltungsrecht/Droit administratif (II)

Art. 17 Abs. 1 lit. a und 12 lit. i BGFA; Berufsausübung

Die Vorinstanz hat die gegen den Beschwerdeführer verhängte Sanktion (Verwarnung) mit der Begründung geschützt, er habe, indem er der Pflicht, seine Honorarrechnung zu detaillieren, zumindest während mehr als einem Jahr nicht nachgekommen sei, gegen die Berufsregel von Art. 12 lit. i BGFA verstossen.

Gemäss Art. 12 lit. i BGFA klären die Anwälte ihre Klientschaft bei Übernahme des Mandates über die Grundsätze ihrer Rech-

nungsstellung auf und informieren sie periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars. Diese Regel findet sich im Wesentlichen auch in Art. 18 Abs. 3 der Schweizerischen Standesregeln vom 10. Juni 2005 und in Ziff. 3.4 des Code de déontologie des avocats européens vom 28. Oktober 1988 [in der Fassung vom 20. August 2007]).

Die Vorinstanz hat festgestellt, aus der Regelung von Art. 12 lit. i BGFA fliesse noch keine Pflicht des Anwalts, in jedem Fall von sich aus detailliert Rechnung zu stellen. Dies ändere jedoch nichts daran, dass der Klient jederzeit eine detaillierte Rechnung verlangen könne und der Anwalt unter Umständen seine Pflichten nach Art. 12 lit. i BGFA verletze, wenn er dieser Aufforderung nicht nachkomme.

Den Ausführungen der Vorinstanz kann gefolgt werden. Auftragsrechtlich verwirkt der Auftraggeber mit der Begleichung der Honorarforderung seine Ansprüche auf Rechenschaftsablegung über die Geschäftsführung und auf Ablieferung allenfalls aus dem Mandat zugekommener Sachen (vgl. dazu Art. 400 Abs. 1 OR) nicht. In Bezug auf die Frage der Detaillierung der Honorarrechnung muss dies umso mehr gelten, als die Vorschriften des BGFA eher strenger sind als die privatrechtlichen Vorschriften (WALTER FELLMANN, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, N 171a zu Art. 12 BGFA). Demgemäss hat der Auftraggeber mit der Bezahlung der Rechnung nicht auf die Detaillierung derselben verzichtet. Der Auftraggeber kann auch nach erfolgter Bezahlung des Honorars noch ein legitimes Interesse an der Detaillierung der Rechnung haben, beispielsweise im Hinblick auf ein weiteres Mandat bei demselben Rechtsanwalt oder zum Vergleich mit Honoraren anderer Anwälte. Indem der Beschwerdeführer der Aufforderung des Auftraggebers nach Detaillierung der Honorarrechnung erst nach mehr als einem Jahr nachgekommen ist, hat er gegen die Berufsregel des Art. 12 lit. i BGFA verstossen.

Die Aussprechung einer Verwarnung, der mildesten Disziplinarstrafe nach Art. 17 Abs. 1 BGFA, erweist sich daher als gerechtfertigt. Die Beschwerde ist diesbezüglich abzuweisen.

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C_133/2012, 18.6.2012, X. c. Aufsichtsbehörde des Kantons Schaffhausen über das Anwaltswesen und Obergericht des Kantons Schaffhausen; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 95 BGG, Art. 60 Abs. 1 ATSG; Invalidenversicherung, Prozessvoraussetzung, Rechtsmittelfrist

Umstritten ist einzig der – die Beschwerdefrist auslösende – Zeitpunkt, in welchem die Verwaltungsverfügung vom 31. Mai 2011 der Versicherten zugegangen ist.

Wann dies erfolgte, ist Tatfrage und daher nur auf offensichtliche Unrichtigkeit und auf Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG überprüfbar. Wie das kantonale Gericht zutreffend dargelegt hat, gilt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit und liegt die (objektive) Beweislast für den Zeitpunkt der Zustellung einer Verfügung bei der Verwaltung, wobei im Falle der Bestreitung des Zustellungsdatums einer uneingeschriebenen Sendung im Zweifel auf die Darstellung des Empfängers abgestellt werden muss (BGE 136 V

295 E. 5.9 S. 309 mit Hinweisen; vgl. auch SVR 2011 IV Nr. 32 S. 93, 9C_791/2010 E. 4.1; je mit Hinweisen).

(I. sozialrechtliche Abteilung, 8C_262/2012, 8.6.2012, R. c. IV-Stelle und Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden; 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. 972 ZGB; Dienstbarkeit, Passivlegitimation

Die beispielhaft aufgezählten Fälle lassen folgende allgemeinen Schlüsse zu:

Die Grundbuchanmeldung und die damit verbundene Einschreibung des Eigentumsübergangs in das Tagebuch beinhalten die materiell-rechtliche Verfügung. Ab diesem Zeitpunkt ist der Veräusserer nicht mehr Verfügungsberechtigter. Das Verfügungsrecht des Erwerbers entsteht gemäss Art. 972 ZGB zwar erst mit der Eintragung in das Hauptbuch (Abs. 1), aber rückwirkend auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch (Abs. 2). Die «Bedeutung der Eintragung» (Marginalie zu Art. 972–974 ZGB) in das Hauptbuch gemäss Art. 972 Abs. 1 ZGB besteht somit im Wesentlichen darin, dass ein gutgläubiger Dritter sich auf die Datierung im Hauptbuch verlassen kann, auch wenn sie unrichtig sein, d.h. vom Datum der entsprechenden Einschreibung in das Tagebuch abweichen sollte (vgl. BGE 74 II 230 E. 3 S. 232; DESCHENAUX, a.a.O., § 29/IV/2a S. 612; SCHMID, a.a.O., N 30 zu Art. 972 ZGB; STEINAUER, a.a.O., N 897a S. 314).

Rechtssicherheit über das Datum des Eigentumswechsels kann ausschliesslich die Einschreibung in das Tagebuch verschaffen. Über diesen Zeitpunkt darf im Zivilprozess keine Ungewissheit bestehen. Eine Veräusserung vor Einleitung des Prozesses bewirkt, dass der Kläger nicht berechtigt ist, den eingeklagten Anspruch im eigenen Namen zu erheben, oder dass der Beklagte nicht die Person ist, gegen die der eingeklagte Anspruch erhoben werden darf, so dass es im einen wie im anderen Fall zu einer Beurteilung des eingeklagten Anspruchs nicht kommen kann (vgl. BGE 114 II 345 E. 3a S. 346; 116 II 253 E. 3 S. 257). Vorbehalten bleibt ein sog. schlichter oder gewillkürter Parteiwechsel, den die Prozessordnungen indessen entweder nicht kennen oder nur mit Zustimmung der Gegenpartei zulassen (vgl. BGE 118 Ia 129 E. 2 S. 130). Eine Veräusserung nach Eintritt der Rechtshängigkeit bewirkt nach allgemeinen Grundsätzen zwar ebenfalls den Verlust der Sachlegitimation, schliesst aber die Beurteilung des eingeklagten Anspruchs nicht aus, wenn und soweit die sog. Einzelrechtsnachfolge im Prozess geregelt ist (vgl. zu den Möglichkeiten: Urteil 5A_91/2009 vom 5. Mai 2009 E. 2 und 3, SZP 2009, S. 355 ff.). Eine Veräusserung vor oder nach Prozessbeginn hat somit unterschiedliche Folgen für die Beurteilung des eingeklagten Anspruchs und muss deshalb zeitlich eindeutig bestimmbar sein. Sicherer Aufschluss über das Datum der Veräusserung gibt die Einschreibung in das Tagebuch, hingegen nicht die Eintragung in das Hauptbuch.

Gegenüber einem Abstellen auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch verbleibt der Einwand, dass eine Grundbuchanmeldung auch abgewiesen werden kann. Dabei handelt es sich indessen um Ausnahmefälle, zumal die kantonale Grundbuchpraxis übertriebenen Formalismus vermeidet und den Entscheid zur Ergänzung von Belegen formlos aufschieben kann (vgl. DESCHENAUX, a.a.O., § 25/V/2 S. 533 ff.; SCHMID, a.a.O., N 18 zu Art. 966 ZGB; STEINAUER, a.a.O., N 856e S. 302 f., mit Hinweisen). Richtig ist auch, dass die zeitliche Rückbeziehung der Eintragung in das Hauptbuch auf die Einschreibung in das Tagebuch zur Folge haben kann, dass sich ein Auszug aus dem Hauptbuch (Art. 967 Abs. 2 ZGB) im Nachhinein als unvollständig erweist, falls im Zeitpunkt seiner Ausfertigung ein Tagebucheintrag noch nicht im Hauptbuch vollzogen ist. Der Gefahr beugen Vorschriften der Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011 (SR 211.432.1) vor. Danach wird im Papiergrundbuch auf dem Hauptbuchblatt darauf hingewiesen, wenn eine Eintragung in das Tagebuch hängig ist (Art. 82 GBV und Art. 26 Abs. 3 der GBV vom 2. Februar 1910 in der Fassung von 1988, AS 1987 II 1600 1602). Auszüge aus dem Hauptbuch enthalten dann einen Hinweis auf die Anmeldungen, die im Tagebuch eingeschrieben, aber noch nicht im Hauptbuch eingetragen sind (Art. 31 Abs. 4 lit. e GBV und Art. 105 Abs. 4 der GBV vom 2. Februar 1910 in der Fassung von 1988, AS 1987 II 1600 1609 f.; vgl. Urteil 5C.232/2003 vom 2. März 2004 E. 2.2, in: ZBGR 86/2005, S. 42).

