

# 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

11-12/2012

## THEMA / QUESTION DU JOUR

Christian M. Reiser

«Point de presse» sur le secret de l'avocat

Adrian Rufener

Bundesgericht bejaht Zulässigkeit der Anwalts-AG

## ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU

Tom Frey

Beweisvereitelung und ihre Rechtsfolgen

Jeremy Reichlin

Le contentieux des mesures «ex parte» en droit suisse

Wolfgang Straub

«Durchklick»: Was bringt die IT in der Anwaltskanzlei? (Teil 1)

Wolfgang Straub

«Clic informatique»: qu'apportent l'informatique et les nouvelles technologies dans les études d'avocats (1<sup>re</sup> partie)

## ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT

Ernst Staehelin

Direkte Zustellung von Rechtsschriften an den Anwalt der Gegenpartei

**Editorial**

Beat von Rechenberg Im Fokus des Vorstands/Le point de mire du Conseil de la FSA ■ 491

**Thema/Question du jour**

Christian M. Reiser «Point de presse» sur le secret de l'avocat ■ 495

Adrian Rufener Bundesgericht bejaht Zulässigkeit der Anwalts-AG ■ 500

**Anwaltspraxis/Pratique du barreau**

Tom Frey Beweisvereitelung und ihre Rechtsfolgen ■ 507

Jeremy Reichlin Le contentieux des mesures «ex parte» en droit suisse ■ 513

Wolfgang Straub «Clic informatique»: qu'apportent l'informatique et les nouvelles technologies dans les études d'avocats (1<sup>re</sup> partie) ■ 516

Wolfgang Straub «Durchklick»: Was bringt die IT in der Anwaltskanzlei? (Teil 1) ■ 521

**Rechtsprechung/Jurisprudence**

■ 526

**Anwaltsrecht/Droit de l'avocat**

Ernst Staehelin Direkte Zustellung von Rechtsschriften an den Anwalt der Gegenpartei ■ 532

**SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux**

■ 535

**Agenda**

■ 538

**Impressum**

**Anwaltsrevue/Revue de l'avocat**  
15. Jahrgang 2012/15<sup>e</sup> 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/Edité par**  
Helbing Lichtenhahn Verlag  
Schweizerischer Anwaltsverband/  
Fédération Suisse des Avocats

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

**Verlag und Redaktion/  
Edition et rédaction**  
Helbing Lichtenhahn Verlag  
Lektorat Zeitschriften  
Graziella Gut, 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/Sécrétariat FSA**  
Marktgasse 4, Postfach 8321  
CH-3001 Bern  
Tel. 031 313 06 06  
Tel. 031 313 06 16  
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/Etudiants: 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 Abonnementperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. / La résiliation de l'abonne-

ment pour une nouvelle période doit être communiqué 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 Verlags./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.



## Im Fokus des SAV-Vorstands

### Bundeshaus und SAV

Am 28. September 2012, dem letzten Tag der Herbstsession, hat das Parlament zwei wichtige Anliegen der Anwaltschaft erfüllt:

Mit der neuen ZPO und StPO wird die Anwaltskorrespondenz selbst dann für geschützt erklärt, wenn sie sich in den Händen der Klientschaft oder eines Dritten befindet, und unabhängig davon, ob im Zeitpunkt der Entstehung der Korrespondenz schon ein Verfahren hängig ist.<sup>1</sup> Auf Initiative des SAV wird fortan dieser Grundsatz nicht nur in den kantonalen Verfahren, sondern auch für alle Verfahren des Bundes gelten. Die Anpassung der Bundesprozessrechte ist am 28. September vom Parlament verabschiedet worden<sup>2</sup> und sollte nach Ablauf der Referendumsfrist vom 17. Januar 2013 bis spätestens zur Jahresmitte 2013 in Kraft gesetzt werden. Noch mit Entscheid vom 27. März 2012 hatte das Bundesstrafgericht den erweiterten Schutz in einem

<sup>1</sup> Vgl. Art. 160 ZPO und Art. 264 StPO.

<sup>2</sup> [www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20123372](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20123372), besucht am 8. November 2012.

Kartellverfahren, d.h. für das Verwaltungsstrafverfahren des Bundes, abgelehnt.<sup>3</sup> Dieses restriktive Urteil ist nun also überholt.

Ebenfalls am 28. September 2012 wurde die Motion Karl Vogler vom Nationalrat ohne Gegenstimme überwiesen: Mit dieser vom Bundesrat zur Annahme empfohlenen Motion wird die Bundesverwaltung beauftragt, dem Parlament ein Anwaltsgesetz vorzulegen, das den Anwaltsberuf in seiner Gesamtheit regelt.<sup>4</sup> Einen entsprechenden Entwurf hat der SAV mit Unterstützung aller kantonalen Verbände im Februar 2012 dem Bundesamt für Justiz vorgelegt. Er ist abrufbar unter [www.sav-fsa.ch](http://www.sav-fsa.ch).

*Beat von Rechenberg*

*Präsident des Schweizerischen Anwaltsverbandes*

<sup>3</sup> Urteil BStGer BE. 2011.6, vgl. dazu im Detail: FRANZ HOFFET, Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses im Verfahrensrecht des Bundes, *Anwaltsrevue* 5/2012, S. 224 ff.

<sup>4</sup> [www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4905/391971/d\\_n\\_4905\\_391971\\_392282.htm](http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4905/391971/d_n_4905_391971_392282.htm), besucht am 8. November 2012.

## Le point de mire du Conseil de la FSA

### Parlement fédéral et FSA

En date du 28 septembre 2012, dernier jour de la session d'automne, le Parlement a répondu favorablement à deux souhaits importants de notre profession:

Les nouveaux CPC et CPP garantiront plus efficacement le secret de la correspondance de l'avocat. Celle-ci sera protégée même si elle se trouve en mains du client ou d'un tiers, y compris si une procédure était déjà pendante.<sup>1</sup> Sur l'initiative de la FSA, ce principe s'applique désormais non plus aux seules procédures cantonales, mais à toutes les procédures fédérales. Le Parlement a voté cette modification le 28 septembre 2012<sup>2</sup>, de sorte qu'on peut s'attendre, après l'expiration du délai référendaire le 17 janvier 2013, à une entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2013 au plus tard. Dans une décision cartellaire du 27 mars 2012<sup>3</sup> et basée sur le

<sup>1</sup> Cf. art. 160 CPC et 264 CPP.

<sup>2</sup> [www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20123372](http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20123372), consulté le 8 novembre 2012.

<sup>3</sup> Décision du TPF BE. 2011.6. Pour plus de détails, cf. FRANZ HOFFET, Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses im Verfahrensrecht des Bundes, *Revue de l'avocat* 5/2012, p. 224 ss.

droit pénal administratif fédéral, le Tribunal pénal fédéral avait encore rejeté le droit à cette protection étendue. Cette jurisprudence restrictive est donc aujourd'hui dépassée.

Toujours le 28 septembre 2012, le Conseil national a accepté sans opposition la motion Karl Vogler. L'administration fédérale, par cette motion également soutenue par le Conseil fédéral, est chargée de soumettre au Parlement un projet réglant tous les aspects de la profession d'avocat.<sup>4</sup> Pour mémoire, la FSA, avec le soutien de tous les Ordres cantonaux, avait transmis à l'Office fédéral de la justice en février dernier un projet de loi dans ce sens. Vous le trouverez sous [www.sav-fsa.ch](http://www.sav-fsa.ch).

*Beat von Rechenberg*

*Président de la FSA*

<sup>4</sup> [www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4905/391971/d\\_n\\_4905\\_391971\\_392282.htm](http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4905/391971/d_n_4905_391971_392282.htm), consulté le 8 novembre 2012.







Christian M. Reiser\*

## «Point de presse» sur le secret de l'avocat

**Mots clés:** Secret professionnel, levée de scellés, sociétés d'avocats, levée du secret, droits procéduraux du client

*Parlementaire et judiciaire, l'actualité récente touchant au secret professionnel de l'avocat mérite un bref arrêt sur images illustré en quatre tableaux.*

### 1. L'adaptation et l'harmonisation des dispositions de procédure relatives au secret professionnel

#### 1.1 Le processus législatif

Avec l'entrée en vigueur des nouveaux codes fédéraux de procédure civile et pénale au 1<sup>er</sup> janvier 2011, la protection du secret professionnel de l'avocat (dont les fondements – faut-il le rappeler – résultent des art. 321 CP et 13 LLCA) trouvait sa traduction procédurale: la correspondance de l'avocat, de même que tous les objets et documents produits par l'avocat dans le cadre de son activité professionnelle, quelque soit le moment où ils ont été élaborés, ne sauraient être séquestrés, pas plus que leur production en justice ne peut être exigée (art. 160 al. 1 let. b CPC; art. 264 al. 1 CPP).

Constatant rapidement l'impérieuse nécessité d'une cohérence procédurale, la Commission des affaires juridiques du Conseil national invitait à une harmonisation avec ces deux codes de toutes les normes fédérales de procédure<sup>1</sup>. Le Conseil fédéral présentait ainsi le 26 octobre 2011 déjà un Message en vue de l'adaptation des dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats.<sup>2</sup> L'objectif recherché tendait à:

- harmoniser les dispositions du CPC et du CPP s'agissant de la terminologie;
- supprimer – malgré l'avis contraire du Tribunal fédéral<sup>3</sup> – l'incongruité<sup>4</sup> de l'art. 264 al. 1 let. a et let. c CPP qui ne protège que la correspondance entre le prévenu et son défenseur, mais pas celle entre une tierce personne impliquée dans la procédure (la partie plaignante, le lésé, les témoins, etc.) et son conseil;
- adapter les règles d'autres procédures soumises au droit fédéral, en particulier la loi sur la procédure administrative (art. 13 et 17 PA), la loi sur les cartels (art. 40 LCart), la loi sur le droit

pénal administratif (art. 46 al. 3 DPA) et enfin le code de procédure pénale militaire (art. 63 PPM);

- l'octroi aux conseils en brevet d'un statut identique à celui des avocats en matière de secret professionnel dans le cadre de l'exercice de leurs mandats spécifiques par devant le Tribunal fédéral des brevets (art. 29 al. 2<sup>bis</sup> LTFB)<sup>5</sup>.

#### 1.2 Les améliorations et clarifications apportées

Ces modifications ont été largement approuvées par les Chambres fédérales et les modifications législatives ont ainsi été publiées le 9 octobre 2012.<sup>6</sup> Cette harmonisation des normes du CPC et du CPP et son extension à d'autres procédures de droit fédéral constituent une indéniable clarification de la portée du secret de l'avocat.

En premier lieu, il convient de souligner l'extension – ou faut-il dire le rétablissement? – de la protection accordée par la nouvelle disposition de l'art. 264 al. 1 let. d CPP aux objets et documents s'inscrivant dans la relation professionnelle entre un «autre participant à la procédure» au sens de l'art. 105 CPP et son avocat pour autant que ce dernier soit autorisé à pratiquer la représentation en justice conformément à la LLCA. La protection de confidences n'a pas à dépendre du possible statut procédural du client de l'avocat; bien au contraire, ce n'est qu'à la condition qu'il ait la certitude que le silence absolu sera respecté en toutes circonstances par son avocat que le justiciable pourra obtenir de ce dernier les conseils appropriés aux fins de préserver ses intérêts légitimes.

Une deuxième clarification mérite d'être soulignée, soit celle – loin d'être innocente – liée à la terminologie. Si dans leur teneur au 1<sup>er</sup> janvier 2011, le CPC et le CPP protègent la «correspondance», le législateur a voulu par les nouvelles formulations légales empêcher toute interprétation restrictive de ce terme en utilisant désormais le terme «document». Le Message expose clairement la volonté de ne pas limiter la protection légale aux lettres et courriers électroniques, mais bien au contraire de l'étendre à «toutes les autres pièces afférentes aux contacts entre la partie ou le tiers et son avocat».<sup>7</sup> Sont protégés «les objets et documents établis par l'avocat lui-même, son client ou un tiers dans le cadre d'un mandat professionnel de représentation», ce qui inclut non seulement la correspondance échangée, mais également les notes prises par l'avocat, les expertises juridiques faites avant procédure, les pro-

\* Avocat au barreau de Genève, ancien président de la Commission du barreau.

1 Motion 09.3362.

2 Message concernant la loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats du 26 octobre 2011, FF 2011, 7509 ss. (ci-après Message).

3 Message, ch. 3.7, FF 2011, 7515; Jusletter 31 octobre 2011 [Rz 3].

4 Le Message parle, lui, d'une «incongruence» (FF 2011, 7516), formule inconnue du Littré, relevant peut-être du français fédéral, mais néanmoins compréhensible.

5 Sur ce sujet, voir les interventions de la Conseillère aux Etats Anne Seydoux-Christe (BO 2012 E 221 du 14 mars 2012) et du Conseiller national Christian Lüscher (BO 2012 N 1197 et 1198 du 14 juin 2012).

6 RO 2012, 7589 ss (délai référendaire au 17 janvier 2013).

7 Message, FF 2011, 7512 et 7515 ch. 3.5.

cès-verbaux d'entretien, les documents stratégiques, les projets de contrat ou d'arrangement, etc.<sup>8</sup>

Il doit être retenu que le législateur – conscient de sa nécessité et de son importance – a ainsi confirmé, voire même renforcé, la protection qu'il entend accorder au secret professionnel de l'avocat. Ce constat confirme une tendance déjà décrite en doctrine qu'illustre également la jurisprudence du Tribunal fédéral protégeant fermement les confidences faites à l'avocat dans son activité typique, soit la représentation en justice et le conseil juridique<sup>9</sup>. Ce qui conduit à rappeler que l'activité atypique de l'avocat ne bénéficie pas de la protection des art. 321 CP et 13 LLCA et, par conséquent, des normes procédurales précitées. Le champ d'activité exclu de la protection, tel que cité par le Message<sup>10</sup>, comporte la gestion de fortune<sup>11</sup>, les mandats au sein de conseils d'administration<sup>12</sup>, la direction ou le secrétariat d'associations professionnelles, le courtage, la médiation et les mandats d'encaissement<sup>13</sup>; si cette liste n'est pas exhaustive, elle n'est pas exempte de discussions<sup>14</sup>. A l'heure où la place financière suisse vit l'agonie du secret bancaire, l'avocat se gardera en toutes circonstances de mettre en danger son propre secret en le galvaudant et le revendiquant à tort dans des activités atypiques<sup>15</sup>.

### 1.3 Le secret n'est pas limité à l'activité judiciaire

Les débats parlementaires auront permis de régler une question susceptible d'ouvrir d'inutiles controverses relatives à des velléités de limitation de la protection du secret aux seuls mandats judiciaires de l'avocat. Les débats au Conseil des Etats ont permis une clarification sans équivoque par la voix de la Conseillère fédérale en charge du Département de la Justice, laquelle a confirmé le maintien de la pratique actuelle, relevant encore que si l'activité de conseil doit avoir un certain rapport de connexité avec le monopole de représentation des avocats, ce critère peut être examiné de manière assez large<sup>16</sup>. Le secret professionnel

de l'avocat dans son activité de conseil est ainsi – au besoin – confirmé.

### 1.4 La traduction procédurale

La question de l'application pratique des principes procéduraux en cas de saisie de documents dont la confidentialité liée au secret de l'avocat est incertaine n'ayant pas fait l'objet de précisions particulières, les principes préexistants à ces modifications législatives conservent leur entière pertinence. En particulier, dans l'hypothèse où après «un examen rapide et sommaire» desdits documents une contestation demeure, la mise sous scellés s'impose et la controverse devra être tranchée par un tribunal indépendant.<sup>17</sup> La règle fondamentale demeure intangible: l'ensemble des documents (correspondance, e-mails, notes, mémos, projets d'actes, avis de droit, etc.) élaborés dans le contexte d'un mandat typique d'avocat – interprété de manière assez large ne se limitant pas à une pure activité judiciaire – est totalement protégé par le secret.

## 2. De l'actualité du secret dans le domaine de la fiscalité

### 2.1 Le secret de l'avocat dans la LAAF

Lors de sa session d'automne 2012, le Parlement fédéral a adopté la loi sur l'assistance administrative fiscale (LAAF), destinée à réglementer procéduralement cette dernière dans l'application des conventions en vue d'éviter les doubles impositions et aux autres conventions internationales (CDI) prévoyant un échange de renseignement en matière fiscale.<sup>18</sup> Cette adaptation de la législation a été rendue nécessaire par la volonté du Conseil fédéral d'appliquer le standard de l'OCDE relatif à l'assistance administrative en matière fiscale énoncé à l'art. 26 du Modèle de convention de l'OCDE, décision ayant conduit à la modification des CDI existantes ainsi que la conclusion de nouvelles conventions.<sup>19</sup>

Dans un souci de cohérence avec l'adaptation en cours des dispositions relatives au secret professionnel des avocats dans les différentes lois de procédure fédérales, le législateur a adopté une disposition – correspondant à l'art. 26 § 3 let. c du Modèle de Convention OCDE – qui protège le secret de l'avocat dans les termes suivants:

Art. 8 LAAF  
(...)

6. Les avocats qui sont autorisés à pratiquer la représentation en justice aux termes de la Loi du 23 juin 2000 sur les avocats (LLCA) peuvent refuser de remettre des documents et des informations qui sont couverts par le secret professionnel.

8 Si le Message cite les notes prises par l'avocat (FF 2011, 7512), il ne limite pas la protection à elles seules; il n'y a effectivement aucune raison de ne pas protéger également les notes prises par le client lui-même lors de ses entretiens avec son avocat.

9 B. CHAPPUIS, De l'opacité à la transparence, quelle place pour le secret de l'avocat?, in: *Transparence et secret dans l'ordre juridique*, Genève 2010, p. 286. Pour la jurisprudence, cf. ATF 135 III 597 s'agissant du dernier arrêt de principe incontournable.

10 Message, FF 2011, 7512, avec renvoi à la jurisprudence du Tribunal fédéral ATF 132 II 103 consid. 2.1 (le consid. 4.4.3. n'est pas sans intérêt non plus lorsqu'il souligne que «dans la mesure où il s'agit de préserver le secret professionnel (...) celui-ci est entièrement sauvegardé lorsque l'avocat (...) se concentre sur son activité spécifique»); ATF 124 IV 363 consid. II. 2b et 2d.

11 Voir aussi: ATF 112 Ib 606.

12 Voir aussi: ATF 115 Ia 197.

13 Voir aussi: ATF 120 Ib 112, s'agissant de l'encaissement d'un chèque. Sur l'interprétation de tels mandats, voir Commentaire romand LLCA, P. MAURER/J.-P. GROSS, art. 13 LLCA N 146.

14 Certains auteurs, et non des moindres, retiennent par exemple que l'activité de médiation peut être couverte (H. NATER/G. ZINDEL, in: *Fellmann/Zindel* (Hrsg.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, Zürich 2011, art. 13 N 121).

15 Sur l'étendue des activités atypiques, Commentaire romand LLCA, P. MAURER/J.-P. GROSS, art. 13 LLCA N 140 à 206.

16 Réponse de la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga au Conseiller aux Etats Claude Janiak (BO/CE 2012, p. 221 et 222).

17 Cette question a été traitée par H. HOFFET, *Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses im Verfahrensrecht des Bundes*, *Revue de l'avocat* 2012, p. 224 *ss in fine*. Voir aussi ATF 106 IV 413; JdT 1982 IV 124.

18 Loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale du 28 septembre 2012, FF 2012 p. 7623 *ss*.

19 Message concernant l'adoption d'une loi sur l'assistance administrative fiscale du 6 juillet 2011, FF 2011 p. 5771 *ss* (11.044).

Le Message précise à juste titre que les documents que l'avocat détiendrait en dehors de son activité typique, particulièrement en qualité d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 LBA, sont soumis à l'obligation de remise.<sup>20</sup>

## 2.2 Le refus de lever les scellés sur le dossier de l'avocat

Au plan de la fiscalité interne, l'actualité récente montre que l'Administration fédérale des contributions pourrait avoir des velléités de remise en cause du secret professionnel de l'avocat appelé à intervenir dans la défense des contribuables. Tant le Tribunal pénal fédéral<sup>21</sup> que le Tribunal fédéral<sup>22</sup> ont clairement fait obstacle à cette tentative de relecture de l'étendue du secret de l'avocat.

Brièvement résumé, l'état de fait à la base de ces décisions montre que dans le contexte d'une enquête spéciale (au sens des art. 190 ss LIFD) autorisée par la Cheffe du Département fédéral des finances, l'Administration fédérale des contributions a procédé à diverses perquisitions touchant un contribuable soupçonné de graves infractions fiscales, y compris dans les locaux de l'Etude d'avocats qu'il avait consultée et mandatée. La protection du secret professionnel de l'avocat ayant été à juste titre revendiquée, les dossiers et documents saisis ont été mis sous scellés. L'Administration fédérale des contributions a sollicité la levée des scellés auprès de la Cour des plaintes en application des art. 25 al. 1 et 50 al. 3 DPA en faisant valoir que les avocats concernés étaient intervenus en qualité de mandataires fiscaux, ce qui ne serait pas une activité typique d'avocat, les documents mis sous scellés ne pouvant dès lors bénéficier de la protection du secret professionnel. La situation factuelle faisait pourtant clairement apparaître que les avocats concernés n'étaient intervenus qu'après une interpellation de l'Administration fiscale adressée au contribuable et qu'ils n'étaient d'aucune manière soupçonnés d'avoir potentiellement participé eux-mêmes à quelque infraction que ce soit.

La Cour des plaintes, tout en rappelant que la doctrine retient que le conseil en matière fiscale constitue une activité typique de l'avocat<sup>23</sup> dès lors qu'il s'agit de dire le droit, a ainsi constaté que l'Etude d'avocats avait été mandatée après l'interpellation du contribuable par l'autorité fiscale et qu'en conséquence tous les faits et documents qui lui avait été confiés sont en principes couverts par le secret de l'avocat<sup>24</sup>. Saisi d'un recours en matière pénale, le Tribunal fédéral a lui aussi clairement écarté le point de vue de l'Administration fédérale des contributions selon lequel l'activité déployée par l'Etude d'avocats aurait pu l'être par n'importe quel autre mandataire fiscal, de sorte que le secret pro-

fessionnel de l'avocat ne saurait être invoqué<sup>25</sup>. Constatant que les avocats avaient été consultés après l'interpellation du fisc, qu'ils avaient répondu à celle-ci en présentant aussi bien des éléments factuels que juridiques, notamment au plan procédural, le Tribunal fédéral retient qu'il «s'agit là typiquement d'une activité de conseil et de représentation, en l'occurrence auprès d'une autorité, dans un contexte pouvant aboutir au prononcé d'une décision».<sup>26</sup> Et le Tribunal fédéral d'ajouter: «Dès lors que la documentation remise à l'Etude était bien destinée à l'exécution de ce mandat, elle était couverte par le secret professionnel. L'autorité recourante ne soupçonne, au demeurant, aucune connivence de la part des avocats, ni aucun abus de droit de la part de leur client».<sup>27</sup>

Le recours de l'Administration fédérale des contributions a ainsi été rejeté et la décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral confirmée. Si cette issue s'inscrit clairement dans la jurisprudence constante du Tribunal fédéral protégeant le secret professionnel de l'avocat dans son activité typique, judiciaire ou extrajudiciaire s'agissant du conseil<sup>28</sup>, elle ne doit pas – en raison de son état de fait – être interprétée dans le sens que le secret de l'avocat n'existerait que si ce dernier est mis en œuvre après une interpellation de l'autorité. L'activité de conseil est plus souvent préventive et il convient de protéger toutes confidences faites à l'avocat «ab initio»; c'est à cette condition que l'avocat peut exercer sa profession dans le meilleur intérêt de son client tout en contribuant à une administration régulière de la justice.<sup>29</sup>

## 3. Secret professionnel et société d'avocats

### 3.1 L'arrêt tant attendu!

Attendu depuis le printemps 2011, l'arrêt du Tribunal fédéral statuant sur les décisions du canton de St. Gall<sup>30</sup> faisant obstacle dans ce canton à la pratique du barreau en société de capitaux a été rendu le 7 septembre 2012<sup>31</sup>. D'autres procéderont à l'exégèse et l'analyse complète de cette importante décision de principe dans laquelle le Tribunal fédéral accepte les sociétés anonymes d'avocats, retenant que ces derniers sont libres dans l'organisation de leur activité et qu'il leur appartient, quelle que soit la structure juridique dans laquelle ils pratiquent, de s'organiser de manière à pouvoir respecter les exigences d'indépendance que leur impose la loi.<sup>32</sup> Dans les limites du thème de cet article,

20 Ce que retient déjà l'ATF 132 II 103.

21 Cour des plaintes, décision du 22 mai 2012 (BE. 2011.5).

22 TF, 1B\_380/2012 du 20 août 2012; un extrait est publié in: Revue de l'Avocat 2012, p. 478.

23 Commentaire romand LLCA, P. MAURER/J.-P. GROSS, Art. 13 LLCA N 152; dans le même sens, Kommentar zum Anwaltsgesetz, H. NATER/G. ZINDEL, Art. 13 N 121, nbp 214.