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A_155/2012, 29.5.2012, X. c. K. AG et al. und Obergericht des Kantons Bern; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung Be)

Art. 137 let. b OJ; Révision

La révision doit permettre de corriger un jugement dont l'état de fait se révèle rétrospectivement incomplet ou inexact, et non pas servir à adapter ce jugement à l'évolution ultérieure des circonstances (ATF 86 II 385 consid. 1 p. 386; 73 II 123 consid. 1 p. 125).

A l'entrée en vigueur de la LTF, il a été précisé que la jurisprudence relative à l'art. 137 let. b OJ, en particulier quant à la notion de faits «nouveaux», gardait en principe toute sa portée (cf. citations). La jurisprudence précitée excluant la révision fondée sur un nouvel avis d'expert (ATF 127 V 353) a aussi été confirmée (cf. citations).

Récemment, le Tribunal fédéral a laissé en suspens la question de savoir si une expertise médicale établie après la décision attaquée pouvait constituer un «nouveau» moyen de preuve justifiant une révision (cf. citations); il a émis de sérieux doutes, vu la lettre claire de l'art. 123 al. 2 let. a in fine LTF excluant les moyens de preuve «postérieurs à l'arrêt» (arrêts 4A_144/2010 du 28 septembre 2010; 9F_9/2007 du 15 septembre 2008).

La doctrine s'intéresse essentiellement à la question de savoir si la découverte de nouveaux moyens d'investigation scientifique peut ouvrir la voie à une révision; les avis sont partagés (cf. citations).

Le requérant doit par ailleurs démontrer qu'il ne pouvait pas invoquer le fait ou le moyen de preuve dans la procédure précédente

malgré toute la diligence dont il a fait preuve. Il faut conclure à un manque de diligence lorsque la découverte d'éléments nouveaux résulte de recherches qui auraient pu et dû être effectuées dans la procédure précédente. L'on n'admettra qu'avec retenue l'existence de motifs excusables, car la révision ne doit pas servir à remédier aux omissions de la partie requérante dans la conduite du procès (cf. citations).

Tout en réitérant les doutes formulés notamment dans l'arrêt 4A_144/2010, il n'est pas nécessaire ici de trancher la question de savoir si une analyse comptable privée établie après une sentence arbitrale constitue un véritable novum propre à exclure d'emblée une requête de révision. Un autre motif appelle la même conclusion.

Le recourant a mis en oeuvre une fiduciaire qui s'est attachée à vérifier si les éléments à disposition du juge arbitre étaient corrects et si la décision avait été prise en connaissance de cause. La mandataire s'est contentée de contrôler les éléments ayant conduit à l'estimation de la part de l'intimé, ainsi que l'évolution des comptes-courants des associés. Elle s'est fondée sur des documents qui étaient tous antérieurs à la sentence, en particulier sur la comptabilité de la société. Elle a conclu que la sentence arbitrale et les expertises mises en oeuvre n'avaient pas tenu compte de la dissolution de réserves latentes lors de l'exercice clôturé au 30 septembre 1989. Comme le souligne le recourant, la fiduciaire a retenu l'hypothèse d'une dissolution de réserves latentes au niveau du poste «débiteurs», qui avait augmenté de 77% entre le 31 mars et le 30 septembre 1989. Un autre poste concerné était celui des «frais payés d'avance», qui avait passé de CHF 0 à CHF 9763. Selon la fiduciaire, l'évolution du chiffre d'affaires brut et du bénéfice d'exploitation corroboraient ses conclusions.

La Chambre des recours paraît certes retenir, en page 16 de son arrêt, que les faits invoqués constituent des «noviter reperta», c'est-à-dire des faits préexistants, découverts seulement après la sentence. De tels faits constituent précisément un motif de révision. Toutefois, la dissolution de réserves latentes ne saurait être considérée en l'occurrence comme un fait nouvellement découvert au sens de l'art. 396 CPC, dès lors qu'elle découle d'une analyse de la comptabilité et de chiffres dont disposaient déjà l'arbitre et les experts. La Chambre des recours a du reste souligné que les «éléments invoqués» à l'appui de la requête «résult[ai]ent tous d'éléments de fait qui existaient au moment de la décision attaquée». Il s'avère ainsi que sur une question qui relève pour l'essentiel de l'appréciation, le recourant cherche à substituer l'opinion d'un nouvel «expert» privé à celle que l'arbitre s'est forgée sur la base de deux expertises et d'un complément d'expertise. Le recourant lui-même admet dans son mémoire que sa mandataire a procédé à une «nouvelle lecture» de documents préexistants. Le rapport produit tire, à partir d'éléments déjà connus, des conclusions autres que le juge arbitre et les experts mis en oeuvre. Il n'apparaît pas que l'appréciation portée dans la procédure précédente ait été faussée par l'ignorance de certains faits. Une telle situation ne saurait constituer un motif de révision, selon la jurisprudence rappelée ci-dessus.

Pour le surplus, l'autorité précédente a reproché à juste titre au recourant de ne pas avoir démontré ce qui l'aurait empêché de requérir une mesure d'instruction ou de produire un rapport privé dans la précédente procédure. Au cours de celle-ci, le recourant a critiqué divers aspects des expertises, en particulier le poste «débiteurs». Comme l'a souligné à bon escient la Chambre des recours, il était loisible au recourant, s'il le jugeait nécessaire, de requérir une nouvelle mesure d'instruction ou de produire un rapport tel que celui déposé en octobre 2011. Le seul fait d'être dépourvu de connaissances comptables et d'avoir été prétendument «mal conseillé» à l'époque ne saurait constituer un motif d'autoriser une nouvelle administration des preuves.

Au vu de ce qui précède, point n'est besoin de s'interroger plus avant sur la force probante du nouveau rapport produit. Au demeurant, le recourant ne taxe pas d'arbitraire l'appréciation portée par la Chambre des recours, qui a émis de sérieux doutes compte tenu du fait que la fiduciaire avait été mandatée par le recourant. Le seul fait que cette mandataire se soit fondée sur les mêmes documents que l'arbitre ne constitue pas un gage d'objectivité.

En bref, le grief de violation de l'art. 396 al. 1 let. a CPC se révèle infondé, étant précisé que le recourant ne critique pas la décision en tant qu'elle rejette ou déclare irrecevables d'autres moyens de révision qu'il avait invoqués.

(1^{re} Cour de droit civil, 4A_105/2012, 28.6.2012, X. c/Y.; arrêt publié dans le RO. – condensé BÜ)

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

Art. 393 CPP; Recours immédiat de la partie plaignante exclue lors des débats

Un courant de doctrine se penche sur le cas spécifique d'une décision d'exclusion de la qualité de partie plaignante prise lors des débats préalablement au jugement au fond. Pour la personne qui se voit dénier la qualité de partie plaignante lors des débats, le procès se termine. Elle ne peut plus participer à la suite des débats. A rigueur de loi, elle ne pourra pas former un appel contre le jugement au fond dès lors qu'elle n'est plus partie à la procédure et qu'elle n'a donc pas qualité pour agir. Dans cette configuration particulière, la voie d'un recours immédiat doit être ouverte (cf. THOMAS MAURER, in: Goldschmid/Maurer/Sollberger (éds), Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, p. 393; ANDREAS J. KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (éds), Kommentar zur StPO, N 19 ad art. 393 CPP). Cette dernière approche doit être suivie.

La décision préalable lors des débats d'exclure la qualité de partie plaignante a une portée particulière. Les effets d'une telle décision ne sont pas susceptibles d'être réparés par la suite. Contrairement à ce que suppose une partie de la doctrine (cf. JEREMY STEPHENSON/GILBERT THIRIET, op. cit., N 13 in fine ad art. 393 CPP), un recours immédiat au Tribunal fédéral contre une telle décision n'est pas ouvert dès lors qu'elle émane

d'une juridiction inférieure et qu'on ne saurait déduire du système légal que le législateur a délibérément opté pour une instance cantonale unique s'agissant d'une décision quant à la qualité de partie plaignante (cf. art. 80 LTF). Par ailleurs, admettre que la personne dont la qualité de partie plaignante a été déniée aux débats puisse ensuite former appel contre le jugement au fond et mettre en cause la décision préalable d'exclusion supposerait aussi une interprétation et un aménagement de la loi puisque précisément l'appel contre le jugement au fond est réservé à la partie qui a participé aux débats de première instance (cf. citations). Le CPP n'offre donc pas de solution satisfaisante et il apparaît que le législateur a omis de tenir compte de la problématique spécifique de l'exclusion de la qualité de partie plaignante lors des débats. Cette lacune proprement dite doit être comblée. Il est préférable qu'une voie de droit immédiate soit ouverte et il se justifie ainsi de prévoir le recours de l'art. 393 al. 1 let. b CPP.

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être admis et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour qu'elle entre en matière sur le recours interjeté devant elle contre la décision rendue le 31 mai 2011 afin de se prononcer sur la qualité de partie plaignante ou non de la recourante.