24 Cour des plaintes, op. cit. consid. 4.

25 Ce qui fait dire au Bâtonnier Pierre de Preux qu'avec ce genre d'arguments, le secret des confidences faites à un avocat, sous le sceau du secret, par celui qui vient de tuer sa femme pourrait être remis en cause puisque le possible meurtrier pourrait obtenir les mêmes réponses sur la situation juridique en s'adressant directement à un procureur!

26 TF, 1B\_380/2012 consid. 3.

27 Ibid. *in fine*.

28 Prozessmandat et Beratungsmandat.

29 TF, 2P.187/2000 du 8 janvier 2001 consid. 4c.; Semaine Judiciaire 2001, p. 381 ss.

30 Décision de la Chambre des avocats du canton de St. Gall du 28 juillet 2010 et arrêt du Tribunal cantonal de St. Gall du 18 janvier 2011.

31 TF, 2C\_237/2011 du 7 septembre 2012.

32 Voir à ce sujet la contribution de ADRIAN RUFENER, Bundesgericht bejaht Zulässigkeit der Anwalts-AG, dans le présent numéro de la Revue de l'avocat.

un bref regard sur le considérant 21 de l'arrêt du TF consacré à la question du secret professionnel se justifie par-contre ici.

### 3.2 L'intervention d'un réviseur ne met pas en danger le secret de l'avocat

Le Tribunal cantonal du canton de St. Gall avait retenu dans sa décision querellée que l'obligation faite aux avocats de respecter le secret professionnel selon les termes de l'art. 13 LLCA constituait un obstacle aux sociétés de capitaux d'avocats, en particulier au regard de l'intervention de réviseurs (art. 727 ss CO), voire celle d'un expert indépendant chargé de l'exécution d'un contrôle spécial (art. 697a ss CO).

Le Tribunal fédéral souligne tout d'abord que l'art. 13 LLCA ne saurait prévaloir sur les dispositions du droit des sociétés relatives à la révision des comptes et au contrôle spécial.<sup>33</sup> Il constate également que, nonobstant sa protection particulière dans l'ordre juridique, le secret de l'avocat est aménagé par ce dernier et n'est dès lors pas absolu.<sup>34</sup> C'est ainsi que le Tribunal fédéral se range à l'opinion selon laquelle le secret professionnel au sein d'une Etude organisée corporativement doit d'une certaine manière être relativisé. Sans se prononcer sur la question de savoir si les réviseurs peuvent être considérés comme des auxiliaires des avocats inscrits au registre cantonal, mais retenant que la mise à disposition d'informations confidentielles aux réviseurs est nécessaire pour des raisons d'organisation interne<sup>35</sup>, le Tribunal fédéral parvient à la conclusion que la nécessaire protection de la confidentialité dans la pratique du barreau n'est pas mise en danger par l'adoption d'une forme juridique corporative, le secret professionnel et le secret des affaires ayant déjà été relativisé dans la pratique d'autres professions organisées corporativement (hôpitaux, assurances maladies, sociétés de révision, banques).

Cette relativisation du secret professionnel, telle qu'exprimée dans l'arrêt précité, ne doit pas être mal comprise; elle doit être strictement interprétée dans son contexte. Elle ne constitue en aucune manière un affaiblissement de principe du secret de l'avocat, mais se limite à admettre qu'à l'occasion de son intervention, exigée par le droit des sociétés, un réviseur – lui-même tenu au respect du secret professionnel par l'art. 321 CP – puisse avoir accès aux informations indispensables à l'exercice de son propre mandat.<sup>36</sup>

33 La doctrine retient d'ailleurs que le secret professionnel du réviseur est une valeur égale à celui de l'avocat (F. BOHNET/V. MARTENET, Droit de la profession d'avocat N 2409 ss; H. NATER/G. ZINDEL, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, art. 13 N 39 ss; voir aussi, s'agissant de la révision d'une société de capitaux d'avocats, K. SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, N 1348 ss).

34 Ce qui découle déjà de l'art. 13 al. 2 LLCA selon R. VONZUN, Die Anwalts-Kapitalgesellschaft, ZSR 120 (2001) I, p. 447 ss, p. 467.

35 A ce sujet, S. LEMBO, L'exercice de la profession d'avocat en société de capitaux, in: Défis de l'avocat au XXI<sup>e</sup> siècle, V. JEANNERET/O. HARI (éd.) 2008, p. 365 ss. Le Tribunal fédéral aurait peut-être pu profiter de l'occasion pour affirmer que la loi ne pouvait imposer une révélation par le réviseur selon l'art. 730b al. 2 CO lorsque le secret de l'avocat est concerné.

36 Le réviseur n'a en principe pas accès au dossier du client, mais uniquement à son identité (cas échéant codée), à la facturation, à la contre-valeur des travaux en cours, aux débours exposés, aux contestations d'honoraires, etc. Certaines questions peuvent néanmoins se poser au

### 3.3 Questions pour l'avenir

L'arrêt du Tribunal fédéral laisse sur plusieurs aspects des questions ouvertes. S'agissant du secret professionnel, la principale touche à la titularité du statut de confident dans une société de capitaux. Ces dernières ont la qualité de mandataire au sens des art. 394 ss CO et s'obligent statutairement à respecter les règles de la profession d'avocat. Il n'en demeure pas moins que c'est à l'un – ou plusieurs – des avocats de l'Etude concernée que le client fait ses confidences. Existera-t'il à l'avenir une hiérarchie entre le secret de la SA d'avocats et l'avocat personne physique? Comment cette dualité de dépositaires des confidences du client devra-t-elle être gérée en cas de désaccord entre la personne morale et l'avocat en charge du dossier? La question peut être pimentée lorsque l'avocat consulté a quitté la SA d'avocats! Les sociétés de capitaux peuvent-elles demander à être relevées du secret quand bien même elles ne sont pas inscrites au registre? Si le projet de la loi fédérale sur les avocats soumis aux Chambres fédérales à l'initiative de la FSA<sup>37</sup> apporte une protection explicite et bienvenue du secret pour le client dont l'avocat fait l'objet de mesures d'exécution forcée (s'agissant des avoirs détenus séparément selon l'art. 12 let. h LLCA), il ne dit rien d'autres situations pouvant opposer les deux bénéficiaires du secret. Il est vraisemblable que les Chambres fédérales, qui sont sur le point de donner mandat au Conseil fédéral de soumettre au Parlement un projet réglant tous les aspects de la profession d'avocat<sup>38</sup>, laisseront à la jurisprudence le soin de donner réponse à cette délicate problématique. A ce stade, il ne peut qu'être rappelé que la seule ligne de conduite envisageable passe par la stricte protection de la relation de confiance privilégiée qui imprègne le rapport entre l'avocat et son client, dans le meilleur et unique intérêt de ce dernier.

Le même constat s'impose pour les situations potentiellement délicates qui se présenteront inévitablement dans les sociétés d'avocats dont tous les associés ne sont pas des avocats inscrits à un registre cantonal. Les commentateurs du secret professionnel de l'avocat ont encore de belles heures devant eux!

## 4. Le client comme partie à la procédure de levée du secret

### 4.1 Une diversité de normes et pratiques cantonales

Le principe d'une possible libération du secret professionnel de l'avocat par l'autorité découle de l'art. 321 al. 2 CP selon lequel la révélation n'est pas punissable si elle a été faite – outre bien sûr le cas du consentement de l'intéressé – avec l'autorisation

regard de l'évaluation éventuelle d'un contrôle interne par le réviseur sous l'angle de l'art. 728a CO.

37 Le projet est accessible sur le site [www.sav-fsa.ch](http://www.sav-fsa.ch); voir aussi E. STAHELIN, Le projet de loi sur la profession d'avocat, Revue de l'Avocat 2012, p. 128 ss.

38 Motion 12.3372 Karl Vogler, 3 mai 2012, acceptée par le Conseil fédéral le 15 août 2012, adoptée par le Conseil national le 28 septembre 2012 et sur le point d'être traitée par le Conseil des Etats dans sa session d'hiver 2012.

écrite de «l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance». L'art. 13 LLCA, autre pilier du secret de l'avocat, n'apporte pas d'autres précisions si ce n'est pour affirmer le principe voulant que, même relevé de son secret, l'avocat n'est pas obligé de divulguer des faits qui lui ont été confiés. Il est ainsi admis qu'il incombe aux cantons non seulement de désigner l'autorité cantonale de surveillance (art. 14 LLCA), mais également d'adopter les règles de procédure nécessaires à l'application du droit fédéral.<sup>39</sup> Des normes et solutions diverses se retrouveront ainsi selon les cantons.<sup>40</sup>

La question de la participation éventuelle du client à la procédure de levée du secret n'est pas réglée de manière univoque. Il est clairement admis que, tout comme les tiers ou les autorités, le client ne peut lui-même solliciter auprès de l'autorité de surveillance une levée du secret de son avocat.<sup>41</sup> Dans les cantons de Suisse romande, seul celui du Jura accorde explicitement la qualité de partie au client.<sup>42</sup> A Genève, la Commission du barreau ne reconnaissait pas le statut de partie au client, tout en ayant une pratique particulièrement restrictive en matière de levée de secret.<sup>43</sup> La question du droit d'être entendu du client et d'un éventuel droit de recours avait déjà été évoquée en doctrine<sup>44</sup> sans qu'une décision de justice ne tranche jusqu'à ce jour ces questions à notre connaissance.

#### 4.2 Le client a un intérêt juridique à pouvoir s'opposer à la levée du secret

A l'heure où les rotatives de l'imprimeur du présent numéro de la Revue de l'Avocat étaient pratiquement lancées, le Tribunal fédé-

ral a rendu une intéressante décision de principe relative à une affaire genevoise dans laquelle deux anciens clients d'un avocat demandaient à participer à la procédure de levée du secret initiée par ce dernier auprès de l'autorité cantonale de surveillance.<sup>45</sup> L'avocat était par le passé intervenu pour trois clients, aujourd'hui impliqués dans un litige civil, et demandait à être relevé du secret pour témoigner dans cette cause. Deux de ces clients ont toutefois revendiqué un droit d'intervention dans la procédure ouverte devant l'autorité de surveillance pour pouvoir s'opposer à une levée du secret. Tant la Commission du barreau de Genève que la Cour de Justice ont rejeté la requête d'intervention<sup>46</sup> présentée par les anciens clients de l'avocat.

A l'instar de ce qu'il a récemment statué en matière de conflits d'intérêts<sup>47</sup>, en reconnaissant le droit de participer à la procédure au client dont l'avocat de choix est menacé de se voir interdire l'exercice du mandat, le Tribunal fédéral a retenu que «les clients de l'avocat ont un intérêt juridique digne de protection à se prémunir contre toute levée du secret professionnel de leur mandataire»<sup>48</sup>. Et le Tribunal fédéral d'en conclure que si le client s'oppose à la levée du secret, il bénéficie dans tous les cas de la qualité de partie dans la procédure concernant cet objet. La pratique des autorités de surveillance va ainsi être modifiée pour tenir compte de ces principes et l'on peut aussi s'attendre à des modifications des lois sur la profession d'avocat dans certains cantons.

\* \* \*

Un mot pour terminer: si les textes tendent incontestablement à réaffirmer l'importance et la portée du secret professionnel, tant les avocats que les autorités ont l'obligation et la responsabilité de le préserver, jour après jour. ■

39 En matière de levée du secret, l'autorité compétente est celle du lieu où l'avocat est inscrit, non celle du lieu où il pourrait témoigner (F. BOHNET/V. MARTENET, Droit de la profession d'avocat, N 1917 et réf). Voir aussi M. VALTICOS/L. JACQUEMOUD-ROSSARI, La jurisprudence de la Commission du barreau 2002–2006, Semaine Judiciaire 2007 II 288 (III. B).

40 Commentaire romand LLCA, P. MAURER/J.-P. GROSS, art. 13 LLCA N 392.

41 W. FELLMANN, Anwaltsrecht N 521; l'autorité ne saurait non plus lever le secret d'office précisent à juste titre F. BOHNET/V. MARTENET (note 33), N 1913.

42 Art. 25 loi concernant la profession d'avocat (JU).

43 Commentaire romand LLCA, P. MAURER/J.-P. GROSS, art. 13 LLCA N 409 et 410.

44 *Ibid.* N 400; voir aussi F. BOHNET/V. MARTENET (note 33), N 1914.

45 TF, 2C\_ 587/2012 du 24 octobre 2012.

46 Soit un appel en cause au sens de l'art. 71 al 1 Loi genevoise de procédure administrative (LPA/GE).

47 ATF 138 II 162 consid. 2.5.

48 TF, 2C\_587/2012 consid. 2.5.

Adrian Rufener\*

# Bundesgericht bejaht Zulässigkeit der Anwalts-AG

Zum Entscheid des Bundesgerichts vom 7. September 2012 (2C\_237/2011)<sup>1</sup>

**Stichworte:** Anwalts-AG, Unabhängigkeit, Wirtschaftsfreiheit, BGFA, Haftung, Berufsgeheimnis

Mit Urteil vom 7. September 2012 hat das Bundesgericht entschieden, dass Anwälte ihren Beruf auch unter dem Dach einer Anwaltskapitalgesellschaft<sup>2</sup> ausüben dürfen. Dabei muss die Anwaltstätigkeit organisatorisch so strukturiert sein, dass sie unabhängig erfolgen kann. Entscheidend ist die konkrete Organisationsstruktur einer Anwaltskanzlei und nicht deren Rechtsform.

## 1. Prozessgeschichte

### 1.1 Schreiben der St. Gallischen Anwaltskammer vom 13. Mai 2008<sup>3</sup>

Mit Schreiben vom 13. Mai 2008 teilte die Anwaltskammer des Kantons St. Gallen dem St. Gallischen Anwaltsverband mit, dass ihres Erachtens die Führung einer Anwaltskanzlei in Form einer Kapitalgesellschaft mit den Bestimmungen des BGFA nicht vereinbar sei. Zur Begründung führte sie aus, dass Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA im Rahmen der persönlichen Voraussetzungen für den Eintrag ins Anwaltsregister vorsehe, dass Anwälte und Anwältinnen in der Lage ein müssten, «den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind». Der Gesetzeswortlaut sei klar und lasse keinen Interpretationsspielraum offen. In das kantonale Anwaltsregister könnten nur natürliche Personen eingetragen werden, welche die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen von Art. 7 und 8 BGFA erfüllten. Dementsprechend könne ein Anstellungsverhältnis nur zu einer ebenfalls im Register eingetragenen, natürlichen Person bestehen. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut dürfe nur ausnahmsweise abgewichen werden, unter anderem dann, wenn triftige Gründe dafür vorlägen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergebe. Solche Gründe könnten sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Aus den Materialien ergebe sich, dass es dem klaren Willen des Gesetzgebers entsprochen habe, die Organisation einer Anwaltskanzlei in Form einer juristischen Person auf der Grundlage des BGFA (einstweilen noch) nicht zuzulassen. Die rechtliche Umsetzung der bereits bei Erlass des BGFA bekann-

ten Bedürfnisse nach einer möglichen Zulassung von anwaltlichen Kapitalgesellschaften habe der Gesetzgeber einem späteren Bundesgesetz vorbehalten. Die Zulassung anwaltlicher Kapitalgesellschaften auf dem Weg einer Uminterpretation des BGFA widerspreche nicht nur den anerkannten Grundsätzen der Gesetzesauslegung, sondern führe auch zu zahlreichen Unwägbarkeiten und Problemen, die mit kantonal unterschiedlichen Lösungsansätzen nicht behoben werden könnten. Mit dem Erlass des BGFA habe nicht nur die Freizügigkeit der Anwälte und Anwältinnen gewährleistet werden sollen, sondern es hätten auch «einheitliche Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufes in der Schweiz» festgelegt werden sollen.<sup>4</sup> Würde die im Rahmen der Beratungen zum BGFA äusserst umstrittene Frage der Organisationsform allein der kantonalen Praxis und Rechtsprechung überlassen, würde die mit dem BGFA zumindest teilweise erreichte Vereinheitlichung des schweizerischen Anwaltsrechts in einem bedeutenden Punkt wieder zunichte gemacht. Neben der Regelung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA enthalte das Gesetz aber auch weitere Bestimmungen, die mit der Ausgestaltung anwaltlicher Kanzleien in Form einer Kapitalgesellschaft nicht vereinbar seien. So sehe Art. 12 lit. b BGFA vor, dass Anwälte und Anwältinnen ihren Beruf nicht nur unabhängig, sondern auch «in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung» auszuüben hätten. Handeln in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung setze aber zwingend voraus, dass ein direktes Auftragsverhältnis zwischen Anwalt und Mandant bestehe und keine Kapitalgesellschaft dazwischengeschaltet werde. Die Ausübung der Anwaltstätigkeit auf eigene Verantwortung bedeute insbesondere, dass sich Anwälte und Anwältinnen ihrer persönlichen finanziellen Verantwortung nicht entziehen könnten. Führe ihre berufliche Tätigkeit – oder auch ihr übriges Verhalten – zu einem Verlustschein, fehle es an einer der zwingenden Voraussetzungen für den Eintrag in das Anwaltsregister.<sup>5</sup> Der Bestand von Verlustscheiden führe somit auf der Grundlage des eidgenössischen Rechts zwingend zu einem Berufsausübungsverbot im Monopolbereich. Mit der Zulassung anwaltlicher Kapitalgesellschaften und der damit verbundenen Beschränkung der Haftung auf die juristische Person werde das im BGFA vorgesehene Erfordernis der Verlustscheinlosigkeit ausser Kraft gesetzt. Auch die persönliche Verpflichtung des einzelnen Anwalts zur Wahrung des Berufsgeheimnisses<sup>6</sup> wäre durch die Organisationsform einer anwaltlichen Kapitalgesellschaft be-

\* Rechtsanwalt, St. Gallen. Der Autor war bis Ende 2010 Geschäftsführer des St. Gallischen Anwaltsverbandes. Er hat das Verfahren vor der Anwaltskammer (Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung) sowie in den Rechtsmittelverfahren vor Kantons- und Bundesgericht geführt.

1 Vgl. Anwaltsrevue 10/2012, S. 447; ius.focus 10/12, S. 13.

2 Anwalts-AG, Anwalts-GmbH.

3 Publiziert in: GVP 2008 Nr. 91.

4 Art. 1 BGFA.

5 Art. 8 Abs. 1 lit. c BGFA.

6 Art. 13 BGFA; Art. 321 StGB.

einträchtig. Eine Anonymisierung der Mandantenangaben für die von den Steuerveranlagungsbehörden verlangten Abrechnungen scheine zwar (derzeit) noch ohne Weiteres möglich zu sein. Ungeklärt sei jedoch nach wie vor, wie die Revisionsstelle ohne Verletzung der anwaltlichen Schweigepflicht die Bonität der Mandanten bewerten könne. Das eigene Berufsgeheimnis der Revisionsstelle vermöge daran nichts zu ändern, da es nicht den gleichen Regeln unterliege wie das Anwaltsgeheimnis. Vor allem wäre aber insbesondere auch im Rahmen einer aktienrechtlichen Sonderprüfung mit einer Verletzung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses zu rechnen. An der aufgezeigten Problematik vermöge auch der mittlerweile ergangene Entscheid des Bundesgerichtes<sup>7</sup> nichts zu ändern. Dieser Entscheid äussere sich nur zur Zulässigkeit einer selbstständigen Erwerbstätigkeit als Anwalt neben einer anderen Erwerbstätigkeit in einem Angestelltenverhältnis, nicht aber hinsichtlich einer anwaltlichen Tätigkeit im Angestelltenverhältnis und schon gar nicht zu einer anwaltlichen Tätigkeit im Rahmen einer Kapitalgesellschaft.

## 1.2 Begehren um Erlass eines Vorbescheids

Mit Eingabe vom 29. Januar 2010 teilte Bratschi, Wiederkehr & Buob, St. Gallen<sup>8</sup>, der Anwaltskammer des Kantons St. Gallen mit, dass sie beabsichtige, die Anwaltskanzlei in eine Aktiengesellschaft zu überführen. Im Hinblick darauf ersuchte sie die Anwaltskammer um Feststellung im Rahmen eines Vorbescheids, «dass unsere heutigen und zukünftigen, im Kanton St. Gallen tätigen Anwältinnen und Anwälte auch nach der Durchführung der geplanten Umstrukturierung unserer Kanzlei in eine Anwalts-Aktiengesellschaft weiterhin im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen registriert sein können». Der Eingabe wurden die Entwürfe der Statuten, des Organisationsreglements, des Aktionärsbindungsvertrages sowie der Arbeitsverträge beigelegt.

## 1.3 Anwaltskammer: Anwaltsgesetz sieht keinen Vorbescheid vor

Mit Schreiben vom 24. Februar 2010 teilte die Anwaltskammer BWB mit, dass kein Vorbescheid erlassen werde. Zur Begründung führte sie aus, das Verfahren vor der Anwaltskammer sei im Anwaltsgesetz<sup>9</sup> geregelt. Soweit sich im Anwaltsgesetz keine Regelung finde, würden als ergänzendes Recht die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege<sup>10</sup> sachgemäss angewendet. Entscheide der Anwaltskammer ergingen in der Form eines Entscheides oder einer Verfügung. Das Institut eines «Vorbescheids» sei lediglich im öffentlichen Baurecht, nicht aber generell im Verwaltungsrecht vorgesehen. Die Anwaltskammer beurteile denn auch in aller Regel einen konkreten Lebenssachverhalt und nehme nur ausnahmsweise Stellung zu allgemeinen Rechtsfragen der anwaltlichen Tätigkeit. In materieller Hinsicht verwies die Anwaltskammer auf ihre Stellungnahme in GVP 2008 Nr. 91. Zusammenfassend hielt sie fest, dass mangels gesetzlicher Grundlage

kein Vorbescheid erlassen werde, die Anwaltskammer bereits in ihrer Stellungnahme zuhanden des St. Gallischen Anwaltsverbandes vom 13. Mai 2008 sich zur Organisation von Anwaltskanzleien in Form von Kapitalgesellschaften geäussert habe und auch eine Mitberücksichtigung der Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes<sup>11</sup> zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung führe.