(Cour de droit pénal, 6B_701/2011, 21.5.2012, X., c/Y. et Z., Ministère public GE; publication de l'arrêt prévue dans le RO. – condensé BÜ)

Art. 135 Abs. 3 lit. a und Art. 396 StPO, § 94 GOG/AG; Entschädigung der amtlichen Verteidigung, Beschwerdefrist

Es trifft zwar zu, dass der Beschwerdeführer verpflichtet war, den Text der StPO zu konsultieren, und diese eine Beschwerdefrist von 10 Tagen statuiert (Art. 135 Abs. 3 lit. a und Art. 396 StPO). Beim Erlass des kantonalen Einführungsgesetzes zur StPO jedoch wurde § 94 GOG/AG, der eine Beschwerdefrist von 20 Tagen vorsieht, nicht aufgehoben. Somit sah sich der Beschwerdeführer zwei sich widersprechenden gesetzlichen Regelungen gegenüber. Deshalb stellt sich die Frage, ob es als grobe prozessuale Unvorsorgfalt zu werten ist, wenn er sich auf die falsche Rechtsmittelbelehrung verliess (Urteil des Bundesgerichts 5A_704/2011 vom 23. Februar 2012 E. 8.3 mit Hinweisen, zur Publikation bestimmt).

Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung ist ohne Konsultation von Rechtsprechung und Literatur nicht klar, dass die StPO keinen Raum mehr für eine kantonale Regelung zulässt. Im Gesetzestext selbst findet sich keine derartige explizite Aussage. Die Vorinstanz zitiert den Basler Kommentar mit Hinweis auf Niklaus Schmid, um aufzuzeigen, dass die StPO eine umfassende und grundsätzlich abschliessende Kodifikation sei. Wenn sie nur «grundsätzlich» abschliessend ist, muss es Ausnahmeregelungen geben. Da gerade Anwaltstarife nach wie vor kantonal geregelt sind, wäre es denkbar, dass auch die Rechtsmittel gegen Entschädigungsentscheide weiterhin kantonalem Verfahrensrecht unterliegen. Nicht abwegig ist eine solche Sicht der Dinge jedenfalls im Kanton Aargau, der im Zusammenhang mit der StPO sein Gerichtsorganisationsgesetz revidiert und dabei die 20-tägige Frist

für die Anfechtung von Entschädigungsentscheiden beibehalten hat. Dass es sich dabei um ein Versehen handelt, ergibt sich erst nach einem Blick in Rechtsprechung und Literatur. Dem Beschwerdeführer kann somit nicht vorgeworfen werden, er habe

sich grob unsorgfältig verhalten, als er auf die falsche Rechtsmittelbelehrung der zuständigen Behörde vertraute.

(Strafrechtliche Abteilung, 6B_4/2012, 12.6.2012, X. c. Obergericht des Kantons Aargau; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

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 Juli- und die August-Ausgaben 2012 der **Praxis** Übersetzungen der unten aufgeführten BGE ins Deutsche.

BGE	Praxis	Gegenstand
138 I 49	Nr. 72	Berufungsfrist gegen einen im beschleunigten Verfahren nach bisherigem kantonalen Recht ergangenen Entscheid betr. vorsorgliche Massnahmen; falsche Rechtsmittelbelehrung
138 I 97	Nr. 85	Anspruch auf einen Verteidiger; Schweigerecht und Anspruch auf Belehrung über dieses; Treu und Glauben
137 II 409	Nr. 73	Vom Bundesrat verbindlich erklärte Berufsbildungsbeiträge; Entscheidungskompetenz der Organisationen der Arbeitswelt
138 II 70	Nr. 86	Konzessionsabgabe für den gesteigerten Gemeingebrauch nach Art. 14 EG/TI StomVG
138 II 105	Nr. 88	Grundstücksgewinn; Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung; Begriff der dauernd und ausschliesslich selbstgenutzten Wohnliegenschaft
137 III 614	Nr. 74	Wirkungen vorsorglicher Massnahmen bei Abschluss des Scheidungsprozesses ohne Urteil; Abgrenzung der Zuständigkeiten von Massnahmengericht und Eheschutzgericht
138 III 41	Nr. 80	Kantonale Vorinstanzen des Bundesgerichts bei der Anfechtung von Zwischenentscheiden; übergangsrechtliche Behandlung solcher Entscheide
138 III 44	Nr. 77	Einrede fehlenden neuen Vermögens. Zulässigkeit der Beschwerde an das Bundesgericht
138 III 46	Nr. 93	Gesuch um vorsorgliche Beweisführung; eigenständiges Verfahren; Zwischenentscheid