## 1.4 Feststellungsbegehren

Mit Eingabe vom 25. Mai 2010 reichten die St. Galler Kollegen der Anwaltskammer ein Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung betreffend den Eintrag in das Anwaltsregister mit folgendem Antrag ein: «Es sei festzustellen, dass die Gesuchsteller (Anwältinnen und Anwälte) von Bratschi, Wiederkehr & Buob, St. Gallen, nach der Umstrukturierung der Kanzlei in eine Anwalts-Aktiengesellschaft im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen als Angestellte der Anwalts-Aktiengesellschaft registriert bleiben können».

Zur Begründung wurde ausgeführt, dass sowohl das Bundesverwaltungsrecht als auch das kantonale Verwaltungsrecht unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung bejahen würden. Die Feststellungsverfügung diene lediglich (aber immerhin) der Klärung der Rechtslage, in dem das Bestehen, das Nicht-Bestehen oder der Umfang von individualisierten verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten verbindlich festgestellt werde. Ein Rechtsanspruch auf eine feststellende Verfügung bestehe, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges, rechtliches oder tatsächliches Interesse nachweise, das nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden könne, wobei es die verfahrensrechtlichen Postulate der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes gebieten würden, schon bei geringfügigen Zweifeln über die konkrete Rechtslage den Feststellungsanspruch zu bejahen.

Zur Begründung des Feststellungsinteresses führten sie aus, dass die Rechtsunsicherheit, welche sich aus dem BGFA ergebe, ein schutzwürdiges Interesse begründe, sich Klarheit über die Rechtsfolgen der Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft zu verschaffen. Die Zweifel in Bezug auf die Rechtslage seien rechtserheblich, da die Anwaltskammer des Kantons St. Gallen (bisher) als einzige kantonale Aufsichtsbehörde die Auffassung vertrete, eine Umstrukturierung in eine Kapitalgesellschaft führe zur Löschung der betroffenen Anwältinnen und Anwälte aus dem Anwaltsregister. Die Umstrukturierung und eine allfällige Rückgängigmachung seien mit erheblichem finanziellem wie auch administrativem Aufwand verbunden.

In materieller Hinsicht führten die Gesuchsteller aus, die Organisation einer Anwaltsfirma in Form einer Kapitalgesellschaft sei mit der Bestimmung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA sowie den Berufsregeln gemäss Art. 12 BGFA und dem Berufsgeheimnis nach Art. 13 BGFA vereinbar, sofern bestimmte Voraussetzungen eingehalten würden.

## 1.5 Feststellungsverfügung der Anwaltskammer

Mit Entscheid vom 28. Juli 2010 bejahte die Anwaltskammer ein Feststellungsinteresse. Materiell hielt sie an ihrem Rechtsstand-

7 BGE 130 II 87.

8 Nachfolgend: BWB.

9 AnwG; sGS 963.70.

10 VRP; sGS 951.1.

11 BGBM; SR 943.02.

punkt fest. Auf die Auferlegung von Kosten verzichtete sie, da eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung zu beurteilen war.

## 1.6 Beschwerdeverfahren vor Kantonsgericht

Mit Eingabe vom 31. August 2010 erhoben die Gesuchsteller Beschwerde beim Kantonsgericht St. Gallen. Dieses wies die Beschwerde mit Entscheid vom 18. Januar 2011<sup>12</sup> ab. Das Kantonsgericht erwog, der Anwaltskammer sei darin beizupflichten, dass der Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA klar sei. Er schreibe als persönliche Voraussetzung für den natürlichen Personen vorbehaltenen Registereintrag vor, dass Anwältinnen/Anwälte in der Lage sein müssten, «den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben» und «Angestellte nur von Personen sein» könnten, «die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind»; dies schliesse den Eintrag von bei Anwaltskapitalgesellschaften angestellten Anwältinnen und Anwälten aus, da die Gesellschaften ihrerseits – als nicht natürliche Personen – vom Registereintrag ausgeschlossen seien. Da die Zulässigkeit der Organisation einer Anwaltskanzlei in Form einer Kapitalgesellschaft verneint wurde, prüfte auch das Kantonsgericht<sup>13</sup> die von den Beschwerdeführern eingereichten Unterlagen<sup>14</sup> nicht. Den zwölf Gesuchstellern wurden Verfahrenskosten von je CHF 300.–, total CHF 3 600.– unter solidarischer Haftbarkeit gestützt auf Art. 95 Abs. 1<sup>15</sup> und Art. 96bis<sup>16</sup> VRP auferlegt.

## 1.7 Verfahren vor Bundesgericht

Im Verfahren vor Bundesgericht trugen die Beschwerdeführer u.a. vor, der Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA sei offensichtlich nicht klar und deshalb auslegungsbedürftig.<sup>17</sup> Die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV umfasse auch die Organisationsfreiheit. Eingriffe in Grundrechte bedürften einer gesetzlichen Grundlage<sup>18</sup> und müssten den Anforderungen von 36 BV genügen. Ein öffentliches Interesse an der Einschränkung der Organisationsfreiheit beschränke sich auf die Fragen der Sicherstellung der Unabhängigkeit, der Wahrung des Berufsgeheimnisses sowie der Vermeidung von Interessenkonflikten. Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA sei im Lichte dieser Grundsätze auszulegen, wie dies das Bundesgericht bereits im Entscheid BGE 130 II 87 formuliert habe. Ein allfälliger Grundrechtseingriff müsse verhältnismässig sein, sowohl in Bezug auf die Eignung und Erforderlichkeit als in Bezug auf den Eingriffszweck und der Eingriffswirkung. Die in Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA vorgesehene Einschränkung sei grundsätzlich eine geeignete Massnahme, jedoch nicht erforderlich, da die Unabhängigkeit auch mit anderen Mitteln erreicht bzw. eingehalten werden

könne. Die von den Vorinstanzen vorgenommene Gesetzesauslegung verhindere nicht, dass Anwälte bei einem gemischt-wirtschaftlichen<sup>19</sup> Kollektiv, die sich nicht in der Form einer Kapitalgesellschaft organisiert hätten, tätig seien und ins Register eingetragen würden. Auch die Auslegung des Gesetzeswortlautes anhand der gängigen Auslegungsmethoden verhindere die Organisation einer Anwaltskanzlei in Form einer Kapitalgesellschaft nicht. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz verlange sodann Art. 12 lit. b BGFA weder ein Handeln im eigenen Namen noch auf eigene Rechnung. Ein direktes Auftragsverhältnis zwischen dem mandatsführenden Anwalt und dem Klienten sei nicht notwendig, da Kollektivgesellschaften zulässig seien.<sup>20</sup> Angestellte Anwälte seien keine Substituten im Sinne von Art. 399 Abs. 3 OR, das heisst, es bestehe keine persönliche Haftung. Vielmehr seien angestellte Anwälte Hilfspersonen im Sinne von Art. 101 OR, weshalb eine Freizeichnung für leichte und mittlere Fahrlässigkeit möglich und zulässig sei. Sodann sei eine Beschränkung der Haftung auf die Versicherungssumme zulässig. In Bezug auf das Berufsgeheimnis seien die von den Vorinstanzen aufgeworfenen Rechtsfragen nicht problematisch.

## 2. Erwägungen des Bundesgerichts

### 2.1 Unabhängigkeit im Grundsatz

In seinem Urteil vom 7. September 2012 erwog das Bundesgericht, dass die Unabhängigkeit, die Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA verlange, institutioneller Natur sei. Die Anwaltstätigkeit müsse organisatorisch so strukturiert sein, dass sie unabhängig erfolgen könne. Darüber hinaus hätten die Anwälte nach Art. 12 lit. b und c BGFA auch in jedem einzelnen Fall für eine unabhängige und von Interessenkonflikten freie Berufsausübung zu sorgen. Sie seien mithin nicht nur zu institutioneller, sondern auch zu mandatsbezogener Unabhängigkeit verpflichtet. Während die erstere Eintragung- und damit Zulassungsvoraussetzung für die Anwaltstätigkeit bilde, erscheine die zweite als Berufsregel, deren Verletzung disziplinarisch zu ahnden sei. Die Prüfung der institutionellen Seite bezwecke, jene Anwälte von der Berufsausübung auszuschliessen, bei denen die Unabhängigkeit von vornherein aus strukturellen Gründen fehle. Auch nach dem Eintrag ins Anwaltsregister bleibe jedoch jeder Anwalt verpflichtet, bei Übernahme jedes einzelnen Mandates allfällige Interessenkonflikte zu prüfen und das Unabhängigkeitsgebot gemäss Art. 12 lit. b und c BGFA zu beachten. Wie das Bundesgericht bereits erkannt habe, wirke sich das auf den Beurteilungsmassstab aus, der an die intentionelle Unabhängigkeit zu stellen sei. Die Anforderungen dürften nicht so hoch angesetzt werden, dass jegliche Beeinträchtigung der Unabhängigkeit schon von vornherein ausgeschlossen erscheine.<sup>21</sup> Der Eintrag dürfe deshalb nur demjenigen verweigert werden, bei dem angesichts seines besonderen Status ohne umfangreiche Abklärungen mit einiger Wahrscheinlichkeit

12 Vgl. Anwaltsrevue 4/2011, S. 163.

13 Gleich wie die Anwaltskammer.

14 Statuten, Aktionärbindungsvertrag, Organisationsreglement, Arbeitsverträge.

15 Art. 95 Abs. 1 VRP lautet wie folgt: «In Streitigkeiten hat jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden.»

16 Art. 96bis VRP lautet wie folgt: «Mehrere für die gleiche Amtshandlung Gebührenpflichtige haften solidarisch, soweit die Behörde nichts anderes verfügt.»

17 BGE 130 II 87.

18 Art. 94 und 95 BV; BGFA

19 Anwälte, Treuhänder, etc.

20 BGE 124 III 368.

21 BGE 130 II 87, E 5.2., S. 103 f.

auf das Fehlen der Unabhängigkeit geschlossen werden müsse.<sup>22</sup> Auch in der Literatur werde die Auffassung vertreten, die verlangte institutionelle Unabhängigkeit sei eng auszulegen, ja sie zähle nicht zum rechtsstaatlich zwingenden Kernbereich des Anwaltsrechts.

## 2.2 Wirtschaftsfreiheit im Grundsatz

Art. 27 Abs. 2 BV gewährleiste ausdrücklich den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit. Dazu zähle auch die Anwaltstätigkeit im Monopolbereich.<sup>23</sup> Einschränkungen dieser Freiheit seien nur unter den in Art. 36 BV genannten Voraussetzungen zulässig. In Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA finde das Erfordernis der institutionellen Unabhängigkeit eine genügende gesetzliche Grundlage. Nach Art. 36 Abs. 2 und 3 BV müsse eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit auch durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein. Überdies müsse sie sich als verhältnismässig erweisen. Art. 190 BV verwehre es dem Bundesgericht, Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA aus verfassungsrechtlichen Gründen die Anwendung zu versagen. Bei der Auslegung habe es jedoch die verfassungsrechtliche Bedeutung der Norm mit zu berücksichtigen.

## 2.3 Unabhängigkeit im Sinne des BGFA

Die genannte Bestimmung sei so auszulegen, dass patentierten Anwälten die Parteivertretung vor Gericht nur insoweit verwehrt bleibe, also dies zur Verwirklichung der mit der Zulassungsbeschränkung verfolgten Zielsetzung notwendig sei.<sup>24</sup> Das Bundesgericht habe schon mehrfach dargelegt, die Unabhängigkeit bezwecke, dass der Anwalt sich ganz der Wahrung der Interessen seiner Klienten widmen könne, ohne durch sachfremde Umstände beeinflusst zu sein. Er solle Gewähr dafür bieten, dass sämtliche Handlungen, die er in einer Angelegenheit vornehme, ausschliesslich vom Interesse seines Mandanten geleitet seien. Wer sich an einen Anwalt wende, solle gewiss sein, dass dieser in keiner Weise an einen Dritten gebunden sei, dessen Interessen den eigenen in irgendeiner Weise entgegenstehen könnten. Die Unabhängigkeit erscheine so als wesentliche Grundlage des Vertrauens in die Anwaltschaft.<sup>25</sup> Die Pflicht zur Unabhängigkeit untersage es dem Anwalt aus diesen Gründen, Bindungen einzugehen, die ihn bei der Wahrung der Klienteninteressen beeinträchtigten. Der Anwalt dürfe sich deshalb nicht in wirtschaftliche oder sonstige Abhängigkeiten zu staatlichen Behörden, zu Drittpersonen, aber auch zu seinen Klienten begeben. Er solle vielmehr die Interessen seines Mandanten uneingeschränkt und aus objektiver Warte, ohne Rücksichtnahme auf persönliche wirtschaftliche Bindungen, vertreten können.<sup>26</sup>

In seinen Erwägungen 6 bis 12 verwies das Bundesgericht auf seine bisherige Rechtsprechung, die Entwicklung in den Kantonen seit Erlass des BGFA, die Entwicklung im Ausland sowie die

Tatsache, dass der Schweizerische Anwaltsverband inzwischen einen Entwurf für ein schweizerisches Anwaltsgesetz ausgearbeitet und im Februar 2012 der Bundesverwaltung eingereicht habe.

## 2.4 Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA notwendig

Das Bundesgericht erwog, der Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA sei nur vordergründig klar. Wie es bereits früher erkannt habe, komme der Rechtssinn der Norm und namentlich auch der Wille des Gesetzgebers im Wortlaut nur unklar zum Ausdruck.<sup>27</sup> So würden nicht alle Anstellungen bei nichtregistrierten Personen von vornherein eine Eintragung als Anwalt ausschliessen. Vielmehr begründe der zweite Teilsatz von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA eine widerlegbare Vermutung fehlender Unabhängigkeit bei nicht von Anwälten angestellten Anwälten.<sup>28</sup> Das Bundesgericht habe bisher noch nicht zu prüfen gehabt, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Vermutung fehlender Unabhängigkeit bei körperschaftlich organisierten Anwaltskanzleien widerlegt werden könne. Mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts, mit der sich die Vorinstanz nicht näher auseinandergesetzt habe, komme dem Wortlaut für die aufgeworfene Auslegungsfrage keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

## 2.5 Entstehungsgeschichte

Der angefochtene Entscheid messe bei der Auslegung der erwähnten Norm der Entstehungsgeschichte ein besonderes Gewicht zu. Dies entspreche der Rechtsprechung, welche bei jüngeren Gesetzen verstärkt auf die Materialien abstelle. Der Bundesrat habe beim Erlass des Anwaltsgesetzes auf eine Regelung der zulässigen Organisationsform von Anwaltskanzleien verzichten wollen. Der Ständerat sei dagegen in seiner ersten Beratung einem Antrag der vorberatenden Kommission gefolgt und habe in Art. 11 lit. b E-BGFA (= Art. 12 lit. b BGFA) den Zusatz aufgenommen, dass Anwälte in der rechtlichen Organisation ihrer Kanzleien frei seien. Bei der Beratung im Nationalrat habe die Mehrheit der vorberatenden Kommission beantragt, diesen Zusatz wieder zu streichen; eine Minderheit habe die ständerätliche Fassung in modifizierter Weise übernehmen wollen. Der Nationalrat sei unter Verweis auf die Motion Cottier dem Antrag der Kommissionmehrheit gefolgt. Der Regelungsbedarf sei zwar unbestritten gewesen, doch sei die Mehrheit der Auffassung gewesen, mit dem Erlass einer Norm solle zugewartet werden, bis in Erfüllung der Motion Cottier die Anschlussfragen genügend abgeklärt seien. Bei der Durchsicht der Materialien falle auf, dass der Ständerat die Organisationsfreiheit der Anwälte losgelöst von der Formulierung des heutigen Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA diskutiert habe. So habe sich der Ständerat in erster Beratung gleichzeitig für die Organisationsfreiheit der Anwälte und eine strenger gefasste Fassung der institutionellen Unabhängigkeit ausgesprochen, als sie heute gelte. Aus den Materialien ergebe sich, dass die institutionelle Unabhängigkeit nach dem Willen des Gesetzgebers darauf abziele, das Anstellungsverhältnis bei nicht registrierten Personen auszuschliessen, soweit

22 Urteil 2a.126/2003 vom 13. 4. 2004, E. 4.3.

23 BGE 103 II 87, E. 3, S. 92.

24 BGE 130 II 87, E. 3., S. 92 f.

25 BGE 130 II 87, E. 4.1. und E. 4.2., S. 93 ff. mit Hinweisen.

26 BGE 130 II 87, E. 4.2., S. 95.

27 BGE 130 II 87, E. 5.1. und E. 5.2., S. 99 ff.

28 BGE 130 II 87, E. 5.1.1., S. 100.

damit die Gefahr einer Beeinflussung durch Dritte bei der anwaltlichen Berufsausübung einhergehe.<sup>29</sup> Der Gesetzgeber habe jedoch nicht beabsichtigt, mit Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA Anwaltskörperschaften auszuschliessen, sondern er habe lediglich ins Auge gefasst, den Fragenkreis allenfalls in einem späteren Zeitpunkt näher zu regeln. Die Vorinstanzen würden übersehen, dass die Ausübung und Organisation der Anwaltstätigkeit den Schutz der Wirtschaftsfreiheit geniesse und sie deshalb grundsätzlich erlaubt sei, soweit sie nicht durch eine gesetzliche Regelung eingeschränkt werde, die den Anforderungen von Art. 36 BV genüge. Die Wirtschaftsfreiheit erstreckte sich auch auf die Befugnis darüber zu entscheiden, in welcher Rechtsform die Anwaltstätigkeit ausgeübt werde.<sup>30</sup> Die Beschwerdeführer würden deshalb zurecht geltend machen, dass nicht danach zu fragen sei, ob es gesetzliche Bestimmungen gebe, welche die Anwaltskörperschaft zulassen, sondern umgekehrt sei zu prüfen, ob Normen bestehen, die eine solche Rechtsform verbieten würden. Aus dem Gesagten folge, dass bei der Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte ein ausschlaggebendes Gewicht zukomme. Ebenso wenig führten die erwähnten allgemeinen Erwägungen der Vorinstanzen zu einem eindeutigen Ergebnis.

## 2.6 Sinn und Zweck der Norm

Abzustellen sei unter diesen Umständen auf den Sinn und Zweck der Norm, wobei auch ihre verfassungsrechtliche Tragweite mit zu berücksichtigen sei. Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA bezwecke, die Unabhängigkeit der anwaltlichen Tätigkeit sicherzustellen. Die Norm wolle diejenigen Beeinflussungen ausschliessen, die sich aus einer Anstellung ergeben würden. Der Gesetzgeber erachte allerdings nicht alle Anstellungsverhältnisse als mit der Unabhängigkeit unvereinbar. Dies zeige Art. 8 Abs. 2 BGFA, der Anstellungen bei anerkannten gemeinnützigen Organisationen erlaube, aber auch Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA selber, der Anstellungen bei Personen zulasse, die ihrerseits in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen seien. Diese letzte Ausnahme entspreche der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach Anstellungen von Anwälten bei anderen Anwälten dem Erfordernis der Unabhängigkeit nicht entgegenstehen würden. Das Bundesgericht lege Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA überdies im Lichte des Gesetzeszweckes einschränkend aus. Anstellungen, welche die Anwaltstätigkeit nicht berührten und die Unabhängigkeit nicht gefährdeten, würden von den Bestimmungen nicht erfasst. Der Kreis der Personen, bei denen eine Anstellung nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA zulässig erscheine, sei ebenfalls mit Blick auf den Gesetzeszweck zu bestimmen. Eine Anstellung bei registrierten Anwälten gefährde die Unabhängigkeit nicht. Nicht anders sei es indessen, wenn die Anstellung nicht bei den registrierten Anwälten selber, sondern bei einer körperschaftlich organisierten Anwaltskanzlei erfolge, die vollständig von diesen Anwälten beherrscht werde. Das formale Argument, dass juristische Personen selber nicht im Anwaltsregister eingetragen werden könnten, erscheine mit Blick

auf die Unabhängigkeit ohne Bedeutung. Die Wirkung der Anstellung sei unter diesem Gesichtspunkt dieselbe, wie wenn sie direkt bei einem registrierten Anwalt erfolge.<sup>31</sup> Ob die Unabhängigkeit gegeben sei, hänge nicht von der Rechtsform einer Anwaltskanzlei, sondern von deren konkreter Organisationsstruktur ab. Sei diese so ausgestaltet, dass lediglich registrierte Anwälte auf die Anstellung Einfluss nehmen könnten, sei die erforderliche Unabhängigkeit gewahrt. Diese Voraussetzungen könnten auch bei Körperschaften erfüllt werden. Der Zweck von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA erfordere demnach nicht, körperschaftliche Rechtsformen von Anwaltskanzleien generell zu untersagen.

## 2.7 Wirtschaftsfreiheit

Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA eine weiterreichende Bedeutung zu geben, verbiete sich auch aus verfassungsrechtlichen Gründen. Da die Wahl der Rechtsform für die Anwaltstätigkeit den Schutz der Wirtschaftsfreiheit geniesse, dürfe sie nur in dem Umfang eingeschränkt werden, als es zur Wahrung öffentlicher Interessen erforderlich sei. Von keiner Seite – auch nicht von der Vorinstanz – werde indessen geltend gemacht, dass zur Wahrung der institutionellen Unabhängigkeit Anwaltskörperschaften generell untersagt werden müssten. Auch bei der Beratung von Art. 8 BGFA in den eidgenössischen Räten habe niemand diesen Standpunkt vertreten. Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA schliesse demnach Anwaltskörperschaften nicht von vornherein aus. Diese seien jedoch nur in dem Umfang zulässig, als die Unabhängigkeit der angestellten Anwälte in gleicher Weise sichergestellt werde, wie dies bei einer Anstellung durch registrierte Anwälte selber der Fall sei.

## 2.8 Prüfung der eingereichten Unterlagen durch das Bundesgericht

Das Bundesgericht prüfte als erste und einzige Instanz, ob die von den Beschwerdeführern eingereichten Dokumente über die neue Organisationsstruktur<sup>32</sup> die Unabhängigkeit gewährleisten. Dabei erwog es, dass die Leitung der Anwalts-AG, in welcher die Beschwerdeführer ihre Kanzlei überführen wollten, ganz in den Händen von registrierten Anwälten liege. Dies ergebe sich einerseits aus dem Zweck der Gesellschaft und werde durch die Statuten und einen Aktionärsbindungsvertrag abgesichert. Mit letzterem würden sich die Aktionäre zu einer einfachen Gesellschaft zusammenschliessen, über welche die Aktionäre/Gesellschafter sämtliche Aktien gesamthänderisch halten würden. Alle Gesellschafter müssten in der Schweiz registrierte Anwälte sein. Bei Austritt eines Gesellschafters würden die verbleibenden registrierten Gesellschafter weiterführen. Statutarisch seien die Aktien vinkuliert, und der Verwaltungsrat müsste die Übertragung verweigern, wenn der Erwerber kein in der Schweiz registrierter Anwalt sei. In der Generalversammlung sei eine Vertretung nur durch andere Anwälte zulässig. Der Verwaltungsrat setze sich

29 BGE 130 II 87, E. 2, S. 103.

30 BGE 131 I 223 E. 1.1., S. 226.

31 KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, N 1257 f.; STAEHELIN/OETTIKER, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage 2011, N 37 zu Art. 8 BGFA.