BGE	Praxis	Gegenstand
138 III 49	Nr. 75	Verhältnis der Bestimmungen des schweizerischen Privatrechts über den Schutz vor Immissionen zum kantonalen öffentlichen Baurecht
138 III 67	Nr. 76	Gültigkeit eines Konkurrenzverbotes (Arbeitsvertrag)
138 III 107	Nr. 90	Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes; Abänderung eines Gesamtarbeitsvertrages
138 III 130	Nr. 92	Rechtsvorschlag wegen fehlenden neuen Vermögens, Erschöpfung der kantonalen Instanzen
138 III 132	Nr. 89	Definitive Rechtsöffnung; Urteil betr. definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts als Rechtsöffnungstitel?
138 IV I	Nr. 81	Beweis der verbrecherischen Herkunft von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation bei der Geldwäscherei
138 IV 65	Nr. 97	Nichtbewährung, Rückversetzung des bedingt Entlassenen; Durchführbarkeit von Bewährungshilfe und Weisungen
138 IV 70	Nr. 94	Wahlfälschung. Ausfüllen von Wahl- oder Stimmzettel für Dritte
138 V 67	Nr. 84	Ergänzungsleistungen; Betrag für persönliche Auslagen; Bundesrechtswidrigkeit einer kantonalen Bestimmung
138 V 131	Nr. 98	Leistungspflicht für eine Brustrekonstruktion (Präzisierung der Rechtsprechung gemäss BGE 111 V 229)
Die Praxis – 101. Jg. 2012 – ISSN 1017–8147 – erscheint monatlich; www.legalis.ch .		

Der SAV teilt mit La FSA vous informe

SAV-Praxislehrgang für Anwaltspersonal

Nach erfolgreicher Erstdurchführung findet nun bereits zum zweiten Mal der SAV-Praxislehrgang für Anwaltspersonal statt. Der 1. Teil dieses zweiteiligen Kurses zur Einführung in die Aufgaben von Anwaltssekretärinnen und -sekretären findet vom 8. bis 10. November in Aarau statt. Der 2. Teil wird nächstes Jahr am 7. und 8. Juni 2013 in Luzern durchgeführt. Weitere Informationen sowie das Anmeldeformular für das Modul 1 finden Sie unter www.sav-fsa.ch, Rubrik «Veranstaltungen».

News «Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV»

Spezialisierungskurs im Bau- und Immobilienrecht

Ab November 2013 führt das Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg in Zusammenarbeit mit dem Schweizerischen Anwaltsverband den fünften Spezialisierungskurs im Bau- und Immobilienrecht durch. Dieser einjährige Kurs bietet eine intensive, interaktive Auseinandersetzung mit Fragen aus dem gesamten (privaten und öffentlichen) Bau- und Immobilienrecht. Das erfolgreiche Bestehen der schriftlichen Prüfungen führt zum Erwerb des «Certificate of Advanced Studies Bau- und Immobilienrecht (Construction and Real Estate Law)», das vom Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg verliehen wird.

Die Details (Zulassungsvoraussetzungen, Absenzenreglement, Kursgebühren, Kursthemen, Kursdaten, etc.) sowie das Anmelde- und Fallbeschreibungsförmular finden Sie auf unserer Website www.fachanwalt.sav-fsa.ch unter der Rubrik «Ausbildung».

Anmeldeschluss ist der 31. Mai 2013.

Kongress des Verbandes der Europäischen Rechtsanwaltskammern vom 11. bis 13. Oktober 2012 in Genf

Der nächste Kongress des FBE findet vom 11. bis 13. Oktober 2012 in Genf statt. Er ist den Themen der Geldwäscherei und der Selbstregulierung der Anwaltschaft gewidmet.

Weitere Informationen sowie das Anmeldeförmular finden Sie auf der Webseite des FBE unter www.fbe.org.

SAV-Mediationsausbildung

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

Datum:	8. November 2012
Zeit:	ca. 08.45 bis ca. 17.45 Uhr
Ort:	Kursaal, Bern
Anzahl Teilnehmende:	24 (Mindestteilnehmerzahl: 16 Personen)

Teilnahmeberechtigung:

Absolvierte Mediationsausbildung gemäss Reglement

(Basis Reglement Mediator SAV/Mediatorin SAV und Weisungen über die Anerkennung von Mediationsausbildungen)

Kurssprache:

Deutsch und Französisch

Kurskosten:

CHF 550.– (inkl. Verpflegung)

Kursunterlagen:

Die Unterlagen werden während der Ausbildung abgegeben.

Das Anmeldeförmular zur SAV-Ausbildung kann beim Sekretariat des Schweizerischen Anwaltsverbandes (Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, E-Mail: info@sav-fsa.ch) oder online unter mediation.sav-fsa.ch bezogen werden.

Congrès de la Fédération des Barreaux d'Europe du 11 au 13 octobre 2012 à Genève

Le prochain congrès de la FBE se tiendra à Genève du 11 au 13 Octobre 2012, au palais de l'athénée.

Le thème stage du jeudi, 11 Octobre 2012, sera consacré à une étude comparée de la profession (questions pratiques relatives aux Directives 77/249: 98/5) sur blanchiment de capitaux et les obligations spécifiques qui en découlent aux avocats européens ainsi qu'aux évolutions de la formation des avocats en Europe.

La réunion intermédiaire du vendredi, 12 octobre 2012, traite les questions autour du sujet de l'autorégulation de la profession d'avocat, notamment l'indépendance des Barreaux et des avocats, la question de savoir si l'autorégulation est un droit ou un devoir ainsi que les avantages et les inconvénients de l'autorégulation de la profession d'avocat.

Vous trouverez le programme détaillé et le formulaire d'inscription pour le congrès et le logement sur le site du FBE: www.fbe.org.

Formation Médiateur/Médiatrice FSA

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

Dates:	8 novembre 2012
Heures:	08h45 environ à 17h45 environ
Lieu:	Au Kursaal à Berne
Nombre de participants:	24 par cours (nombre de participants minimaux: 16 personnes)
Prérequis:	Formation à la médiation accomplie conformément au règlement (le règlement Médiateur FSA/Médiatrice FSA et les directives pour la reconnaissance des formations à la médiation servent de base)

Langues: Allemand et français, selon les inscriptions
Coûts de la formation: CHF 550.– (repas inclus)
Documentation: La documentation sera remise durant le cours.

Vous pouvez obtenir le formulaire d'inscription auprès du secrétariat de la Fédération Suisse des Avocats (tél. 031 313 06 06, fax 031 313 06 16, e-mail info@sav-fsa.ch) ou directement sous: mediation.sav-fsa.ch. ■

Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

Zivilrecht/Droit civil

31.10.2012	Urteilsfähigkeit	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch
14.11.2012	Neues Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Workshop	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Geschäftsstelle, Sandra Strauss, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 043 541 17 17, Fax 043 541 17 74, sjwz@sjwz.ch , www.sjwz.ch

Handelsrecht

31.10.2012	St. Galler Aktienrechtsforum 2012	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch
14.9.2012	Recht aktuell Forum: Joint Ventures Rechtliche Rahmenbedingungen einer erfolgreichen Unternehmenspartnerschaft	Basel	Juristische Fakultät der Universität Basel, Koordinationsstelle «Recht aktuell», Claudia Jeker/Esther Reymann, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 19, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch , www.recht-aktuell.ch
5.10.2012	Akteneinsicht in Kartellverfahren?	Basel	Juristische Fakultät der Universität Basel, Koordinationsstelle «Recht aktuell», Claudia Jeker/Esther Reymann, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 19, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch , www.recht-aktuell.ch
6.11.2012	Journée 2012 de droit bancaire et financier	Genève	Université de Genève, Centre de droit bancaire et financier, M. Gervais Muja, 1211 Genève 4, Tél. 022 379 86 52, Fax 022 379 86 62, gervais.muja@unige.ch , www.unige.ch/cdbf

Zivilprozessrecht/SchKG/Code de procédure civile/LP

Oktober 2012	Aufbaukurs Familienmediation	Konstanz	Konstanzer Schule für Mediation, Marktstätten 15, D-78462 Konstanz, Tel. +49 (0) 7531/819430, Fax +49 (0) 7531/819431, info@ksfm.de , www.ksfm.de
Oktober 2012	Aufbaukurs Mediation in Wirtschaft und Arbeitswelt	Konstanz	Konstanzer Schule für Mediation, Marktstätten 15, D-78462 Konstanz, Tel. +49 (0) 7531/819430, Fax +49 (0) 7531/819431, info@ksfm.de , www.ksfm.de
Oktober/November 2012	Herbstkurs Mediation 2012	Konstanz	Konstanzer Schule für Mediation, Marktstätten 15, D-78462 Konstanz, Tel. +49 (0) 7531/819430, Fax +49 (0) 7531/819431, info@ksfm.de , www.ksfm.de
2.11.2012	Recht aktuell: Die Schweizerische ZPO in der Praxis	Basel	Juristische Fakultät der Universität Basel, Koordinationsstelle «Recht aktuell», Claudia Jeker/Esther Reymann, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 19, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch , www.recht-aktuell.ch
15.11.2012	Zivilprozess – hochaktuell	Zürich	PraxiZ, Praxisinstitut für Zivilprozess und Zwangsvollstreckung, Seefeldstrasse 19, 8032 Zürich, Tel. 044 250 29 29, info@praxiZ.ch
12.–14.12.2012	Verhandlungsseminar für Mediatoren	Konstanz	Konstanzer Schule für Mediation, Dr. Elke Müller, Marktstätte 15, D-78462 Konstanz, Tel. 0049 (0) 7531 819430, Fax 0049 (0) 7531 819431, info@ksfm.de , www.ksfm.de
Februar/März 2013	Winterkurs Mediation 2013	Konstanz	Konstanzer Schule für Mediation, Dr. Elke Müller, Marktstätte 15, D-78462 Konstanz, Tel. 0049 (0) 7531 819430, Fax 0049 (0) 7531 819431, info@ksfm.de , www.ksfm.de
7.3.2013	Zivilprozess – Fallstricke und Chancen	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch
15.–16.04.2013	Kurz-Zeit-Mediation	Konstanz	Konstanzer Schule für Mediation, Dr. Elke Müller, Marktstätte 15, D-78462 Konstanz, Tel. 0049 (0) 7531 819430, Fax 0049 (0) 7531 819431, info@ksfm.de , www.ksfm.de