32 Statuten, Organisationsreglement, Aktionärsbindungsvertrag und Arbeitsverträge mit Gesellschaften und mitarbeitenden Rechtsanwältinnen.

aus Aktionären zusammen. Die Geschäftsführung könne delegiert werden, wobei die Delegierten Aktionäre der Anwalts-AG sein müssten. Die genannten vertraglichen und statutarischen Massnahmen würden gewährleisten, dass die Anwalts-AG vollständig durch in der Schweiz registrierte Anwälte beherrscht werde. Damit sei das gesetzliche Erfordernis der institutionellen Unabhängigkeit erfüllt. Weitere Vorkehrungen, wie sie vorliegend auf Stufe Organisationsreglement und Arbeitsvertrag getroffen würden, seien keine Eintragungsvoraussetzungen, sondern sie würden die Einhaltung der Berufsregeln nach Art. 12 BGFA innerhalb der Anwaltskörperschaft absichern. Das Treffen solcher Vorkehrungen liege – bei körperschaftlich wie anders organisierten Anwaltskanzleien – in der Verantwortung der einzelnen Anwälte, die dafür berufsrechtlich einzustehen hätten.<sup>33</sup>

### 2.9 Handeln in eigenem Namen im Sinne von Art. 12 lit. b BGFA

In Erwägung 19 seiner Entscheidung führt das Bundesgericht aus, aus Art. 12 lit. b BGFA könne nicht geschlossen werden, dass ein direktes Mandatsverhältnis zwischen dem Anwalt und dem Klienten vorausgesetzt werde, wie dies die Vorinstanz annehme. Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA lasse ausdrücklich zu, dass Anwälte in einem Anstellungsverhältnis bei anderen registrierten Anwälten tätig seien. In diesem Fall bestehe zwischen dem angestellten Anwalt und dem Klienten kein Auftragsverhältnis; das Mandat werde vielmehr mit dem Anwalt, der Arbeitgeber des angestellten Anwalts sei, abgeschlossen. Gleich verhalte es sich bei Mandaten, die mit Anwaltskanzleien abgeschlossen würden, die als Kollektivgesellschaften organisiert seien. Die Aufsichtsbehörden hätten soweit ersichtlich in einem solchen Vorgehen nie einen Verstoß gegen Art. 12 lit. b BGFA gesehen. Art. 12 lit. b BGFA beziehe sich offensichtlich nicht auf das Auftragsverhältnis mit dem Klienten, sondern allein auf die berufsrechtliche Stellung des Anwalts, der das Mandat ausführe. Er handle insofern in eigenem Namen, als er das Mandat unter eigener fachlicher Verantwortung erfülle und dabei selber die spezifisch anwaltsrechtlichen Berufsregeln einzuhalten habe, auch wenn er angestellt sei. Er trete auch allein vor Gericht auf und unterstehe selber der disziplinarischen Aufsicht. Art. 12 lit. b BGFA stehe Mandaten mit Anwaltskörperschaften nicht entgegen.

### 2.10 Handeln auf eigene Verantwortung im Sinne von Art. 12 lit. b BGFA

Das Bundesgericht erwog, dass diese Vorschrift sich allein auf die fachliche Verantwortung für die Einhaltung der Berufsregeln beziehe. Dagegen verlange sie nicht eine persönliche Haftung des Anwalts auf der zivilrechtlichen Ebene. Andernfalls ergäbe sich der bereits erwähnte Widerspruch zu Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA, der eine Anstellung eines Anwalts bei einem anderen Anwalt zulasse, obwohl der erstere gegenüber dem Klienten zivilrechtlich nicht persönlich hafte. Eine persönliche Haftung der Anwälte ver-

möge im Übrigen auch den Klienten im Allgemeinen keinen besseren Schutz zu gewähren, als er bei der Einschaltung einer Körperschaft bestehe. Denn die Zahlungsfähigkeit hänge nicht von der gewählten Rechtsform, sondern von den vorhandenen Mitteln ab. Die berufsrechtliche Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung zeige, dass dem Gesetzgeber die Sicherstellung eines ausreichenden Haftungssubstrates und weniger die unbeschränkte persönliche Haftung des Anwaltes wichtig gewesen sei. So reduziere sich mit dem Abschluss einer Haftpflichtversicherung das Risiko eines Konkurses erheblich.

### 2.11 Berufsgeheimnis

Das Bundesgericht erwog, dass auch die Bestimmung von Art. 13 BGFA einer Organisation einer Anwaltskanzlei in Form einer Kapitalgesellschaft nicht entgegenstehe, zumal das Anwaltsgeheimnis nicht absolut gelte<sup>34</sup> und vergleichbare Relativierungen bei anderen Tätigkeiten möglich seien, die Berufs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren haben und die häufig als Körperschaften organisiert seien<sup>35</sup>.

## 3. Diskussion des bundesgerichtlichen Urteils

### 3.1 Unabhängigkeit im Sinne des BGFA

In konsequenter Fortsetzung und Ergänzung seiner bisherigen Rechtsprechung ist das Bundesgericht zur Auffassung gelangt, die Führung einer Anwaltskanzlei in Form einer Kapitalgesellschaft sei mit den gesetzlichen Bestimmungen vereinbar, sofern die Anwaltstätigkeit organisatorisch so strukturiert sei, dass sie unabhängig erfolgen könne. Das bundesgerichtliche Urteil ist sehr zu begrüßen, führt es doch zu einer Klärung der Rechtslage in all denjenigen Kantonen, in welchen die Aufsichtsbehörden sich bisher zur Frage der Zulässigkeit der Anwaltskapitalgesellschaft nicht ausgesprochen haben.

Zudem enthält das Urteil eine Zusammenfassung der bisher ergangenen Rechtsprechung zur Frage der Unabhängigkeit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA. Bei der Durchsicht dieser Rechtsprechung stellt man fest, dass sich das Bundesgericht in Vergangenheit und auch im vorliegenden Urteil sehr differenziert zur Frage des Inhalts der anwaltlichen Unabhängigkeit geäußert hat. So gesehen stellt das AG-Urteil keinen Freipass für jegliche Organisationsformen, namentlich mit Beteiligungen von Nicht-Anwälten dar. Vielmehr verlangt das Bundesgericht sowohl in abstrakter als auch in konkreter (mandatsbezogener) Weise Vorkehrungen des Anwalts, um die Unabhängigkeit gegenüber seinem Mandanten gewährleisten zu können. Während erstere Eintragungsvoraussetzung sind, sind letztere Bestandteil der Berufsregeln im Sinne von Art. 12 BGFA.

### 3.2 Direktes Mandatsverhältnis/persönliche Haftung

Wohlthuend sind die klaren bzw. klärenden Bemerkungen des Bundesgerichts zur Frage des «direkten Auftragsverhältnisses»

33 Urteil 2P.187/2000 vom 8. 1. 2001, E. 4. C., PRA 2001 Nr. 141, S. 835 ff., S. 843 ff.

34 Vgl. Art. 13 Abs. 2 BGFA.

35 Spitäler, Krankenversicherung, Revisionsgesellschaften und Banken.

bzw. «der persönlichen Haftung», welche das Kantonsgericht St. Gallen verlangt hat. Das Bundesgericht hat ausgeführt, dass zwischen dem Mandanten und dem Anwalt kein direktes Auftragsverhältnis bestehen muss.<sup>36</sup> Dies gilt weder für angestellte Anwälte noch für Anwälte, welche sich im Rahmen einer Kollektivgesellschaft organisieren. Art. 12 lit. b BGFA bezieht sich somit nicht auf das Auftragsverhältnis zum Klienten, sondern auf die berufsrechtliche Stellung des Anwalts, welcher das Mandat ausführt. Dies hat zur Folge, dass das Mandatsverhältnis zwischen der Anwalts-Kapitalgesellschaft, der Kollektivgesellschaft oder dem Arbeit gebenden Anwalt besteht, der mandatsführende Anwalt jedoch über eine Vollmacht verfügen muss.

Ebenso wenig besteht im Aussenverhältnis eine (direkte) Haftung des mandatsführenden Anwalts. Haftbar gegenüber dem Klienten ist der/die Beauftragte<sup>37</sup>, wobei der mandatsführende Anwalt im Innenverhältnis gegenüber dem Beauftragten haftet.

### 3.3 Anwaltsgeheimnis

Die Ausführungen des Bundesgerichts zum Anwaltsgeheimnis im Sinne von Art. 13 BGFA bzw. Art. 321 StGB lassen Interpretationsspielraum offen. Gleichzeitig besteht auch Klärungsbedarf in der Praxis.

Die von den Vorinstanzen angesprochenen Probleme stellen sich in der Praxis nicht, bzw. bestehen unabhängig von der gewählten Rechtsform. Beispielsweise kann sich die Frage der Beurteilung der Debitoren auch im Falle einer Anwaltsgemeinschaft in Form einer Kollektivgesellschaft stellen, namentlich beim Austritt<sup>38</sup> eines Gesellschafters, wenn sich die Partner über deren Höhe nicht einig können<sup>39</sup>.

Nicht erkannt haben die Vorinstanzen, dass sich im Praxisalltag bei Kanzleiwechseln regelmässig die Frage stellt, wie das Anwaltsgeheimnis bei Eintritt neuer Partner bzw. Mitarbeiter und im Zuge eines Zusammenschlusses mehrerer Anwälte oder Anwaltskanzleien zu wahren ist, wenn die Frage potentieller Interessenkollisionen abzuklären ist.<sup>40</sup>

### 3.4 Motion «Cottier» ein Rohrkrepierer?

Der Wortlaut der Motion, welche Ständerat Cottier am 22. Dezember 1999 einreichte, lautet wie folgt:

«Der Bundesrat wird eingeladen, die verschiedenen Organisationsformen für den Zusammenschluss von Angehörigen der freien Berufe (Anwaltskanzleien, Ärztekollektive usw.) abzuklären und dem Parlament – soweit erforderlich – einen Entwurf für geeignete rechtliche Grundlagen zu unterbreiten.»

Zur Begründung wurde ausgeführt, dass Rechtsanwälte sich für die Berufsausübung zunehmend in Anwaltskanzleien mit mehre-

ren Partnern und oftmals zahlreichen Angestellten vereinigen. Dadurch habe sich verstärkt ein Bedürfnis nach einer sachgerechten rechtlichen Organisation von Anwaltskanzleien ergeben. Ähnliche Bedürfnisse bestünden aber auch für die Zusammenarbeit von Angehörigen anderer freier Berufe, so etwa für Notare und Ärzte. Aufgrund der bestehenden persönlichen Haftung sowie der verlangten Unabhängigkeit liessen sich jedoch Anwaltskanzleien oder Ärztekollektive kaum ohne Einschränkungen als Aktiengesellschaften organisieren.

Im Ausland seien daher zum Teil spezifische rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten geschaffen worden, wie etwa die Partnerschaftsgesellschaft oder Anwaltskapitalgesellschaft (namentlich als GmbH). Es dränge sich auf, die Bedürfnisse und Handlungsalternativen abzuklären und geeignete juristische Ausgestaltungen zu schaffen. Bezüglich der Fragen der Unabhängigkeit, der beherrschenden Stellung in der Gesellschaft, solle auch eine analoge Anwendung von Artikel 6 des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland geprüft werden.

Mit Bezug auf die Ärzte hatten der Motionär sowie das Parlament übersehen, dass es im Jahre 1999, d.h. im gleichen Jahr, als das BGFA in den Räten diskutiert worden ist, die Möglichkeit eröffnet hat, ohne irgendwelche Einschränkungen im Anstellungsverhältnis (ausserhalb von Spitälern) tätig zu sein, mithin sich von der eigenen Aktiengesellschaft anstellen zu lassen.<sup>41</sup>

Die Motion «Cottier» erwies sich in Bezug auf die Ärzte bereits im Zeitpunkt des Einreichens als inhaltsleer. Mit Bezug auf die Notare ist festzuhalten, dass es sich nicht um einen freien Beruf handelt, sondern um eine hoheitliche Tätigkeit.<sup>42</sup>

Mit Bericht vom 5. März 2010 an das Parlament stellte der Bundesrat (zutreffend) wörtlich was folgt fest:

«Die Motion beauftragt den Bundesrat, die verschiedenen Organisationsformen für den Zusammenschluss von Angehörigen der freien Berufe abzuklären und dem Parlament soweit erforderlich einen Vorschlag für geeignete rechtliche Grundlagen zu unterbreiten. Der Markt verlangt insbesondere von Rechtsanwältinnen (teilweise aber auch von Notaren und Ärzten) vermehrt, dass sie sich zu grösseren Kollektiven mit oftmals zahlreichen Angestellten zusammenschliessen. Im Ausland wurden zu diesem Zweck zum Teil spezifische rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten geschaffen. Die Organisation von Rechtsanwaltskanzleien in der Form einer Kapitalgesellschaft, namentlich der AG oder GmbH, wird heute von den Aufsichtsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen in den meisten Kantonen zugelassen. Dabei zeigt sich, dass die sich stellenden Probleme weitgehend aufsichtsrechtlicher und nicht gesellschaftsrechtlicher Natur sind.» ■

36 Vgl. Art. 12 lit. b BGFA.

37 Anwalt, Anwaltsgesellschaft.

38 Lebzeitig oder im Todesfall.

39 Aussergerichtlich oder im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung.

40 Vgl. Art. 14 Abs. 2 der Schweizerischen Ständesregeln.

41 Vgl. BBl 1999, 793; AB 1999 N 740 ff., AB 1999 S 159, AS 2000, 2305; Gegenstand der Diskussion war die Änderung von Art. 36a KVG.

42 BGE 133 I 259 E. 2.2.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich 2012, N 633.

Tom Frey\*

## Beweisvereitelung und ihre Rechtsfolgen

**Stichworte:** Beweisvereitelung, Beweiserleichterung, Beweismass, Umkehr der Beweislast, Beweiswürdigung

### 1. Einleitung

Im schweizerischen Recht gilt der Grundsatz, wonach die beweisbelastete Partei für den rechtserheblichen Sachverhalt den vollen Beweis zu erbringen hat.<sup>1</sup> Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall führen nicht zu einer Beweiserleichterung oder zu einer Umkehr der Beweislast.<sup>2</sup>

Von dieser Grundregel gibt es Ausnahmen. Ein prominentes Beispiel ist Art. 42 Abs. 2 OR, der beim Vorliegen eines ziffern-mässig nicht nachweisbaren Schadens eine Herabsetzung des Regelbeweismasses auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erlaubt.<sup>3</sup>

Neben Art. 42 Abs. 2 OR anerkennen Lehre und Rechtsprechung weitere Anwendungsfälle für Beweiserleichterungen. Eine wichtige und bislang noch wenig erforschte Kategorie bilden Fälle der Beweisvereitelung. Diesem Sonderfall des Beweisrechts gilt das Augenmerk der vorliegenden Abhandlung. Unter Beweiserleichterungen werden im vorliegenden Zusammenhang die Absenkung des Beweismasses, Anweisungen an den Richter in Bezug auf die Beweiswürdigung sowie die Umkehr der Beweislast verstanden.

### 2. Formen der Beweisvereitelung

Als Beweisvereitelung wird ein Tun oder Unterlassen einer Prozesspartei bezeichnet, die es dem mit dem Hauptbeweis belasteten Gegner verunmöglicht, den Beweis für den prozessrelevanten Sachverhalt in rechtsgenügendem Umfang zu erbringen, obwohl dieser grundsätzlich erreichbar gewesen wäre.<sup>4</sup> Die Beweisvereitelung tritt in der Praxis, von wenigen Spezialfällen abgesehen, in den folgenden drei Formen auf:<sup>5</sup>

- Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweiserhebung (Art. 164 ZPO);
- Schuldhaftes Vernichten von Beweismitteln;<sup>6</sup>
- Unterlassung rechtlicher Dokumentations- oder Aufbewahrungspflichten.<sup>7</sup>

Der Begriff der Beweisvereitelung wird in der vorliegenden Arbeit in einem breiten Kontext verstanden. Auf eine Unterscheidung zwischen Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweiserhebung und der Beweisvereitelung im Speziellen, wie sie in der Literatur vereinzelt anzutreffen ist,<sup>8</sup> wird in der Folge verzichtet.

#### 2.1 Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweiserhebung

Die beweisrechtlichen Mitwirkungspflichten sowie die Rechtsfolgen bei deren Nichtbefolgung sind seit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) nunmehr in Art. 160 ff. gesetzlich geregelt. Gemäss Art. 160 ZPO sind die Parteien verpflichtet, Urkunden, die sich in ihrem Besitz befinden, herauszugeben, sofern sie sich nicht auf ein Verweigerungsrecht nach Art. 163 ZPO berufen können. Eine unberechtigte Verweigerung im Sinne von Art. 164 ZPO liegt auch vor, wenn sich eine Partei weigert eine Aussage zu machen oder einen Augenschein an der Streitgegenständlichen Sache zu dulden.<sup>9</sup> Auf Antrag einer Partei hat die Gegenpartei sämtliche Dokumente zu edieren und Auskünfte zu erteilen, denen im betroffenen Prozess Beweiserheblichkeit zukommt.<sup>10</sup> Dasselbe gilt hinsichtlich der Duldung eines Augenscheins.

Art. 160 und 164 ZPO beziehen sich einzig auf die Mitwirkungspflichten bei der Beweiserhebung im Prozess. Vorprozessuale Handlungen oder Unterlassungen werden vom Anwendungsbereich der beiden Normen nicht erfasst.<sup>11</sup> Nicht unter Art. 164 ZPO fallen daher die vorprozessuale Vernichtung von Beweismitteln sowie die Unterlassung rechtlicher Dokumentations- oder Aufbewahrungspflichten durch den Beweisgegner. Diskutierbar ist zudem, ob die Vernichtung von Beweismitteln während eines laufenden Prozesses von Art. 164 ZPO erfasst wird. Diese Vereitelungshandlung wird zwar vom Wortlaut der Norm nicht er-

\* Rechtsanwalt, Associate bei Baumgartner Mächler Rechtsanwälte, Zürich, arbeitet zzt. in New York. [www.bmlaw.ch](http://www.bmlaw.ch)

1 BGer 4A.22/2008 vom 10.4.2008, E. 5; 5C.97/2005 vom 15.9.2005, E. 4.4.2; BGE 128 III 271, E. 2b; ISABELLE BERGER-STEINER, Das Beweismass im Privatrecht, Diss., Bern 2008, N 07.02.

2 BGE 130 III 321, E. 3.2; vgl. auch BGer 4A.338/2011 vom 14.12.2011, E. 2.2; 4C.142/2005 vom 15.6.2006, E. 5.1. Betreffend Umkehr der Beweislast: BSK ZGB-SCHMID/LARDELLI, Art. 8 N 71; BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 191.

3 BGer 4A.338/2011 vom 14.12.2011, E. 2.2 und 2.3; BGer 4A.232/2010 vom 19.7.2010, E. 10.1; 4A.23/2010 vom 12.4.2010, E. 2.3.3 sowie 4C.307/2006 vom 26.3.2007, E. 3.2.

4 MICHAEL BEGLINGER, Beweislast und Beweisvereitelung im Zivilprozess, ZSR 1996, S. 469 ff., S. 481; FRANCESCO TREZZINI, Nota di Francesco Trezzini – «caso del trimestre», Bemerkung zum Urteil des BGer 4C.378/1999, SZP 2005, S. 167 ff., S. 167; BERGER-STEINER, N 07.12 mit Verweis auf vorgehende.

5 Eine ausführliche Aufzählung der Formen der Beweisvereitelung findet sich bei BEGLINGER, S. 481.

6 BGer 4C.378/1999 vom 23.11.2004, E. 6.3; BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 82 und 191; GRÖNER, Beweisrecht, S. 110; vgl. auch BGer 4D.48/2009 vom 30.10.2009, E. 2.5.4; ZR 98 (1999), S. 144.

7 BGer 9C.951/2011 vom 26.4.2012, E. 8.1.1 m.w.H.; GVP 1995 (1996), S. 58; vgl. BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 453 und 454.

8 Vgl. KUKO ZPO-SCHMID, Art. 157 N 11.

9 Vgl. Art. 160 ZPO; BSK ZPO-SCHMID, Art. 160 N 10; MARKUS BERNI, Hand-Komm. ZPO, Art. 164 N 3.

10 BSK ZPO-SCHMID, Art. 160 N 23 und 24.

11 Dies ergibt sich aus dem Geltungsbereich der ZPO (Art. 1 ZPO); vgl. auch KUKO ZPO-SCHMID, Art. 157 N 11.

fasst, unterscheidet sich in ihrer Wirkung aber kaum von einer verweigerten Edition eines Dokuments. In beiden Fällen wird das Beweismittel der beweisbelasteten Partei im Prozess vorenthalten. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Aufzählung der Mitwirkungspflichten in Art. 160 Abs. 1 ZPO nicht abschliessend ist («Insbesondere haben sie:»)<sup>12</sup> Es spricht grundsätzlich nichts dagegen, die Vernichtung eines Beweismittels während des Prozesses als verweigte Mitwirkung zu qualifizieren und daher der Bestimmung unterzuordnen.<sup>13</sup> Bislang fehlen Hinweise aus der Lehre und Rechtsprechung, die den Anwendungsbereich von Art. 164 ZPO genau definieren. Auch aus der Botschaft zur ZPO<sup>14</sup> lassen sich zu den unterschiedlichen Formen der Beweisvereitelung keine detaillierten Erläuterungen entnehmen.

Die (vorprozessuale) Vernichtung von Beweismitteln sowie die Unterlassung rechtlicher Dokumentations- oder Aufbewahrungspflichten durch den Beweisgegner kann auf der Seite der beweisbelasteten Partei aber ebenso zu erheblichen Beweisschwierigkeiten führen, wie die durch Art. 164 ZPO abgedeckten Fälle, weshalb es auch für diese Figuren der Beweisvereitelung beweisrechtlicher Massnahmen bedarf. Mangels gesetzlicher Regelung ist in diesem Bereich die bisherige Rechtsprechung und Lehre zur Beweisvereitelung massgebend.

## 2.2 Vernichtung von Beweismitteln

Ein Fall von Beweisvereitelung liegt vor, wenn eine Partei Beweismittel vernichtet, entsorgt oder auf andere Weise für das Beweisverfahren unbrauchbar macht.<sup>15</sup> Es spielt dabei grundsätzlich keine Rolle, ob die Vernichtung während oder vor dem Prozess stattfindet.<sup>16</sup> Die Annahme einer vorprozessualen Beweisvereitelung setzt aber voraus, dass die Beweiserheblichkeit in einem künftigen Prozess im Zeitpunkt der relevanten Handlung in den Grundzügen bereits voraussehbar bzw. erkennbar war.<sup>17</sup> Denn ein entsprechendes Tätigwerden muss vorwerfbar sein und setzt mithin ein schuldhaftes Verhalten voraus.<sup>18</sup> Fahrlässige Vernichtung ist grundsätzlich ausreichend, um als Beweisvereitelung qualifiziert zu werden.<sup>19</sup> Bei Vernichtung von Dokumenten oder Gegenständen während und unmittelbar vor einem Prozess wird das Wissen um die Relevanz der beseitigten Beweismittel durch die Parteien wohl kaum je bestritten werden können und daher regelmässig ein Verschulden vorliegen. Anders hingegen bei der

vorprozessualen Vernichtung, deren Vorwerfbarkeit weniger offensichtlich ist. Ein anschauliches Beispiel für eine Beweisvereitelung durch vorprozessuale Vernichtung eines Beweismittels liefert ein Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 2004. Das höchste Gericht hatte im betreffenden Urteil die Beweiserleichterung zugunsten einer Patientin geschützt, weil der behandelnde Arzt nach einer Operation die Videoaufnahmen des Eingriffs entsorgt hatte, obwohl er in diesem Zeitpunkt bereits wusste, dass bei der Patientin als Folge der Operation gravierende Probleme aufgetreten waren.<sup>20</sup>

## 2.3 Unterlassung rechtlicher Dokumentations- oder Aufbewahrungspflichten

Bei dieser Kategorie der Beweisvereitelung handelt es sich um Fälle, bei welchen die Unterlassung rechtlich gebotener Dokumentations- oder Aufbewahrungspflichten durch eine Partei zu einer Beweisnot bei der Gegenpartei in einem Prozess führt. Diese Form der Beweisvereitelung unterscheidet sich insofern von den beiden vorerwähnten Figuren, als sie ausschliesslich vorprozessual und in der Regel nicht direkt im Hinblick auf eine Erschwerung der Beweislage des Prozessgegners erfolgt, auch wenn dies in Einzelfällen durchaus zutreffen mag.

Unterlassene Dokumentations- oder Aufbewahrungspflichten spielen insbesondere bei Arzthaftungsprozessen eine Rolle.<sup>21</sup> Eine unvollständige Dokumentierung durch den behandelnden Arzt führt beim geschädigten Patienten regelmässig zu einer Beweisnot, wenn es um den Nachweis einer allfälligen Sorgfaltspflichtverletzung geht.<sup>22</sup> Die ärztliche Dokumentationspflicht ergibt sich dabei aus dem Auftragsrecht (Art. 400 Abs. 1 OR) oder aus kantonalem öffentlichem Recht<sup>23</sup> und umfasst im Wesentlichen das Führen einer vollständigen Krankengeschichte<sup>24</sup>. In BGer 4A.48/2010 vom 9.7.2010, E. 7.5 qualifizierte das Bundesgericht einen Fall als Beweisvereitelung, bei dem die zuständigen Ärzte bei einer Geburt Aufzeichnungen bezüglich die Herzfrequenz des Kindes sowie die Wehentätigkeit der Mutter unterlassen hatten. Das Kind kam schliesslich mit einer schweren Behinderung zur Welt. Nach Ansicht des höchsten Gerichts wären entsprechende Aufzeichnungen geboten gewesen, weshalb es in deren Unterlassung eine «Verletzung der massgebenden Handlungsmaximen» erblickte, die im Haftpflichtprozess nicht zum Nachteil der beweisbelasteten Partei führen durften.

Weitere rechtliche Pflichten, deren Verletzung durch den Beweisgegner als Beweisvereitelung qualifiziert wird und daher Be-

12 FRANZ HASENBÖHLER, Komm. zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 160 N 5; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 66.

13 Im Folgenden wird daher die Vernichtung eines Beweismittels während dem Prozess als Beweisvereitelung im Sinne einer verweigten Mitwirkung bei der Beweiserhebung gemäss Art. 164 ZPO betrachtet.

14 Botschaft ZPO (BBl 2006 7221).

15 Siehe Nachweise in Fn. 6 oben.

16 BEGLINGER, S. 481; BERGER-STEINER, N 07.12 mit Verweis auf BEGLINGER. Die Unterscheidung spielt insofern eine Rolle, als dass die vorprozessuale Beweisvereitelung nicht von Art. 164 ZPO erfasst wird.

17 TREZZINI, S. 167 f.; vgl. auch BGer 4D.48/2009 vom 30.10.2009, E. 2.5.4; Urteil des Zürcher Bezirksgerichts vom 11.12.1998, in: ZR 98 (1999), S. 144.

18 Vgl. TREZZINI, S. 169; BSK ZGB-SCHMID/LARDELLI, Art. 8 N 81 m.w.H.; Urteil des Zuger Kantonsgerichts vom 22.2.1996, in: GVP 1995 (1996), S. 58.

19 BERGER-STEINER, N 07.12; vgl. auch BGer 5P.200/2005 vom 2.11.2005, E. 4.3.2.

20 BGer 4C.378/1999 vom 23.11.2004, E. 6.3.

21 Vgl. LAURA JETZER, Die ärztliche Dokumentationspflicht und der Beweis des Behandlungsfehlers, ZBJV 148/2012, S. 309 ff.; HARRY LANDOLT, Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess, in: HAVE Personen-Schaden-Forum 2011 – Tagungsbeiträge 2011, Zürich 2011, S. 85; BK-FELLMANN, Art. 398 N 453 und 454 m.w.H.

22 Vgl. ROGER GRONER, Beweisrecht – Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011, S. 114; BK-FELLMANN, Art. 398 N 452; MARKUS SCHMID, Beweislast, Beweiserleichterung oder Beweislastumkehr im Arzthaftpflichtprozess?, in: HAVE Personen-Schaden-Forum 2005 – Tagungsbeiträge 2005, Zürich 2005, S. 234 f.

23 JETZER, S. 311 ff. m.w.H.

24 Vgl. SCHMID, HAVE 2005, S. 235; JETZER, S. 312 ff.

weiserleichterungen zugunsten der beweisbelasteten Partei zulassen, sind beispielsweise die Buchführungspflichten. Das Kantonsgericht Zug befassete sich im Jahr 1996 mit einem Fall, bei dem der alleinige Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft es unterlassen hatte, für eine gehörige Führung der Geschäftsbücher und deren Aufbewahrung zu sorgen. Nach Ansicht des Gerichts wurde dadurch dem Kläger verunmöglicht, den Nachweis für den Zeitpunkt zu erbringen, in welchem die Überschuldung der Aktiengesellschaft eintrat und somit die Benachrichtigung des Gerichts i.S.v. Art. 725 Abs. 3a OR hätte erfolgen müssen.<sup>25</sup> Das Zuger Kantonsgericht bejahte daher in der Folge eine Beweisvereitelung durch den Verwaltungsrat.

Eine verhältnismässig reichhaltige Praxis besteht sodann zu Fällen der Beweisvereitelung, bei denen sich die beweisbelastete Partei in einer Beweisnot befindet, weil staatliche Behörden ihrer Aktenführungspflicht nicht ordnungsgemäss nachgekommen sind.<sup>26</sup> Beweiserleichterungen werden zudem in arbeitsrechtlichen Prozessen betreffend Überstunden gewährt, wenn es der Arbeitgeber in Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten (z.B. Art. 46 ArG) unterlässt, die Arbeitszeiten seiner Mitarbeiter aufzuzeichnen.<sup>27</sup>

Die hier genannten Beispiele sind nicht abschliessend. So wäre es auch denkbar, die Nichtalarmierung der Polizei nach einem Unfall als unterlassene Dokumentierung im weiteren Sinne und somit als Beweisvereitelung zu qualifizieren.<sup>28</sup> Die erwähnten Beispiele zeigen auch, dass die unterlassenen Pflichten nicht etwa die Sicherung allfälliger Beweisführungsmöglichkeiten bezwecken müssen. Es reicht grundsätzlich aus, wenn eine beliebige Dokumentations- oder Aufbewahrungspflicht verletzt wird, die in einem späteren Prozess zu einer Beweisnot bei der beweisbelasteten Partei führt. In Anbetracht der offenen Wortwahl des Bundesgerichts – so sprach es in BGer 4A.48/2010 vom 9.7.2010, E. 7.5 von der Verletzung der «massgebenden Handlungsmaximen» – dürfte zudem ausreichend sein, wenn die Beweisnot beispielsweise aus der Verletzung interner Richtlinien oder Standesregeln resultiert, um den Tatbestand einer Beweisvereitelung zu erfüllen. So schreiben beispielsweise die Verhaltensregeln für Effekthändler der Schweizerischen Bankiervereinigung<sup>29</sup> vor, dass der Effekthändler «im Interesse der Nachweisbarkeit» dokumentieren soll, «wie er seine Kunden informiert hat».<sup>30</sup> Verletzt ein Effekthändler diese Dokumentationspflicht im Rahmen der Aufklärung eines Kunden, rechtfertigt es sich, diesem in einem allfälligen späteren Prozess gegen den Effekthändler Beweiserleichterungen zu gewähren.<sup>31</sup>

25 GVP 1995 (1996), S. 58 f.

26 BGer 9C.951/2011 vom 26.4.2012, E. 8.1 mit zahlreichen Hinweisen zur Praxis.

27 BGer 4C.307/2006 vom 26.3.2007, E. 3.1; BGer 4C.146/2003 vom 28.8.2003, E. 4.

28 Offen gelassen in BGer 4C.56/2002 vom 21.10.2002, E. 2.2.

29 Verhaltensregeln für Effekthändler bei der Durchführung des Effekthandelsgeschäfts der Schweizerischen Bankiervereinigung (2008).

30 Ziff. 10 des Kommentars zu Art. 3 der Verhaltensregeln.

31 Vgl. P. CHRISTOPH GUTZWILLER, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich 2008, S. 138 ff.; DERSELBE, Der Beweis der Verletzung von Sorgfaltspflichten, insbesondere der Aufklärungspflicht, im Anlagegeschäft der Banken, AJP 2004, S. 411 ff., S. 416.

### 3. Folgen der Beweisvereitelung

#### 3.1 Allgemein

Beweiserleichterungen zugunsten der beweisbelasteten Partei rechtfertigen sich nur dann, wenn der Grund für das Vorliegen der Beweisnot der Verantwortungssphäre des Beweisgegners zuzurechnen ist.<sup>32</sup> Entsprechende Handlungen oder Unterlassungen müssen mithin vorwerfbar sein, d.h. gegen das Gebot der loyalen Prozessführung verstossen.<sup>33</sup> Es soll keine Partei aus einem Verhalten, das Treu und Glauben widerspricht, Vorteile bei der Prozessführung ableiten können.<sup>34</sup> Der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben nach Art. 2 ZGB galt bereits vor Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO auch für das Zivilprozessrecht und ist nun in Art. 52 ZPO ausdrücklich kodifiziert.<sup>35</sup>

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinsichtlich der Rechtsfolgen einer Beweisvereitelung war von jeher uneinheitlich. So sprach sich das höchste Gericht im Zusammenhang mit der Beweisvereitelung in der Vergangenheit teilweise für eine Berücksichtigung dieses Verhaltens bei der Beweiswürdigung,<sup>36</sup> aber auch schon mehrmals für eine Umkehr der Beweislast aus.<sup>37</sup> Sodann schützte das Bundesgericht vereinzelt Entscheide, bei denen die kantonalen Instanzen infolge einer Beweisvereitelung eine Herabsetzung des Beweismasses vorgenommen hatten.<sup>38</sup> Die Lehre ist sich bei der Frage der Rechtsfolgen einer Beweisvereitelung ebenso uneins. Abwechslungsweise soll entsprechendes Verhalten entweder im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden, eine Reduktion des Beweismasses zur Folge haben oder zur Umkehr der Beweislast führen.<sup>39</sup>

#### 3.2 Rechtsfolge bei verweigerter Mitwirkung bei der Beweiserhebung

Die Mitwirkung bei der Beweiserhebung bildet für die Prozessparteien lediglich eine Obliegenheit, die weder mit Strafmassnahmen

32 BEGLINGER, S. 480 m.w.H.

33 BEGLINGER, S. 482.

34 MAX GULDENER, Treu und Glauben im Zivilprozess, in: SJZ 39 (1943), S. 394; HANS MERZ, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitungsband, Bern 1966, Art. 2 ZGB N 559.

35 THOMAS SUTTER-SOMM/MARCO CHEVALIER, Komm. zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 52 N 24; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 1 N 58; BEGLINGER, S. 482 m.w.H.

36 BGer 4C.307/2006 vom 26.3.2007, E. 3.1; BGer 5P.200/2005 vom 2.11.2005, E. 4.3.1; BGer 5P.347/2004 vom 11.1.2005, E. 6.3; vgl. auch RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Komm. zur zürcherischen ZPO, Aufl. 3, Zürich 1997, Art. 113 N 3a; ZR 104 (2005), S.149. Der Grundsatz, wonach das Verhalten der Parteien im Prozess, insbesondere die Verweigerung bei der Mitwirkung bei der Beweiserhebung, im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist, war auch Inhalt verschiedener kantonalen Zivilprozessordnungen. So z.B. nach § 124 ZPO-SZ oder § 148 ZPO-ZH; vgl. zu letzterer Bestimmung auch FRANK/STRÄULI/MESSMER, Art. 148 N 10a.

37 Vgl. BGer 9C.951/2011 vom 26.4.2012, E. 8.1.1. mit zahlreichen Hinweisen zur Praxis.

38 BGer 4A.48/2010 vom 9.7.2010, E. 7.5; BGer 4C.378/1999 vom 23.11.2004; E. 6.3; vgl. auch BGer 4C.146/2003 vom 28.8.2003, E. 4 und 5.

39 Eine Übersicht zum Stand der Lehre findet sich bei Berger-Steiner in Fn. 1108.

sanktioniert noch direkt erzwungen werden kann.<sup>40</sup> Verweigert eine Partei in ungerechtfertigter Weise ihre Mitwirkung, ist dies aber im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Für diese Form der Beweisvereitelung ist die Rechtsfolge nunmehr ausdrücklich in Art. 164 ZPO festgeschrieben, entsprach teilweise aber schon vor Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO der gerichtlichen Praxis.<sup>41</sup> Sofern die bisherige Lehre und Rechtsprechung in diesem Bereich abweichende Rechtsfolgen vorsah, dürften diese heute aufgrund des klaren Wortlauts der Bestimmung obsolet sein. Abzulehnen ist damit insbesondere eine Umkehr der Beweislast.<sup>42</sup> Die verweigerter Urkundenedition bzw. Auskunftserteilung sollte ebenso wenig dazu führen, die Tatsachenbehauptung der Gegenpartei einfach als wahr zu betrachten.<sup>43</sup> Der Beweisvereitelung kommt auf der Ebene der Beweiswürdigung keine Sonderstellung zu; sie ist wie die übrigen Anhaltspunkte (z.B. widersprüchliche Behauptungen) im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigen.<sup>44</sup> Das renitente Verhalten einer Partei stellt dabei ein Indiz für das Bestehen der Tatsache dar, welche die Mitwirkung gerade hätte beweisen sollen.<sup>45</sup>

Verweigert der Beweisgegner trotz Antrag des Beweisbelasteten die Edition eines bestimmten Dokuments, das sich unbestrittenemassen in seinem Besitz befindet, so werden die Gerichte aber de facto wohl mehrheitlich von der Wahrheit des durch den Beweisbelasteten behaupteten Inhalts ausgehen.<sup>46</sup> Im Resultat unterscheiden sich die prozessualen Folgen für den Beweisgegner in diesem Fall deshalb nicht mehr wesentlich von einer Umkehr der Beweislast. Faktisch obliegt dann nämlich dem Beweisgegner der Beweis dafür, dass die hinsichtlich des verweigerter Beweismittels vorgebrachten Behauptungen nicht wahr sind.<sup>47</sup>

Für die vorsätzliche Vernichtung von Beweismitteln während des Prozesses wäre grundsätzlich eine Umkehr der Beweislast angemessen.<sup>48</sup> Art. 164 ZPO sieht diese Sanktionierung allerdings nicht vor. Um der relativ hohen Vorwerfbarkeit dieser Figur der Beweisvereitelung trotzdem gerecht zu werden, sollte der Richter in solchen Fällen im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung regelmässig auf die Richtigkeit der Behauptungen der beweisbelasteten Partei im Zusammenhang mit dem vernichteten Beweismittel schliessen. Damit wird im Ergebnis ein ähnliches Resultat erzielt.

### 3.3 Rechtsfolge bei den übrigen Formen der Beweisvereitelung

Die schuldhafte (vorprozessuale) Vernichtung von Beweismitteln sowie die Unterlassung rechtlicher Dokumentations- oder Aufbewahrungspflichten stellen im Vergleich zur verweigerter Mitwirkung bei der Beweisführung insofern einen Spezialfall dar, als erstere beide bei der Einführung der Schweizerischen ZPO gesetzlich nicht geregelt wurden. In diesem Bereich behält die bisherige Rechtsprechung und Lehre daher grundsätzlich uneingeschränkte Gültigkeit.

#### 3.3.1 Umkehr der Beweislast

Die Beweislastumkehr stellt die schärfste Sanktionierung einer Beweisvereitelung dar.<sup>49</sup> Sie wird sich nur in Extremfällen rechtfertigen. Ein möglicher Anwendungsfall wäre beispielsweise, wenn der Gegner der beweisbelasteten Partei die einzigen Beweismittel vernichtet, obschon er sich ihrer Bedeutung bewusst ist.<sup>50</sup> Eine Umkehr der Beweislast sollte nur dann erfolgen, wenn dem Beweisgegner in Bezug auf die Beweisvereitelung (eventual-) vorsätzliches Handeln vorgeworfen werden kann.<sup>51</sup> Entgegen der Ansicht von BEGLINGER geht die Umkehr der Beweislast bei Fällen der fahrlässigen Beweisvereitelung nach der hier vertretenen Meinung deshalb zu weit.<sup>52</sup> Liegt lediglich fahrlässiges Handeln vor, so wird das in Frage stehende Verhalten regelmässig nicht derart vorwerfbar sein, dass die Folgen der Beweislosigkeit einzig der fehlbaren Partei aufzuerlegen wären. Vielmehr ist in diesem Grenzbereich eine Mittellösung zu wählen, welche die Interessen des Beweisgegners zumindest teilweise mitberücksichtigt.<sup>53</sup> Die Beweisvereitelung in der Form einer unterlassenen Dokumentations- oder Aufbewahrungspflicht dürfte tendenziell eher der Kategorie fahrlässige Beweisvereitelung zuzuordnen sein und zudem selten direkt auf eine Vereitelung der Beweisführung der Gegenpartei in einem späteren Prozess abzielen. Eine Beweislastumkehr wird bei dieser Form der Beweisvereitelung deshalb mehrheitlich nicht angemessen sein. Erfolgt die Unterlassung ausnahmsweise bewusst im Hinblick auf die Vereitelung der Beweisführung der Gegenpartei, wäre aber eine Umkehr der Beweislast die angezeigte Rechtsfolge.

Die Umkehr der Beweislast rechtfertigt sich gemäss Bundesgericht im Geschäftsverkehr zwischen Privaten und den Behörden. Hierzu hat es in einem jüngst ergangenen Entscheid seine bisherige Praxis bestätigt, wonach bei Beweisvereitelungen durch die Behörden grundsätzlich eine Umkehr der Beweislast eintritt.<sup>54</sup> Bei der Beweisvereitelung durch eine Behörde handelt es sich meist um Fälle, bei denen die Behörde ihre Aktenführungspflicht

40 HASENBÖHLER, Art. 160 N 4; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 18 N 65; Botschaft ZPO, S. 7316.

41 Siehe dazu Fn. 36 vorne.

42 Vgl. BGer 5P.200/2005 vom 2.11.2005, E. 4.3.1; BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 184.

43 Vgl. HASENBÖHLER, Art. 160 ZPO N 7; BEGLINGER, S. 485.

44 BEGLINGER, S. 484.

45 HASENBÖHLER, Art. 160 ZPO N 7; vgl. auch BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 188.

46 BSK ZPO-SCHMID, Art. 164 N 2; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 34 und 82.

47 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 34 und 82.

48 Siehe nachfolgend 3.3.1.

49 BERGER-STEINER, N 07.16; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 157 N 12.

50 BGer 4C.307/2006 vom 26.3.2007, E. 3.1; BGer 4C.146/2003 vom 28.8.2003, E. 4.1; BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 82 und 191.

51 BERGER-STEINER, N 07.16; vgl. auch BGer 4C.307/2006 vom 26.3.2007, E. 3.1: «Indessen vermag nicht schon eine blosser Beweisnot des Beweisbelasteten eine Beweislastumkehr zu rechtfertigen [...]»

52 Vgl. BEGLINGER, S. 493.

53 Vgl. BERGER-STEINER, N 07.09.

54 BGer 9C.951/2011 vom 26.4.2012, E. 8.1 mit zahlreichen Hinweisen zur Praxis.

verletzt hat.<sup>55</sup> Weshalb bei Behörden eine strengere Handhabung der Beweisvereitelung angezeigt ist, hat das höchste Gericht nicht erläutert. Sie dürfte deshalb gerechtfertigt sein, weil die Behörden, ungleich der Situation zwischen zwei privaten Parteien, der Privatperson gegenüber oft in übergeordneter Stellung gegenüberstehen und zudem das Vertrauen des Bürgers in das Funktionieren des Staates geschützt werden soll.

Sodann bejaht das Bundesgericht eine Umkehr der Beweislast vereinzelt in arbeitsrechtlichen Entscheiden, sofern «eine ausdrücklich und im Einzelnen geregelte Dokumentationspflicht in einem Gesamtarbeitsvertrag» besteht, die verletzt wurde.<sup>56</sup> Zu weit geht aber wohl, wenn das Bundesgericht in BGer 5P.347/2004 vom 11.2.2005, E. 6.3 ausführt, es erschiene «ebenso wenig willkürlich, renitentes Verhalten [es ging dabei um die Auskunftsverweigerung eines Erben] allenfalls im Sinne einer Umkehr der Beweislast zu berücksichtigen.»

### 3.3.2 Herabsenkung des Beweismasses

Zunächst bietet sich eine Herabsenkung des Beweismasses grundsätzlich immer dann an, wenn die Beweisvereitelung fahrlässig erfolgt.<sup>57</sup> Damit wird die fahrlässig handelnde Partei nicht übermässig benachteiligt, gleichzeitig aber auch die Beweisnot der beweisbelasteten Partei entschärft. Die Situation unterscheidet sich denn nicht wesentlich vom ziffernmässig nicht nachweisbaren Schaden im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR, gemäss welchem nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts für den Beweis des Schadens eine Herabsenkung des Regelbeweismasses auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit eintritt.<sup>58</sup> In beiden Fällen liegt aus Sicht der beweisbelasteten Partei eine unverschuldete Beweisnot vor. Das Verhalten des Beweisgegners verstösst gleichzeitig nicht derart gegen Treu und Glauben, dass eine zusätzliche Sanktionierung angezeigt wäre.