Öffentliches Recht/Droit public

17.10.2012	Formazione di base legge sul riciclaggio di denaro (LRD)	Lugano	OAD FSA/FSN, Markgasse 4, 3011 Berna, Tel.: 031 313 06 00; Iscrizione: http://www.sro-sav-snv.ch/lit/04_aus_weiterbildung/02_seminare.htm
17.10.2012	Formazione continua legge sul riciclaggio di denaro (LRD)	Lugano	OAD FSA/FSN, Markgasse 4, 3011 Berna, Tel.: 031 313 06 00 Iscrizione: http://www.sro-sav-snv.ch/lit/04_aus_weiterbildung/02_seminare.htm
22.10.2012	Immobilienrecht – Verfahrensrechtliche Aspekte	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch
31.10.2012	Grundausbildung Geldwäschereigesetz (GwG)	Zürich	SRO SAV/SNV, Markgasse 4, 3011 Bern, Tel.: 031 313 06 00 Anmeldung: http://www.sro-sav-snv.ch/de/04_aus_weiterbildung/02_seminare.htm
31.10.2012	Weiterbildung Geldwäschereigesetz (GwG)	Zürich	SRO SAV/SNV, Markgasse 4, 3011 Bern, Tel.: 031 313 06 00 Anmeldung: http://www.sro-sav-snv.ch/de/04_aus_weiterbildung/02_seminare.htm
9.11.2012	Verwaltungsstrafverfahren	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch
14.11.2012	Formation continue loi sur le blanchiment d'argent (LBA)	Genève	OAR FSA/FSN, Markgasse 4, 3011 Bern, Tél.: 031 313 06 00 Inscription: http://www.sro-sav-snv.ch/fr/04_aus_weiterbildung/02_seminare.htm
20.11.2012	St. Galler Tagung zum öffentlichen Personalrecht	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch
21.11.2012	Novembertagung zum Sozialversicherungsrecht	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch
28.11.2012	Weiterbildung Geldwäschereigesetz (GwG)	Basel	SRO SAV/SNV, Markgasse 4, 3011 Bern, Tel.: 031 313 06 00 Anmeldung: http://www.sro-sav-snv.ch/de/04_aus_weiterbildung/02_seminare.htm

7.12.2012	Recht aktuell: Verbandsklagen in Gleichstellungsprozessen	Basel	Juristische Fakultät der Universität Basel, Koordinationsstelle «Recht aktuell», Claudia Jeker/Esther Reymann, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 19, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch , www.recht-aktuell.ch
-----------	---	-------	---

Diverses/Divers

4.10.2012	Tagung «Management von Anwaltskanzleien»	Zürich	Universität St. Gallen, Executive School of Management, Technology and Law (ES-HSG)
5.–6.11.2012	23. Internationales Europa Forum Luzern Globale Machtverschiebung in Wirtschaft und Politik	Luzern	Europa Forum Luzern, Horwerstrasse 87, 6005 Luzern, Tel. 041 318 37 87, Fax 041 318 37 10, info@europa-forum-luzern.ch , www.europa-forum-luzern.ch
20.11.2012	St. Galler Internationaler Erbrechtstag	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch
13.–19. Januar 2013	Cours de perfectionnement pour praticiens en droit international public et privé, 9 ^{ème} session/Les immunités en droit international public et privé	La Haye (NL)	Inscriptions: http://www.hagueacademy.nl/?autresprogrammes/cours-de-perfectionnement , programme général: http://www.hagueacademy.nl/?autresprogrammes/cours-de-perfectionnement , questions: hague-academy@unifr.ch