In einem unpublizierten Urteil aus dem Jahre 1994 hielt das Bundesgericht fest:

«Zur Grundsatzfrage, ob das Bundesrecht im Fall der Beweisvereitelung eine Umkehr der Beweislast gebietet oder zulässt, hat sich das Bundesgericht bisher nicht geäussert. In einem nicht publizierten Entscheid wurde jedoch unter Hinweis auf Literatur und kantonale Praxis festgehalten, eine Beweisvereitelung habe – wenn nicht eine Umkehrung der Beweislast –, so doch (mindestens) zur Folge, dass das Beweismass erheblich herabzusetzen sei [...]»<sup>59</sup>

Damit scheint das höchste Gericht die Beweismassreduktion als Mindeststandard bei Beweisvereitelungen zu betrachten. Im bereits weiter vorne zitierten, erst kürzlich ergangenen BGer 4A.48/2010 vom 10.7.2010, E. 7.5 favorisiert das Bundesgericht als Rechtsfolge der Beweisvereitelung, zumindest wenn diese nicht vorsätzlich erfolgt, ebenfalls eine Herabsenkung des

Beweismasses. Das Bundesgericht sprach auch schon vom «allgemein gültigen Prozentgrundsatz», wonach eine vorprozessual oder während des Prozesses erfolgte Beweisvereitelung eine Herabsetzung des Regelbeweismasses bewirke.<sup>60</sup>

Bei der Beweismassreduktion stellt sich die Frage, auf welche Stufe dieses infolge einer Beweisvereitelung herabgesetzt werden soll? Im Bundesprivatrecht wird gemeinhin zwischen drei Beweisgraden bzw. -stufen unterschieden: das Regelbeweismass, die hohe oder überwiegende Wahrscheinlichkeit und die Glaubhaftmachung.<sup>61</sup> Ein Beweis hat dabei grundsätzlich den Anforderungen des Regelbeweismasses zu genügen, wobei sich Ausnahmen aus Gesetz sowie Rechtsprechung und Lehre ergeben können.<sup>62</sup> Wie sich aus den vorgehenden Ausführungen ergibt, wurde die Möglichkeit Beweisvereitelungen mit einer Beweismasssenkung zu entschärfen durch die Rechtsprechung herausgebildet. Allerdings liefert die bundesgerichtliche Rechtsprechung nur wenige Hinweise zum Umfang der Beweismassreduktion. In BGer 4C.378/1999, vom 23.11.2004, E. 3.2 führt das höchste Gericht aus, dass das Beweismass infolge einer Beweisvereitelung «erheblich herabgesetzt werden kann». Weiter hinten in E. 9 hält es wiederum dafür, für diesen Fall eine Herabsenkung des Regelbeweismasses auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit vorzunehmen. Die Ausführungen in E. 9, wonach eine Beweismassreduktion auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu erfolgen habe, sind insofern verwunderlich, als sich diese offensichtlich auf das Tatbestandsmerkmal der Kausalität beziehen. Für den Nachweis des natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhangs gilt aber ohnehin das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.<sup>63</sup> Eine entsprechende Beweismassreduktion bleibt unter diesen Umständen daher streng genommen wirkungslos.<sup>64</sup> Wenig Klarheit diesbezüglich bringt auch ein jüngerer Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 2010, bei dem das Gericht zunächst ausführt, dass der hypothetische Kausalverlauf mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben sei und wenig später festhält, die Vorinstanz habe «lediglich eine weitergehende, das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit reduzierende Beweiserleichterung» vorgenommen.<sup>65</sup> Zumindest scheint aufgrund der (spärlichen) Rechtsprechung des Bundesgerichts zu diesem Thema eine Absenkung des Regelbeweismasses auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit unproblematisch zu sein. Ob damit auch eine weitergehende Herabsenkung auf das Beweismass der Glaubhaftmachung zulässig ist, bleibt aber ungewiss. Der zuletzt zitierte Entscheid scheint aber in diese Richtung zu deuten. Immerhin hatten auch

60 BGer 4C.378/1999 vom 23.11.2004, E. 6.3.

61 HANS PETER WALTER, Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess, Haftpflichtprozess 2009, Zürich 2009, S. 53; BERGER-STEINER, N 02.55; BSK-GUYAN, Art. 157 ZPO N 7 f.; vgl. auch BSK ZGB-SCHMID/LARDELLI, Art. 8 N 15 ff.

62 BGer 4A.22/2008 vom 10.4.2008, E. 5 und 5C.97/2005 vom 15.9.2005, E. 4.4.2; BGE 128 III 271, E. 2b/aa; WALTER, S. 55; BERGER-STEINER, N 07.02.

63 Statt vieler BGer 4A.22/2008 vom 10.4.2008, E. 5; BGE 133 III 153, E. 3.3, BGE 132 III 715, E. 3.2.

64 Kritisch zu diesem Urteil auch BERGER-STEINER, N 07.14 und 07.15.

65 BGer 4A.48/2010 vom 9.7.2010, E. 7.5.

55 Vgl. 9C.951/2011 vom 26.4.2012, E. 8.1.

56 BGer 4C.307/2006 vom 26.3.2007, E. 3.1 m.w.H.

57 So auch MEIER, S. 68 und insbes. Fn. 20a.

58 Siehe Nachweise in Fn. 3 vorne.

59 Urteil 4C.379/1993 vom 26.7.1994, E. 1a (abgedruckt bei PETER JÄGER/ANGELA SCHWEITER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflicht- und Arztstrafrecht, 2. Aufl., Zürich 2006, S. 179 ff.).

beide der soeben zitierten Urteile eine Beweismassenkung für den Nachweis der Kausalität zum Gegenstand, wo das Beweismass von vornherein schon reduziert ist und deshalb als Beweiserleichterung nur dann Sinn macht, wenn das Beweismass auf die Glaubhaftmachung herabgesetzt wird.<sup>66</sup>

### 3.3.3 Berücksichtigung im Rahmen der Beweiswürdigung

Wie ausgeführt wurde, sind Beweisvereitelungen in der Form der verweigerten Mitwirkung bei der Beweiserhebung, sofern sie ohne Rechtfertigungsgrund erfolgen, gemäss Art. 164 ZPO vom Richter im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Es fragt sich, inwiefern diese Rechtsfolge auf die weiteren Formen der Beweisvereitelung Anwendung findet.

Die Berücksichtigung der Beweisvereitelung im Rahmen der Beweiswürdigung entsprach teilweise bereits vor Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO der bundesgerichtlichen und kantonalen Praxis.<sup>67</sup> Es handelte sich aber schon damals mehrheitlich um diejenigen Figuren der Beweisvereitelung, für welche die Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung heute in Art. 164 ZPO festgeschrieben ist. Namentlich die Verweigerung der Herausgabe von Beweismitteln oder der Erteilung von Auskünften im Prozess.<sup>68</sup> In BGer 4C.307/2006 vom 26. 3. 2007 bestätigte das Bundesgericht zudem auch einen Entscheid, bei dem die Vorinstanz die Verletzung einer Dokumentationspflicht bei der Beweiswürdigung berücksichtigte. Es handelte sich dabei um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit, bei der sich der Arbeitnehmer infolge einer Unterlassung der Aufzeichnung der Arbeitszeiten durch den Arbeitgeber in einer Beweisnot hinsichtlich der geleisteten Überstunden befand. Nachdem es eine Umkehr der Beweislast als zu weitgehend ablehnte, hielt das Bundesgericht fest: «Demgegenüber steht nicht entgegen, der Beweisnot und dem Verhalten der Arbeitgeberin bei der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen.»<sup>69</sup>

### 3.4 Abwägung der einzelnen Rechtsfolgen

Aufgrund der uneinheitlichen Rechtsprechung und Lehre ist es schwierig, eine allgemeingültige Regel aufzustellen, welche für die unterschiedlichen Figuren der Beweisvereitelung jeweils eine bestimmte Rechtsfolge festlegt.

Folgende Schlussfolgerungen können aber auf der Basis der vorangehenden Analyse gezogen werden:

Verletzt eine Partei ihre prozessualen Mitwirkungspflichten bei der Beweiserhebung, hat der Richter dies gemäss Art. 164 ZPO im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Andere Rechtsfolgen sind bei dieser Figur der Beweisvereitelung aufgrund der klaren gesetzlichen Regelung abzulehnen. Weigert sich eine

Partei im Prozess, bestimmte Urkunden zu edieren, einen Augenschein zuzulassen oder Auskünfte zu erteilen, so wird das Gericht dies aber meist als Zugeständnis hinsichtlich der Richtigkeit des durch die beweisbelastete Partei behaupteten Urkundeninhalts würdigen.

Die einzige Beweisvereitelungshandlung, die regelmässig eine Umkehr der Beweislast rechtfertigt, ist die (eventual-)vorsätzliche Vernichtung von Beweismitteln durch den Beweisgegner. Allerdings besteht hier die Problematik, dass die Beweismittelvernichtung während des Prozesses unter Art. 164 ZPO fällt, der eine solche Rechtsfolge nicht vorsieht. Um der Vorwerfbarkeit der Beweismittelvernichtung während des Prozesses trotzdem gerecht zu werden, sollte der Richter im Rahmen der Beweiswürdigung von der Wahrheit der Tatsache, die durch das vernichtete Beweismittel hätte bewiesen werden sollen, ausgehen. Die Frage der Beweislastverteilung wird gegenstandslos, sobald der Richter bei der Würdigung der Beweise bzw. des Verhaltens der Parteien zur Überzeugung gelangt, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen.<sup>70</sup> Damit erübrigt sich die Frage der Beweislastverteilung und somit auch eine Umkehr der Beweislast.

Sofern es sich um eine fahrlässige Vernichtung von Beweismitteln handelt oder die Beweisvereitelung als Folge unterlassener Dokumentations- oder Aufbewahrungspflichten in Erscheinung tritt, ist grundsätzlich sowohl eine Herabsetzung des Beweismasses als auch die Berücksichtigung der Beweisvereitelungshandlung oder -unterlassung im Rahmen der Beweiswürdigung denkbar. Weder Rechtsprechung noch Lehre geben diesbezüglich eine klare Linie vor.

Denkbar wäre auch die Kombination einer Beweismassreduktion mit der gleichzeitigen Berücksichtigung der Beweisvereitelung bei der Beweiswürdigung. Das Beweismass bildet den Grenzwert, den die Überzeugung des Richters erreichen muss, damit er einen Sachverhalt zur Grundlage seiner Entscheidung machen kann.<sup>71</sup> Im Rahmen der Beweiswürdigung entscheidet das Gericht, ob sich die feststellungsbedürftigen Tatsachen verwirklicht haben oder nicht.<sup>72</sup> Je tiefer das Beweismass angesetzt wird, umso eher wird der Richter demnach einen Sachverhalt als erstellt erachten dürfen. Soweit ersichtlich, hat die bisherige Praxis bei Beweisvereitelungen die beiden Beweiserleichterungen nicht kombiniert, deren Kumulierung aber auch nicht abgelehnt. Es spricht grundsätzlich nichts dagegen, in Fällen der Beweisvereitelung eine Beweismassreduktion vorzunehmen und gleichzeitig die Vereitelungshandlung beweiswürdigend zu berücksichtigen. Im Resultat würde dies dazu führen, dass die Schwelle für die notwendige Überzeugung des Richters tiefer angesetzt wird und die Beweisvereitelungshandlung im Rahmen der Beweiswürdigung daher eher ins Gewicht fällt. ■

66 Vgl. zum Ganzen BERGER-STEINER, N 07.16.

67 BGer 4C.307/2006 vom 26. 3. 2007, E. 3.1; BGer 5P.200/2005 vom 02. 11. 2005, E. 4.3.1; BGer 5P.347/2004 vom 11. 1. 2005, E. 6.3; vgl. auch ZR 104 (2005), S. 149; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Art. 113 N 3a.

68 Vgl. BGer 5P.347/2004 vom 11. 1. 2005, E. 6.3; BGer 5P.200/2005 vom 2. 11. 2005, E. 4.3.1; ZR 104 (2005), S. 149.

69 BGer 4C.307/2006 vom 26. 3. 2007, E. 3.1; vgl. auch BGer 5P.200/2005 vom 2. 11. 2005, E. 4.3.2, der indirekt auch die unterlassene Aufbewahrung von Belegen, zur Rechenschaftsablegung über die Verwendung von Vermögenswerten, sanktioniert.

70 BGE 132 III 626, E. 3.4; BGE 131 III 649, E. 2.1; BSK ZGB-SCHMID/LARDELLI, Art. 8 N 4.

71 Statt vieler MARTIN KAUFMANN, Beweisführung und Beweiswürdigung. Tatsachenfeststellung im schweizerischen Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess, Zürich/St. Gallen, S. 190; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 37 und 38.

72 Statt aller MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 321; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 32.

Jeremy Reichlin\*

## Le contentieux des mesures «ex parte» en droit suisse

**Mots clés:** Mesures superprovisionnelles (art. 265 CPC), mesures «ex parte», voies de droit cantonales, recours (art. 319 ss CPC)

Depuis l'entrée en vigueur du CPC<sup>1</sup> le 1<sup>er</sup> janvier 2010, le plaideur suisse dispose d'une arme procédurale particulièrement efficace lorsque les intérêts de son client sont à ce point menacés qu'il se justifie d'ordonner des mesures provisoires sans même entendre la partie adverse: il s'agit des mesures superprovisionnelles prévues à l'art. 265 CPC. Celles-ci viennent s'ajouter à la panoplie des autres mesures du même type («ex parte»)<sup>2</sup> prévues par le droit fédéral.

Bien que souvent requises, ces mesures ne sont que rarement octroyées. Si le contentieux lié à leur octroi ne pose pas de problème, les voies de droit ouvertes pour contester leur refus soulèvent un certain nombre d'interrogations.

A ce propos, le Tribunal fédéral a rendu récemment une série d'arrêts importants.<sup>3</sup> Le dernier en date, relatif à un séquestre, modifie le traitement procédural réservé jusqu'ici à ces mesures et donne l'occasion de brosser un tour d'horizon de la matière. Dans un premier temps, nous analyserons l'évolution du contentieux des mesures *ex parte* strictement nationales (1). Ensuite, nous verrons quelles sont les conséquences de cette évolution sur les mesures *ex parte* prononcées dans le cadre de la procédure de reconnaissance de jugements sous l'empire de la Convention de Lugano (2).

### 1. Les mesures *ex parte* strictement nationales

Auparavant, les mesures *ex parte* étaient régies principalement par le droit procédural des cantons. Ainsi, et compte tenu du fait que le Tribunal fédéral ne revoit pas l'application du droit cantonal, il n'avait, jusqu'ici, pas eu l'opportunité d'adopter une jurisprudence uniforme concernant les voies de recours ouvertes à l'encontre d'un refus.<sup>4</sup> L'entrée en vigueur du CPC, érigeant le droit de procédure civile au rang de droit fédéral, a permis au Tribunal fédéral de préciser certains aspects de la question.

Le Message à l'appui du CPC est venu préciser la disposition portant sur les mesures superprovisionnelles (art. 265 CPC) en prévoyant que ni l'appel ni le recours ne sont ouverts.<sup>5</sup> Le Conseil fédéral justifie sa position en déclarant que «la partie adverse sera invitée à se prononcer au moment de la décision ou de l'exécution de la décision (al. 2) [...]». Le droit d'être entendu lui est donc garanti a posteriori. Une partie de la doctrine suit cet avis et estime qu'aucune voie de droit ne doit être ouverte à l'encontre du refus d'une mesure superprovisionnelle.<sup>6</sup> Pour d'autres auteurs en revanche, le propos doit être nuancé: une voie de droit doit être ouverte lorsque le refus de la mesure entraîne un dommage difficilement réparable ou la perte définitive du droit.<sup>7</sup>

Dans un premier temps, la question a été soulevée devant les tribunaux jurassiens. Ceux-ci ont estimé que «le message du Conseil fédéral est parfaitement clair, précisant que les mesures superprovisionnelles ne sont pas sujettes à recours en tant que telles. [...] En outre celui qui requiert de telles mesures peut en tout temps déposer une nouvelle requête si les circonstances se sont modifiées».<sup>8</sup> Dès lors, le recours a été déclaré irrecevable.

Par la suite, le Tribunal fédéral saisi de la question a confirmé l'absence de voies de recours cantonales à l'encontre d'une décision de refus de mesure *ex parte*.<sup>9</sup> Le Tribunal fédéral a même affirmé que le recours en matière civile serait, lui aussi, fermé faute pour le recourant de pouvoir justifier d'un intérêt digne de protection.<sup>10</sup>

Dans un second arrêt, le Tribunal fédéral est venu nuancer la solution retenue précédemment, en estimant que «cette jurisprudence ne peut cependant être appliquée sans réserve en matière de poursuite pour dettes et faillite. Le refus de la suspension de la poursuite à titre de mesures superprovisionnelles est une décision

\* Avocat stagiaire, certificat de spécialisation en matière d'avocature, Master en droit économique, étude Fontanet & associés, Genève. [www.fontanet.ch](http://www.fontanet.ch)

1 Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC, RS 272).

2 La notion de mesure «ex parte» comprend les mesures superprovisionnelles (art. 265 CPC), le séquestre LP (art. 271 LP) ainsi que toutes autres mesures prononcées en l'absence du défendeur.

3 ATF 137 III 417; TF, 5A\_638/2011 du 21 octobre 2011; TF, 5A\_473/2012 du 17 août 2012; TF, 5A\_508/2012 du 28 août 2012.

4 Voir, notamment, SJ 1994 p. 356; TF, 5P.144/2003 du 5 mai 2003; B. BERTOSSA/L. GAILLARD/J. GUYET/A. SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, Genève 2002, N 7 ad art. 381.

5 Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841, p. 6964.

6 Voir notamment: T. SPRECHER, BaK-ZPO, Bâle 2010, N 32 ss, ad art. 265, qui estime sans ambages que «gegen die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme hat die Gegenpartei kein Rechtsmittel, insb. keine Einspruchsmöglichkeit»; D. TAPPY, Les procédures en droit matrimonial, in Procédure civile suisse, les grands thèmes pour les praticiens, Zurich 2010, p. 241 ss; D. TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III, p. 115 ss; T. ROHNER/M. WIGET, ZPO Kommentar, Zurich 2010, N 7 p. 469.

7 Voir notamment: F. BOHNET, La procédure sommaire selon le Code de procédure civile suisse, RJJ 2008, p. 263 ss; F. BOHNET, CPC-Commenté, Bâle 2011, N 16 ad art. 265; F. HOHL, Procédure civile, Tome II, Berne 2010, N 1873 p. 342.

8 Arrêt du Tribunal cantonal du Jura du 4 février 2011, CC 9+11/2011 (JU).

9 ATF 137 III 417, consid. 1.3. Voir également TF, 5A\_638/2011 du 21 octobre 2011.

10 Art. 75 LTF. ATF 137 III 417, consid. 1.2; TF, 5A\_638/2011 du 21 octobre 2011.

qui doit, par exception, pouvoir faire l'objet d'un recours [cantonal]». <sup>11</sup> Le Tribunal fédéral confirme donc le principe de l'absence de voies de droit cantonales à l'encontre des mesures superprovisionnelles tout en réservant le cas de la suspension de la poursuite (art. 85a LP<sup>12</sup>), qui, elle, doit faire l'objet d'une exception. En effet, lorsque la faillite du poursuivi est prononcée, aucune mesure prise subséquemment n'est à même de la révoquer.<sup>13</sup>

Dans un arrêt rendu le 28 août 2012, le Tribunal fédéral a une nouvelle fois élargi les exceptions à l'absence de voie de recours à l'encontre du refus d'octroyer des mesures *ex parte*. Cette fois, il a admis que le refus du séquestre était susceptible de faire l'objet d'un recours.<sup>14</sup> Selon lui, bien que le séquestre se rapproche d'une mesure superprovisionnelle, il ne peut toutefois lui être entièrement assimilé.<sup>15</sup> A la différence des mesures superprovisionnelles pour lesquelles, que la décision soit l'octroi ou le refus, une audience de mesure provisionnelle est appointée (art. 265 al. 2 CPC), seul l'octroi du séquestre est sujet à contestation par la voie de l'opposition (art. 278 LP). En revanche, il n'existe aucun moyen que le requérant puisse faire valoir afin de protéger ses intérêts en cas de refus de la mesure puisque ce refus met définitivement fin à la procédure.<sup>16</sup> Cela justifierait donc l'ouverture d'une voie de droit «spéciale» à l'encontre du refus du séquestre. Nous partageons cet avis et nous rallions à l'argumentation du Tribunal fédéral.

Toutefois, le Tribunal fédéral ne s'arrête pas là. De manière surprenante, il confirme l'ouverture d'une voie de droit cantonale à l'encontre du refus d'une inscription provisoire d'une hypothèque légale (art. 961 al. 3 CC<sup>17</sup>). D'après lui, le requérant court, dans cette hypothèse, le risque de voir son droit périmer si l'inscription n'intervient pas dans le délai légal (art. 839 al. 2 CC *cum* art. 118 ORF<sup>18</sup>).<sup>19</sup>

11 TF, 5A\_473/2012 du 17 août 2012, consid. 1.2.2.

12 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP, RS 281.1).

13 Voir notamment TF, 5A\_712/2008 du 2 décembre 2008; TF, 5P.69/2003 du 4 avril 2003.

14 TF, 5A\_508/2012 du 28 août 2012, consid. 3.1.

15 Une telle interprétation nous paraît conforme à l'art. 270 al. 1 CPC qui précise que «quiconque a une raison de croire qu'une mesure superprovisionnelle, un séquestre au sens des art. 271 à 281 de la LP ou tout autre mesure sera requise contre lui sans audition préalable peut se prononcer par anticipation en déposant un mémoire préventif». Il ressort de cette disposition que les mesures superprovisionnelles et le séquestre LP sont des variantes des mesures *ex parte*.

16 Cette solution correspond d'ailleurs à celle retenue par le législateur européen dans le cadre de l'adoption de la Proposition de Règlement du parlement européen et du Conseil portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontalier de créances en matière civile et commerciale [SEC(2011) 937–938], voir notamment art. 22. Cette conception est également partagée par bon nombre d'auteurs, voir entre autres F. HOHL, Procédure civile, Tome II, Berne 2010, N 1628 p. 298.

17 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210).

18 Ordonnance du 23 septembre 2011 sur le registre foncier (ORF, RS 211.432.1).

19 TF, 5A\_508/2012 du 28 août 2012, consid. 3.1 se référant aux arrêts suivants: ATF 119 II 429; TF, 5P.344/2005 du 23 décembre 2005; ATF 137 III 563. Dans le même sens voir F. BOHNET, L'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs en procédure civile suisse, in: Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, Bâle 2011, p. 80 ss, N 94–95.

La solution retenue par le Tribunal fédéral dans l'arrêt susmentionné revient à accorder au requérant un avantage non négligeable qui ne se justifie nullement au vu des impératifs légaux.

De plus, selon nous, l'ouverture des voies de droit cantonales n'est pas souhaitable et ce pour trois raisons: d'une part, ce procédé désavantage le défendeur, d'autre part il n'apporte aucun avantage au demandeur et, finalement, il ne se justifie pas au regard des conditions d'admission d'un recours.

Tout d'abord, les mesures *ex parte* ont ceci de caractéristique qu'elles sont ordonnées sans entendre la partie adverse<sup>20</sup>, ce qui implique que la procédure de recours devra également se dérouler hors la présence de celle-ci. Cette restriction du droit d'être entendu intervient indépendamment du fait de savoir si la décision consiste en un octroi ou un refus de la mesure *ex parte*. Dans ce dernier cas de figure, bien que le défendeur ne soit pas lésé (la mesure a été refusée), il bénéficie par principe de la possibilité de s'exprimer, possibilité qui lui est enlevée de par le caractère *ex parte* de la mesure requise. Ainsi, il n'appartient pas au juge de «réaliser» le droit d'être entendu de la partie adverse.

La restriction du droit d'être entendu connaît un remède en procédure civile suisse: le défendeur est libre de faire valoir son droit à l'avance en déposant un mémoire préventif (art. 270 CPC).<sup>21</sup> Cependant, l'ouverture des voies de recours impose au défendeur d'anticiper non seulement la mesure en tant que telle mais également la situation telle qu'elle existera au moment des recours successifs.

De plus, un refus de mesure *ex parte* étant une décision négative, ni le recours ni l'appel n'emporteront d'effet suspensif.<sup>22</sup> L'unique possibilité résiderait dans l'application de l'art. 325 al. 2 *in fine* CPC: il faudrait solliciter l'octroi de l'effet suspensif par une autre mesure *ex parte*, créant ainsi une nouvelle catégorie de mesures «super-superprovisionnelles», ce qui confinerait à l'absurde. En l'absence d'effet suspensif, l'ouverture d'une voie de recours n'apporte pas de protection supplémentaire au demandeur.

Finalement, dans le cadre d'un recours au sens strict (art. 319 ss CPC)<sup>23</sup> dirigé contre le refus de mesure *ex parte*, le recourant ne peut invoquer que des motifs limités au droit (art. 320 CPC). Le juge saisi d'un recours devra examiner si l'autorité précédente a correctement apprécié les conditions d'obtention de ces mesures. Or, celles-ci s'inscrivent dans un contexte d'urgence dans lequel les faits évoluent particulièrement vite. Ouvrir un recours dans le cadre duquel le juge ne pourra revoir que le droit et non les faits s'avère pour le moins peu judicieux.

S'agissant du recours devant le Tribunal fédéral, les griefs invocables sont d'autant plus limités: seuls peuvent être invoqués les griefs constitutionnels (art. 98 *cum* 106 al. 2 LTF, *Rügeprin-*

20 F. BOHNET, CPC commenté, Bâle 2011, N 2 ad art. 265.

21 SPRECHER semble dire que le mémoire préventif est également une voie de droit ouverte à l'encontre d'une décision de mesure superprovisionnelle; T. SPRECHER, BaK-ZPO, Bâle 2010, N 34 ad art. 265.

22 Voir art. 315 al. 5 CPC et ATF 138 III 378 pour l'appel, et art. 325 CPC pour le recours. Voir art. 103 LTF pour le recours devant le Tribunal fédéral.

23 S'agissant d'un appel, les griefs n'étant pas limités au droit (art. 320 CPC) la critique n'a pas lieu d'être.

zip). Les faits eux, ne sont que très rarement revus (art. 97 *cum* 105 LTF). Ainsi, l'argument développé ci-dessus s'applique *a fortiori*.

Enfin, il y a lieu d'ajouter que le recours en matière civile n'est recevable que s'il est interjeté par une personne disposant d'un intérêt actuel et digne de protection (art. 76 LTF), ce que le Tribunal fédéral n'admet que de façon restrictive<sup>24</sup>. Il sera vraisemblablement impossible, pour le recourant, de démontrer qu'il dispose encore d'un tel intérêt au moment du recours devant le Tribunal fédéral, alors que celui-ci porte sur une mesure s'inscrivant dans un complexe de faits variant rapidement.

Au vu de ce qui précède, ouvrir une voie de recours cantonale, et donc aussi le recours au Tribunal fédéral, provoque une sollicitation accrue d'instances déjà surchargées, ce qui nous paraît inutile.

## 2. Les mesures *ex parte* liées à la reconnaissance de jugements soumis à la Convention de Lugano

Avec l'entrée en vigueur de la Convention de Lugano révisée<sup>25</sup>, il est désormais plus aisé de faire exécuter un jugement «Lugano» en Suisse.<sup>26</sup> En effet, il ressort de l'art. 47 al. 2 CL qu'un plaideur européen peut, en même temps qu'il réclame la reconnaissance d'un jugement étranger<sup>27</sup>, solliciter le prononcé de mesures *ex parte* avant même qu'intervienne la décision de reconnaissance<sup>28</sup>.

Concrètement, le plaideur au bénéfice d'un jugement «Lugano» saisira le tribunal de l'exécution d'une requête en reconnaissance (art. 341 al. 1 CPC) et conclura, à titre préalable, à ce que des mesures *ex parte* («mesures conservatoires») soient prononcées (art. 340 *in fine* CPC). Ces mesures peuvent revêtir la forme d'un séquestre LP<sup>29</sup> ou de mesures superprovisionnelles au sens du CPC.

Mettant en œuvre l'art. 43 CL, l'art. 327a CPC permet alors au défendeur, qui n'a pas pu s'exprimer avant que la décision ne soit reconnue, d'interjeter recours contre la décision de reconnaissance. A noter que le juge disposera d'un plein pouvoir de cognition et que le recours emportera effet suspensif. S'agissant des mesures conservatoires prononcées dans le cadre de la reconnaissance, le CPC prévoit (art. 327a al. 2 *in fine* CPC) que sont réservées

les voies de recours à l'encontre de l'octroi des mesures *ex parte*. Pour le séquestre, il s'agira de la voie de l'opposition (art. 278 LP); pour les mesures superprovisionnelles, une audience statuant sur mesures provisionnelles sera convoquée d'office et sans délai (art. 265 al. 2 CPC). Dans ce cadre-là, la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de recours contre les mesures *ex parte* ne porte pas à conséquence.

En revanche, tel n'est pas le cas pour ce qui est de la situation où la reconnaissance est refusée. En effet, jusqu'à présent, le refus de mesures *ex parte* ne pouvait faire l'objet de recours. Désormais, en plus du recours qui peut être interjeté par le demandeur contre le refus de reconnaissance du jugement «Lugano», il existe une voie de droit permettant de remettre en cause les mesures conservatoires prenant la forme du séquestre ou d'une mesure superprovisionnelle. Cette situation n'est que peu convaincante: le lien de dépendance entre la décision de reconnaissance et la mesure conservatoire est tel que cette dernière ne peut être traitée séparément.

## Conclusions

Les mesures *ex parte* ont pour but de fournir une protection à celui qui les requiert dans des cas où des mesures provisoires n'interviendraient pas avec suffisamment de rapidité. Dès lors, le juge saisi d'une requête de mesure *ex parte* doit instruire et rendre sa décision dans un délai extrêmement bref en se cantonnant à examiner si, *prima facie*, le droit du requérant existe. Le contentieux lié aux mesures *ex parte* se concilie relativement mal avec le but pour lequel celles-ci ont été instituées, et il est nécessaire de faire preuve de retenue en ce qui concerne l'ouverture d'éventuelles voies de recours contre leur refus.

Si l'ouverture de la voie de recours s'agissant du séquestre se justifie compte tenu de l'absence d'autre possibilité pour en contester le refus<sup>30</sup>, tel n'est pas le cas, selon nous, pour ce qui est des mesures superprovisionnelles. Ainsi, la brèche ouverte par le Tribunal fédéral nous semble regrettable.

Néanmoins, l'ouverture, en Suisse, d'une voie de recours en cas de refus d'une mesure superprovisionnelle s'inscrit dans une tendance plus générale constatée au niveau européen. Il est, à ce titre, intéressant de relever qu'une Proposition de Règlement européen en matière de saisie conservatoire des comptes bancaires<sup>31</sup> ouvre une voie de droit non seulement à l'encontre de l'octroi d'une ordonnance de saisie conservatoire<sup>32</sup>, mais également à l'encontre de son refus. ■

24 Dans ce sens voir ATF 137 III 417, consid. 1.4; TF, 5A\_638/2011 du 21 octobre 2011.

25 Convention conclue à Lugano le 30 août 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL, RS 0.275.12).

26 G. BOVEY, La révision de la Convention de Lugano et le séquestre, JdT 2012 II, p. 80.

27 Conformément à l'art. 41 CL, la décision constatant le caractère exécutoire est rendue sans que le débiteur ne soit entendu. En ce sens, il s'agit également d'une décision prononcée «*ex parte*».

28 N. JEANDIN, CPC commenté, Bâle 2011, N 1 ad art. 340.

29 Dans cette hypothèse, c'est le juge du séquestre qui sera également compétent pour se prononcer sur le caractère exécutoire de la décision (art. 271 al. 3 LP).

30 Tel n'est pas le cas, selon nous, pour le séquestre prononcé à titre de mesure conservatoire complétant la reconnaissance d'un jugement «Lugano».

31 Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontalier de créances en matière civile et commerciale (SEC(2011) 937-938).

32 Voir art. 22 de la Proposition de Règlement, *op. cit.* NBP 31.

Wolfgang Straub\*

# «Clic informatique»: qu'apportent l'informatique et les nouvelles technologies dans les études d'avocats (1<sup>re</sup> partie)

**Mots clés:** logiciels pour avocats, outils informatiques pour avocats, communication électronique avec les clients et les tribunaux, e-mails chiffrés, devoirs de diligence, refacturation des frais informatiques aux clients

*Les avocats portent généralement un regard plutôt sceptique sur l'informatique. Quels sont les domaines dans lesquels elle s'avère particulièrement utile pour les tâches quotidiennes de l'avocat? Quels sont les risques et les difficultés pratiques? Pour répondre à ces questions, l'auteur fera tout d'abord un état des lieux des applications informatiques pouvant se présenter au sein d'une étude. Il examinera ensuite, sous un angle plus pratique, la communication électronique avec les clients et les tribunaux. La deuxième partie de cet article paraîtra dans la Revue de l'avocat 1/2013 et traitera du développement de stratégies informatiques pour les avocats.*

## 1. Introduction

Dans la plupart des secteurs professionnels, on évoque généralement le rendement supplémentaire que peut générer l'informatique au sein de l'entreprise. Or, pour les avocats, cette question est souvent posée dans le sens inverse: comment puis-je limiter au maximum l'utilisation d'ordinateurs sans que le travail au sein de mon étude n'en soit affecté? Il n'en reste pas moins que des traitements de texte sont indispensables pour la rédaction des mémoires et de plus en plus de clients demandent à communiquer par courrier électronique. On aimerait cependant esquiver toute question informatique, dès lors que le travail juridique de l'avocat – la qualification des faits, l'argumentaire et la réfutation – ne saurait être délégué à un ordinateur...

Il y a plusieurs années déjà, des attentes quelque peu disproportionnées étaient nées auprès d'avocats passionnés d'informatique. La fin des années 80, époque à laquelle je débutais mes études de droit, se caractérise par les visions audacieuses de systèmes informatiques spécialement conçus pour le droit et pouvant répondre à des questions juridiques sur un simple clic de souris. Puis vint Swisslex, probablement trop tôt. En les comparant aux attentes initiales, les avantages ont dans un premier temps été considérés comme plutôt modestes. Dans l'intervalle, les banques de données juridiques sont devenues un outil de travail indispensable pour de nombreux avocats.

J'appartiens moi-même à la catégorie de ceux qui souhaitent utiliser les dernières technologies dès qu'elles sont disponibles, mais qui éprouvent ensuite souvent un sentiment de frustration. Les explications qui suivent se réfèrent à mes expériences person-

nelles et aux discussions avec plusieurs confrères.<sup>1</sup> Je tenterai de répondre à la question de savoir comment l'informatique peut aider l'avocat dans ses tâches courantes. Une présentation exhaustive de toutes les applications possibles au sein d'une étude dépasserait de loin la portée de cet article. Je me limiterai donc aux points qui me paraissent essentiels.

## 2. L'informatique et les nouvelles technologies dans les études

### 2.1 Où se trouve l'informatique?

Que faut-il entendre par *informatique et nouvelles technologies*?<sup>2</sup> Où peut-on les rencontrer dans les études d'avocats? Voici une tentative d'approche, sans prétendre à l'exhaustivité:

- Clients (PC, laptops, thin client terminals)
- Serveurs (fichiers, courrier, banque de données, etc.)
- Appareils mobiles (smartphones, tablettes, etc.)
- Copycenter (appareils multifonctionnels pour imprimer, faxer, copier et scanner)
- Installations téléphoniques, systèmes de fax, etc.
- Infrastructure de réseau (switches, wireless LAN access points, routeurs pour le relais de plusieurs serveurs, etc.)
- Software (logiciels pour avocats, suite Office, outils et apps)
- Internet (moteurs de recherche, plateformes et banques de données)
- Systèmes de commande du bâtiment (contrôle d'accès, climatisation, etc.)

### 2.2 Quelles sont les applications qui soutiennent l'avocat dans ses activités quotidiennes?

Voici les principaux systèmes et applications:

- Programmes Office, e-mail clients, navigateurs Internet
- Logiciel pour avocats<sup>3</sup> avec saisie du temps de travail, facturation, tri des données, carnet d'adresses, computation des délais et gestionnaire des dossiers

1 Pour leurs suggestions et leurs précieux commentaires, je remercie tout particulièrement STEPHAN BEUTLER, GEORGES CHANSON, CHRISTOPH GASSER, FRANZ KUMMER, CHRISTIAN LEUPI, PATRICK MIDDENDORF, DAVID ROSENTHAL, STEPHAN ROTHENBÜHLER, RALPH SCHLOSSER, JÜRIG SCHNEIDER et SAMIRA SÜMER.

2 Ces notions sont utilisées ici *lato sensu* et comprennent à la fois des systèmes informatiques et des produits technologiques individuels (hardware et software).

3 Voir à ce sujet ADRIAN RUFENER, *Informatikeinsatz in einer Anwaltskanzlei*, Revue de l'avocat 2008, pp. 19 à 22. Par logiciels pour avocats, on entend

\* D' en droit, LL.M., avocat à Berne, membre du comité de la FSA pour les nouvelles technologies. Traduction libre de l'article intitulé «Was bringt die IT in der Anwaltskanzlei? (Teil 1)».

- Logiciel de comptabilité (avec év. interface avec le logiciel pour avocats)
- Programme d'archivage
- Plateformes de téléchargement (*upload/download*), *data rooms* électroniques
- Appareils et programmes pour la dictée vocale électronique
- Outils d'aide et *apps* (p. ex. programme pour la computation des délais<sup>4</sup>, tableaux des contributions d'entretien<sup>5</sup>, programme pour la présentation des moyens de preuve<sup>6</sup> et les citations doctrinales<sup>7</sup>)
- Programmes spéciaux (p. ex. gestionnaire des marques)
- Site Web de l'étude/systèmes de *content management* pour la gestion et l'actualisation du site
- Banques de données internes avec regroupement des documents de l'étude (*knowledgebases*)<sup>8</sup>, ainsi que solutions de bibliothèques<sup>9</sup> et catalogues des ouvrages
- Services Web externes (p. ex. plateformes de messagerie des autorités, portails *e-billing*) et banques de données externes ([www.bger.ch](http://www.bger.ch), Swisslex, LexisNexis, Westlaw, etc.)

### 2.3 Quelles sont les principales fonctions de l'informatique et des nouvelles technologies?

Pour ce qui est de leur fonction dans une étude, les outils électroniques qui viennent d'être énumérés peuvent *grosso modo* être répartis dans les catégories suivantes, qui d'ailleurs se recoupent partiellement:

- *Moyens de communication avec les clients* (courrier électronique, *collaboration* entre plateformes, etc.). La plupart du temps, ce sont des supports de travail pour l'avocat. Rares sont les cas où il est lui-même un *provider IT* (typiquement, mise à disposition de *data rooms* pour clients<sup>10</sup>).

les programmes qui proposent un carnet d'adresses, la saisie du temps de travail, la facturation, un gestionnaire de documents, etc. Dans la pratique, on rencontre surtout *PLATO*, *WinJur*, *Solutions*, *vertec*, *Acumin*, *swoffice*, *Madaba* et *ALAN*. L'approche et la portée de ces logiciels sont très différentes d'une application à l'autre. Mon expérience porte surtout sur *PLATO*.

- 4 Un programme permettant de calculer les délais en droit suisse est mis gratuitement à disposition sur [www.fristenrechner.ch](http://www.fristenrechner.ch)
- 5 Voir en particulier [www.berechnungsblaetter.ch](http://www.berechnungsblaetter.ch)
- 6 *Exhibitmanager* de Causasoft ([www.exhibitmanager.com](http://www.exhibitmanager.com)) permet de gérer des moyens de preuve dans une banque de données (en les notant et en les liant). Si le mémoire est créé dans MS Word pour Windows, les pièces peuvent être directement référencées et numérotées. Les renvois sont automatiquement actualisés lorsque de nouvelles pièces sont insérées dans le texte. *Octoiur* de Octobit ([www.octoiur.ch](http://www.octoiur.ch)) permet également de numéroté et de formater des moyens de preuve.
- 7 De nombreuses références à la doctrine (monographies ou revues juridiques) peuvent, p. ex. avec *Citavi* ([www.citavi.com](http://www.citavi.com)), être saisies et citées efficacement.
- 8 Voir également URS THÜRING, Wissensmanagement in grossen Anwaltskanzleien und solchen, die es werden wollen, *PJA* 2011, pp. 985 à 993; RAFFAEL BÜCHI, Entwicklung und Weitergabe von Know-how in Schweizer Anwaltskanzleien am Beispiel de Bär & Karrer, *Jusletter* du 7.3.2011; SARAH MONTANI, Vertragsverwaltung (macht schlank), *Jusletter* du 28.2.2005; SARAH MONTANI, Juristische Wissensarchitektur, *Jusletter* du 1.12.2003.
- 9 Le répertoire de la bibliothèque d'une étude peut p. ex. être créé avec la «Bibliothèque de Weblaw» (cf. <http://biblio.weblaw.ch>).
- 10 La mise en place et l'exploitation de *data rooms* électroniques est complexe (sécurité, disponibilité, contrôle des versions, protection des don-

- *Outils pour les activités d'avocats* (p. ex. Office, Swisslex, etc.). Par opposition à d'autres professions, ces activités ne se laissent que partiellement automatiser. Cela explique le fait que les avocats sous-estiment généralement le support que pourrait leur fournir l'informatique.
- *Solutions pour le backoffice*. Elles permettent avant tout aux grandes études d'atteindre un potentiel de rationalisation (p. ex. *workflow* qui va de la saisie du temps de travail au décompte TVA final). La complexité et la fréquence des opérations permettent de déterminer les domaines pour lesquels il est judicieux de créer une automatisation (p. ex. en fonction du nombre de notes d'honoraires établies chaque mois).
- Les raisons d'efficacité ne sont cependant pas les seules considérations dont il faut tenir compte pour une utilisation optimale de l'informatique. Par exemple, le passage (souvent initié par les clients) du courrier postal au courrier électronique, peut rendre nécessaire une solution d'archivage électronique.<sup>11</sup> Enfin, des outils informatiques modernes peuvent éventuellement accroître *l'attractivité de l'étude* pour les jeunes collaborateurs. En outre, cela leur permet d'avoir un travail plus flexible (achèvement de certains travaux à la maison ou en cours de route).

## 3. Communication électronique

Dans le cadre de mes propres activités (qui consistent avant tout en du conseil juridique), j'envoie 90 % de toutes mes communications par e-mail. Comme la communication électronique avec les clients, les parties adverses, etc., constitue un moteur essentiel de l'utilisation de l'informatique dans les études d'avocats, j'évoquerai ce thème de façon plus détaillée ci-dessous.

### 3.1 Chiffrement des e-mails

Il y a une décennie environ, plusieurs auteurs ont proclamé que les avocats devaient chiffrer tous leurs e-mails, en précisant que c'était le seul moyen pour préserver le secret professionnel. Les e-mails non chiffrés étaient en effet considérés comme des cartes postales pouvant être lues par tout un chacun durant le transport. De nombreux articles ont été publiés à ce sujet.<sup>12</sup> Je me limiterai donc avant tout à mes expériences personnelles.

nées, etc.). Les études utilisent donc généralement les solutions fournies par des tiers. Pour les questions liées à l'utilisation de *data rooms* électroniques destinées à des transactions M&A, voir également MARTIN PETRIN, Der Elektronische Datenraum, *PJA* 2007, pp. 363 à 366.

- 11 Voir également WOLFGANG STRAUB, Aufbewahrung und Archivierung in der Anwaltskanzlei, *PJA* 2010, pp. 547 à 567, disponibles sur [www.advobern.ch/files/aufsaetze/Aufbewahrung\\_und\\_Archivierung\\_in\\_der\\_Anwaltskanzlei.pdf](http://www.advobern.ch/files/aufsaetze/Aufbewahrung_und_Archivierung_in_der_Anwaltskanzlei.pdf)
- 12 D'une manière générale sur la question des e-mails chiffrés au sein des études, voir ADRIAN RUFENER, Automatisierung/IT: Neue Möglichkeiten in der Prozessunterstützung von Anwaltskanzleien, in: Leo Staub/Christine Hehli Hidber (éd.), *Management von Anwaltskanzleien: erfolgreiches Führen von Anwaltsunternehmen*, Zurich 2012, pp. 337 à 353, N 13 s.; ADRIAN RUFENER, Devrions-nous sécuriser les e-mails échangés avec nos clients?, *Revue de l'avocat* 2011, p. 380; SÉBASTIEN FANTI, Courrier électronique et responsabilité de l'avocat, *Revue de l'avocat* 2011, p. 492 s.; KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich, Berne 2009, N 539; ADRIAN RUFENER, Sicherer Mailverkehr: eine

### 3.2 Ce qui devrait être clarifié avec le client

Les discussions avec de nombreux confrères ont montré que le chiffrement des e-mails restait aujourd'hui l'exception. Ceci s'explique notamment par le fait qu'il existe toujours plusieurs obstacles techniques et que le confort d'utilisation n'est pas optimal, tant pour le destinataire que pour l'expéditeur.

Même si, pour les études, il n'est pas encore usuel de passer par une communication chiffrée, il serait néanmoins judicieux de définir, au début du mandat, comment les e-mails seront échangés. A ce titre, il conviendra de clarifier avec son client la question des risques techniques de base, mais également des difficultés pratiques du courrier électronique chiffré.

C'est souvent le client lui-même qui envoie à l'avocat, avant ou pendant l'exécution du mandat, des documents confidentiels par courrier électronique ordinaire. Selon l'opinion exprimée ici, une telle démarche s'assimile en principe à un *accord pour un courrier électronique non chiffré*. Il conviendra toutefois de s'assurer que le client est bien conscient des risques encourus.

Lorsque, dans un cas concret, il a été convenu de communiquer uniquement par e-mails chiffrés, plusieurs *questions liées au chiffrement* devront être clarifiées avec les clients. Quelle sera la marche à suivre? Le chiffrement se limite-t-il au processus de transmission ou s'applique-t-il aux fichiers mêmes?

La forme du courrier électronique pourra par exemple être réglée comme suit dans le *contrat de mandat*:

- Le client est rendu attentif aux *risques généraux* du courrier électronique non chiffré.
- Le client donne son *accord* s'il est prêt à accepter ces risques. Il est rendu attentif au fait que son accord pourra être révoqué en tout temps. Pour des questions de preuve, la révocation devra se faire par écrit.
- Si le client souhaite le chiffrement des données, il y aura lieu de définir la *procédure* et les *coûts* supplémentaires qui en résultent.

### 3.3 Devoir de diligence pour la sécurité des informations

Le contenu peut non seulement être intercepté lors de la transmission, mais aussi être espionné par des pirates sur les systèmes de l'étude ou du client. Ceci nous amène à la question de savoir quelles sont les *mesures de sécurité* à prendre par l'avocat. Celles-ci vont de la configuration d'un pare-feu au chiffrement des supports destinés aux backups. Un examen complet de la

---

Frage der Professionalität, Revue de l'avocat 2009, pp. 191 à 194; DAVID ROSENTHAL, IT-Sicherheit in der Anwaltskanzlei, Revue de l'avocat 2006, p. 326 s.; FRANZ KUMMER, Vor E-Mail sind wir alle gleich, Vom Ärger im Umgang mit elektronischer Post, Jusletter du 21.6.2004; ROBERT G. BRINER, Anwaltliche Sorgfaltspflichten und E-Mail, RSJ 2005, pp. 437 à 435; WOLFGANG WIEGAND, Die Sorgfalt- und Informationspflichten bei der Erbringung von Rechtsdienstleistungen unter Verwendung von Internet und E-Mail, in: Thomas Koller/Hanna Mural Müller (éd.), Tagung 2000 für Informatik und Recht, Berne 2001, pp. 149 à 172; FRIDOLIN WALTHER, Das Anwaltsgeheimnis im E-Mail-Zeitalter – eine Problemskizze, RSJ 2000, pp. 357 à 366, et RSJ 2001, pp. 65 à 66; OLIVER BLUM, Das Anwaltsgeheimnis im E-Mail-Zeitalter, Eine Entgegnung aus der Praxis, RSJ 2000, pp. 550 à 552, et RSJ 2001, p. 67 s.

question va bien au-delà du contexte général de cet article, de sorte que je me limiterai de nouveau à l'essentiel.<sup>13</sup>

En matière de sécurité de l'information, il ne fait aucun doute que les avocats sont soumis à un *devoir de diligence*. En revanche, il est difficile de déterminer, d'une manière générale et abstraite, l'ampleur de leurs obligations.<sup>14</sup> Comme de nombreuses études d'avocats ne s'impliquent guère dans les questions informatiques, il conviendrait plutôt de qualifier cette attitude de «négligence habituelle». Cette dernière ne permet toutefois pas de s'affranchir de son devoir de diligence lorsqu'elle semble, en tenant compte de l'ensemble des circonstances, inappropriée.

En matière d'informatique, la tendance voudrait que les clients des grandes études puissent s'attendre à plus de professionnalisme qu'avec des études plus petites ne disposant que d'une infrastructure minimale. Il arrive cependant à ces dernières de traiter des documents hautement sensibles qui nécessitent des mesures de sécurité accrues. Même si les informations liées à des querelles de voisinage sont tout aussi confidentielles et doivent tout autant être protégées par le secret professionnel que des mandats portant sur la fusion de grandes sociétés internationales, la probabilité d'une tentative d'attaques doit néanmoins être prise en considération. Cela vaut non seulement pour la sécurité des données électroniques, mais aussi pour la protection des dossiers traditionnels.

### 3.4 Facturation des dépenses supplémentaires?

La mise en place d'une procédure spéciale de communication implique, du côté de l'étude, des *dépenses supplémentaires* (installation, batterie de tests, év. engagement de professionnels). Est-ce au client de payer? Cette question devra être réglée dans le contrat de mandat, en partant des principes suivants:

- Bien que l'utilisation de l'infrastructure nécessaire pour l'exécution du mandat, le secrétariat, etc. soit généralement incluse dans les honoraires, les *exigences particulières* du client devront être payées en plus.
- Dès lors que le chiffrement du courrier électronique ne constitue jusqu'à présent pas la règle habituelle, il appartient en principe au client de *supporter les frais supplémentaires qui en résultent*.
- Le client devrait en revanche pouvoir s'attendre à un *chiffrement sans frais supplémentaires des pièces jointes de l'e-mail* avec les programmes Office, PDF ou ZIP.
- La même règle s'applique à l'utilisation ponctuelle d'une plateforme de messagerie comme *IncaMail* ou *PrivaSphere*. Toutefois, le temps de travail supplémentaire qui en découle doit en général pouvoir être facturé au client. A l'heure actuelle,

---

13 Sur la question de la sécurité de l'information dans les études, voir DAVID ROSENTHAL, op. cit. ad note 12, pp. 281 à 288 et 323 à 330; WOLFGANG STRAUB, Informationssicherheit in der Anwaltskanzlei – eine Checkliste, disponible en ligne sur [www.advobern.ch/files/Hinweis\\_zur\\_Informationssicherheit\\_in\\_der\\_Anwaltskanzlei.pdf](http://www.advobern.ch/files/Hinweis_zur_Informationssicherheit_in_der_Anwaltskanzlei.pdf).

14 Voir à ce sujet WOLFGANG STRAUB, Verantwortung für Informationstechnologie, Gewährleistung, Haftung und Verantwortlichkeitsansprüche, Zurich/Saint-Gall 2008, N 358 ss. et les références citées.

une connexion fixe entre le serveur mail<sup>15</sup> de l'étude et les plateformes de messagerie sécurisée ne va pas encore de soi.

### 3.5 Mes expériences à ce sujet

Au sein de mon étude, plusieurs systèmes de chiffrement ont été testés au cours du temps (PGP, GNUPG, S-MIME, *PrivaSphere*, *IncaMail*, téléchargement de plateformes de clients, etc.). On peut résumer ces expériences comme suit:

- Toutes les procédures de chiffrement ont montré qu'elles étaient *fonctionnelles*. L'installation et l'exploitation de la plupart des solutions exigent toutefois l'intervention d'informaticiens (notamment en raison de problèmes du pilote, de difficultés avec les changements de configuration ou avec le serveur terminal).
- Des problèmes sont sporadiquement survenus du côté du *destinataire*. Le pare-feu du client a p. ex. parfois bloqué le service, étant rappelé qu'un contenu chiffré peut lui aussi contenir des logiciels malveillants.
- Comme principaux inconvénients à l'utilisation systématique du chiffrement, il convient de mentionner les démarches supplémentaires à effectuer et l'*inconfort* qui en résulte (installation de logiciels, nécessité de se connecter plusieurs fois sur une plateforme de messagerie, gestion et archivage des mots de passe, etc.). C'est d'ailleurs ce qui a poussé la plupart des clients, après un laps de temps relativement court, à demander le rétablissement d'une communication non chiffrée.
- Le maniement d'une plateforme de messagerie sur Internet (*IncaMail*, *PrivaSphere*) s'acquiert pourtant facilement. L'échange régulier de courrier électronique sans liaison (payante) au serveur par tous les participants reste toutefois associé à un sentiment d'inconfort (format eml ou PDF chiffrés au lieu de msg) ou à une perte de temps pour le téléchargement et la gestion des e-mails.
- Ce qui demande le moins d'efforts est le *chiffrement de pièces jointes aux e-mails* (p. ex. via un programme ZIP, Microsoft Office ou Adobe Acrobat Pro<sup>16</sup>). Il faut cependant veiller à choisir des mots de passe suffisamment sûrs et à les communiquer sur un autre canal (p. ex. par SMS).
- Lorsque les documents sont chiffrés, les *mots de passe* correspondants doivent être archivés à long terme. Même plusieurs années après la fin du mandat, l'avocat doit pouvoir répondre aux questions de son client.
- Une solution alternative au chiffrement des e-mails consistent à communiquer via une *plateforme de téléchargement* (du côté du client ou de l'étude). Une fois que les documents y

ont été enregistrés, les destinataires reçoivent une invitation à se connecter et à retirer la communication. Du côté des clients, les grandes organisations favorisent de plus en plus des projets qui font intervenir ce type de plateformes. Cette méthode permet aussi de transmettre des documents de taille importante et les informations peuvent y être restructurées. L'exploitation et la gestion de telles archives sont toutefois subordonnées à des dépenses supplémentaires (p. ex. administration des droits d'utilisation et nécessité d'ordonner continuellement les documents).

### 3.6 Signatures électroniques

L'emploi des signatures électroniques pour la communication électronique avec les autorités (CEA) a déjà été largement évoqué par la doctrine.<sup>17</sup> En ce qui me concerne, j'ai eu l'occasion de tester sur plusieurs systèmes notre carte de membre FSA qui dispose des fonctions de la *Suisse/D*. Entretemps, le logiciel de signature a été considérablement amélioré. Des problèmes peuvent néanmoins surgir, p. ex. lors de l'installation sur un serveur terminal. Ces inconvénients continuent d'être particulièrement gênants pour l'utilisateur lambda.

Il se pose alors la question de l'utilité de la signature électronique dans la pratique.

- S'agissant des *délais*, les avocats ont tendance à effectuer leurs tâches au tout dernier moment, en autres parce que le client remet lui-même les documents ou des informations importantes très tardivement. C'est précisément pour les études situées en un lieu où les heures d'ouverture de la poste sont plutôt limitées qu'il est tentant de pouvoir envoyer un mémoire jusqu'à minuit directement depuis son ordinateur. Dans la pratique, il subsiste encore de nombreuses inquiétudes quant à la question de savoir si tous les systèmes informatiques nécessaires seront bien disponibles au moment de l'envoi. Le risque d'un problème technique est souvent plus grand du côté de l'étude (en particulier pour la connexion Internet) que du côté de la plateforme de messagerie<sup>18</sup>.

15 Voir également ADRIAN RUFENER, Intégration de la plateforme de messagerie sécurisée dans votre infrastructure de courrier électronique, *Revue de l'avocat* 2012, p. 200 s.

16 Pour les questions générales liées aux PDF, voir CHRISTIAN LEUPI, Quel logiciel PDF faut-il choisir? *Revue de l'avocat* 2011, p. 172 s. Dans la version Adobe Acrobat Pro, d'autres types de documents peuvent être annexés au PDF (typiquement, un document Word). Plusieurs documents peuvent également être fusionnés en une seule pièce, y compris avec un mot de passe. La signature électronique permet en plus d'élever le niveau de sécurité (p. ex. pour éviter les modifications ou l'impression du document).

17 Voir en particulier ANDREA SCHAFER, Communication électronique avec les autorités (CEA): percée en vue? La balle est dans le camp des autorités, *Revue de l'avocat* 2012, p. 97 s; FELIX HUNZIKER-BLUM, Elektronische Eingaben und Suisse ID: Risikovermeidung oder Technologienutzung, *Revue de l'avocat* 2011, pp. 220 à 222; STEFAN STULZ, Elektronische Eingaben und Unterschriften, *SuisseID: Lücken, Tücken und erste Erfahrungen*, *Revue de l'avocat* 2011, pp. 76 à 78; PETER GUYAN/LUKAS HUBER, Elektronischer Rechtsverkehr nach VeÜ-ZSSchK, *PJA* 2011, pp. 74 à 83; ADRIAN RUFENER, Elektronischer Behördenverkehr – Nutzen der SuisseID, *Revue de l'avocat* 2011, pp. 269 à 271; JACQUES BÜHLER, Effiziente elektronische Kommunikation mit Gerichten, *Revue de l'avocat* 2009, pp. 304 à 306.

18 Pour l'observation des délais, c'est l'accusé de réception de la plateforme de messagerie qui devrait être déterminant, et non celui du tribunal. Selon l'opinion soutenue ici, c'est la conclusion à laquelle on arrive si l'on procède à une interprétation téléologique de l'art. 143 al. 2 CPC (les incidents techniques ne sont pas imputables à l'avocat et il doit y avoir une égalité de traitement avec le courrier postal). Dans son arrêt du 11 juillet 2012, le tribunal supérieur de Zurich a soutenu une solution diamétralement opposée (affaire LY120016-O/U, [www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/entscheide/oeffentlich/LY120016.pdf](http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LY120016.pdf)), tout en arrivant au résultat proposé plus haut pour éviter un formalisme excessif. Voir également GEORGES CHANSON, Observation des délais dans la CEA, *Revue de l'avocat* 2012, pp. 251 à 254; GEORGES CHANSON, Défaits techniques

- Les avantages pratiques des actes électroniques résident avant tout dans la *gestion/l'archivage électronique des dossiers*. C'est dans ce type de dossiers que se trouvent en particulier tous les mémoires. On peut toutefois scanner les documents papier, pour ensuite les enregistrer en PDF. Il ne s'agit cependant que de copies. L'importance pratique de cette distinction ne doit malgré tout pas être surestimée. En effet, même dans des dossiers de type papier, il n'y a en réalité que des (photo)copies. Quant au récépissé délivré par la poste, à l'opposé de l'accusé de réception électronique, on ne peut en tirer aucune conclusion sur le nombre et la teneur des documents réellement expédiés sous enveloppe.
- L'avocat peut aussi *signer et envoyer son acte électronique en dehors de son étude*. Si son étude compte plusieurs associés, il peut aussi, d'une manière qui paraîtra sans doute moins raffinée, envoyer par e-mail la version finale de son mémoire, puis la faire imprimer, signer et expédier par un associé qui se substituera à lui au moyen d'une procuration.
- A l'heure actuelle, la plupart des études ont un manque d'expériences sur le dépôt d'actes électroniques, de sorte que *l'attention et le temps nécessaires* restent plus importants que pour un acheminement «papier». Une plus grande familiarité avec la voie électronique – qui débute par la connexion à une plateforme de messagerie, passe par le stockage des documents et finit par l'envoi de copies au client – permettrait toutefois une gestion complètement électronique des dossiers, sans doute plus efficace.
- Une signature électronique peut également être utilisée en dehors de la CEA, en raison de sa force hautement probante.<sup>19</sup> Pour que les *documents contractuels* puissent être si-

gnés électroniquement de part et d'autre, toutes les parties doivent être en possession d'une signature électronique valable et connaître la marche à suivre. L'importance pratique de cette question dans les tâches courantes de l'avocat ne doit pas non plus être surestimée. Même si ce sont les avocats qui négocient les contrats, la version finale de ces derniers est souvent signée par le client, même en présence d'une procuration générale donnée à l'avocat. La signature du client donne en quelque sorte la bénédiction finale au résultat concret de toute la phase des négociations.

- La signature électronique et le *chiffrement des e-mails* reposent sur des processus différents. Notre carte de membre FSA, qui dispose de la technologie de la SuisseID, ne comporte qu'un certificat de signature, et non de chiffrement. Ce dernier peut toutefois être installé sur l'ordinateur si nécessaire.
- Les signatures électroniques peuvent aussi être utilisées à des fins d'authentification lors de la connexion à certains sites ou plateformes (p. ex. *PrivaSphere, IncaMail, commande d'un extrait du casier judiciaire, Terravis<sup>20</sup>, site FSA*). Le nombre de sites Web qui prennent en charge la SuisseID reste encore limité.

En résumé, l'envoi d'actes électroniques aux autorités ne se révélera véritablement judicieux que si l'avocat gère déjà ses dossiers électroniquement. Peut-être est-ce aussi une question de mentalité, plutôt qu'un souci d'efficacité. Pour la prochaine génération d'avocats, la voie électronique semblera probablement plus naturelle que le traitement de dossiers au format papier traditionnel. ■

dans la CEA ou décision judiciaire erronée?, Revue de l'avocat 2012, p. 429 s. Pour les premières expériences dans le canton de Berne, voir CLAUDIA SCHREIBER, Elektronische Eingaben – eine erste Bilanz, in *dupio* 2012, pp. 168 à 170.

19 Voir à ce sujet ADRIAN RUFENER, Mit der SuisseID zum beweiskräftigen Mailverkehr, Revue de l'avocat 2010, p. 466 s. La SCSE est actuellement en ré-

vision totale. Voir également <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mil/2012/2012-03-280.html>. En juillet 2012, la FSA a elle aussi pris position dans la procédure de consultation.

## Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter

### **Cui jus est donandi, eidem et vendendi et concedendi jus est.**

Wer das Recht hat, zu verschenken, der hat auch das Recht, zu verkaufen und zu überlassen. Verschenken ist die weitestgehende Verfügung über eine Sache. Dig. 50, 17, 163 (Ulpian).

**Alimenta cum vita finiuntur.** Unterhaltsansprüche enden mit dem Leben. Stirbt der Unterhaltsberechtigte oder der Unterhaltsverpflichtete, so erlischt der Unterhaltsanspruch. S. Dig. 2, 15, 8 § 10 a.E. (Ulpian). Bernhard Laubach, Lateinische Spruchregeln zum Unterhaltsrecht (Köln 2004) 165–174.

**Remoto impedimento emergit actio.** Ist das Hindernis beseitigt, taucht der Anspruch wieder auf. Ausgeschlossene Ansprüche leben wieder auf, wenn der Grund des Ausschlusses wegfällt.

**Ejus nulla culpa est, cui parere necesse sit.** Den trifft keine Schuld, der gehorchen muss. Dig. 50, 17, 169 pr. (Paulus).

**Gradatim est appellandum.** Man muss Stufe um Stufe Rechtsmittel einlegen. Der Instanzenzug ist einzuhalten. Damasus, Regulae canonicae 64.

**Nec tempus nec locus occurrit regi.** Den König hindert weder Zeit noch Ort. Ein Monarch kann Gericht halten, wo und wann er es für richtig hält. Gilt im Verfassungsstaat nicht.

**Poenam illius hujus praemium esse non debet.** Die Strafe des einen darf nicht des andern Belohnung sein. 5, 15 pr. a.E. (Marcian).

Fortsetzung Seite 525

Wolfgang Straub\*

# «Durchklick»: Was bringt die IT in der Anwaltskanzlei? (Teil 1)

**Stichworte:** Anwaltssoftware, Softwaretools für Juristen, elektronischer Verkehr mit Klienten und Gerichten, E-Mail-Verschlüsselung, Sorgfaltspflichten, Weiterverrechenbarkeit von IT-Aufwand

*Anwältinnen und Anwälte stehen der Informatik oft eher skeptisch gegenüber. In welchen Bereichen kann sie den Anwaltsalltag wirklich unterstützen? Wo liegen praktische Schwierigkeiten und Risiken? Vorab erfolgt eine Auslegeordnung der IT-Anwendungen in Anwaltskanzleien. Dann werden der elektronische Verkehr mit Klienten und Gerichten von einer praktischen Seite her betrachtet. In Teil 2 (Anwaltsrevue 1/2013) wird es um die Entwicklung von IT-Strategien für Anwälte gehen.*

## 1. Einleitung

In vielen Branchen wird darüber diskutiert, welche Wertschöpfung aus der Informatik generiert werden kann. Anwälte scheinen diese Frage oft eher umgekehrt zu stellen: Wie lässt sich der Einsatz von Computern soweit beschränken, dass die Arbeit möglichst wenig beeinträchtigt wird? Zum Schreiben sind Computerprogramme unverzichtbar, und Klienten verlangen eine Erreichbarkeit per E-Mail. Aber darüber hinaus möchte man sich mit diesem Thema lieber nicht befassen, kann doch die eigentliche juristische Arbeit – die Subsumption und Argumentation – nicht an Computer delegiert werden...

Manches mag damit zusammenhängen, dass von informatikbegeisterten Juristen schon früh zu hohe Erwartungen geweckt worden sind. Als ich Ende der 80er-Jahre mein Studium begann, gab es bereits kühne Visionen juristischer Expertensysteme, welche dereinst auf Knopfdruck Antworten auf juristische Fragen liefern sollten. Dann kam Swisslex – vielleicht zu früh. Gemessen an den damaligen Erwartungen schien der Nutzen zunächst bescheiden. Inzwischen sind juristische Datenbanken für viele Anwältinnen und Anwälte aber zu einem selbstverständlichen Hilfsmittel geworden.

Ich gehöre selbst zu jenen, welche neue Technologie möglichst rasch nutzen und dabei oft frustriert werden. Im Folgenden suche ich anhand meiner eigenen Erfahrungen und der Diskussion mit verschiedenen Kollegen nach Antworten auf die Frage, was Informatikunterstützung im Anwaltsalltag tatsächlich bringen kann.<sup>1</sup> Eine umfassende Darstellung aller Einsatzmöglichkeiten in der Anwaltskanzlei würde den Rahmen des vorliegenden Beitrages bei

weitem übersteigen. Nachfolgend kann daher nur auf einige spezifische Fragestellungen eingegangen werden.

## 2. IT in der Anwaltskanzlei

### 2.1 Wo steckt die IT?

Was ist eigentlich IT?<sup>2</sup> Wo begegnet man ihr in Anwaltskanzleien? Nachfolgend der Versuch einer Annäherung, ohne Anspruch auf Vollständigkeit:

- Clients (PCs, Laptopcomputer, Thin Client Terminals)
- Server (Fileserver, Mailserver, Datenbankserver etc.)
- Mobilgeräte (Smartphones, Tablet Computer etc.)
- Copycenter (Multifunktionsgeräte zum Drucken, Faxen, Kopieren und Scannen)
- Telefonanlagen, Faxsysteme etc.
- Netzwerkinfrastruktur (Switches, Wireless LAN Access Points, Router zur Verbindung mehrerer Netzwerke etc.)
- Software (Anwaltssoftware, Officeprogramme, Tools und Apps)
- Internet (Suchmaschinen, Plattformen und Datenbanken etc.)
- Gebäudesteuerungen (Zugangskontrollsysteme, Klimatechnik etc.)

### 2.2 Welche Applikationen unterstützen die Anwaltsarbeit?

Im Anwaltsalltag sind insbesondere folgende Systeme und Applikationen gebräuchlich:

- Office Programme, E-Mail-Clients, Webbrowser
- Anwaltssoftware<sup>3</sup> zur Zeiterfassung, Fakturierung, Auswertung, Adressverwaltung, Fristverwaltung, Dokumentverwaltung
- Buchhaltungssoftware (eventuell mit Schnittstellen zu Anwaltssoftware)
- Archivierungssoftware
- Up- und Downloadplattformen, elektronische Datarooms

2 Der Begriff der IT (*Information Technology*) wird im vorliegenden Beitrag sehr weit gefasst und beinhaltet sowohl Informatiksysteme als auch einzelne Produkte der Informations- und Kommunikationstechnologie (Hard- und Software).

3 Siehe dazu auch ADRIAN RUFENER, Informatikeinsatz in einer Anwaltskanzlei, *Anwaltsrevue* 2008, S. 19–22. Unter dem Begriff «Anwaltssoftware» werden hier Programme zur Adressverwaltung, Leistungserfassung, Fakturierung und Dokumentverwaltung etc. bezeichnet. In der Praxis sind insbesondere *PLATO*, *WinJur*, *Solutions*, *vertec*, *Acumin*, *swoffice*, *Madaba* und *ALAN* verbreitet. Lösungsansatz und Leistungsumfang der einzelnen Programme sind allerdings sehr unterschiedlich. Meine eigenen Erfahrungen beruhen vorwiegend auf *PLATO*.

\* Dr., LL.M., Fürsprecher in Bern, Mitglied der Technologiegruppe des SAV.

1 Für wertvolle Anregungen und Hinweise danke ich insbesondere STEPHAN BEUTLER, GEORGES CHANSON, CHRISTOPH GASSER, FRANZ KUMMER, CHRISTIAN LEUPE, PATRICK MIDDENDORF, DAVID ROSENTHAL, STEPHAN ROTHENBÜHLER, RALPH SCHLOSSER, JÜRGE SCHNEIDER und SAMIRA SÜMER.

- Geräte und Applikationen zum digitalen Diktieren
- Hilfstoos und Apps (z.B. Fristenrechner<sup>4</sup>, Unterhaltsberechnungstabellen<sup>6</sup>, Software zum Verwalten von Beweismitteln<sup>5</sup> und Literaturreferenzen<sup>7</sup>)
- Spezialsoftware (z.B. zur Markenverwaltung)
- Kanzleiwebsite/Content Management Systeme zur Verwaltung und Aktualisierung der Webinhalte
- hausinterne Wissensdatenbanken und Dokumentensammlungen (Knowledgebases)<sup>8</sup> sowie Bibliothekskataloge bzw. Bibliothekslösungen<sup>9</sup>
- externe Webdienste (z.B. Zustellplattformen von Behörden, E-Billing-Portale) und externe Datenbanken (BGer, Swisslex, LexisNexis, Westlaw etc.)

### 2.3 Welche Funktionen kann die IT erfüllen?

Im Hinblick auf ihre *Funktion* in einer Kanzlei lassen sich diese elektronischen Hilfsmittel grob in folgende – sich teilweise überschneidende – Kategorien gliedern:

- *Mittel für die Kommunikation mit Klienten* (E-Mail, Videoconferencing, Collaboration Plattformen etc.). Diese haben meist rein unterstützenden Charakter. Nur selten sind Anwälte in der Rolle eigentlicher Provider IT-basierter Dienstleistungen tätig (z.B. Datarooms für Klienten<sup>10</sup>).
- *Werkzeuge für die anwaltliche Tätigkeit* (z.B. Office, Swisslex etc.). Anders als in anderen Branchen lässt sich nur ein kleiner Teil der eigentlichen Anwaltsarbeit automatisieren. Dies führt mitunter dazu, dass Anwälte die sonstige Unterstützung unterschätzen, welche die IT bieten könnte.
- *Lösungen für den Backofficebereich*. Hier besteht vor allem für grössere Kanzleien erhebliches Rationalisierungspotenzial

4 Ein Fristenrechner zum schweizerischen Recht ist auch im Internet kostenlos zugänglich: [www.fristenrechner.ch](http://www.fristenrechner.ch).

6 Siehe insbesondere [www.berechnungsblaetter.ch](http://www.berechnungsblaetter.ch).

5 *Exhibitmanager* von Causasoft ([www.exhibitmanager.com](http://www.exhibitmanager.com)) erlaubt ein datenbankbasiertes Verwalten, Beschriften und Verlinken von Beweismitteln. Wenn Rechtsschriften in *Microsoft Word für Windows* erstellt werden, können die entsprechenden Beweismittel direkt referenziert und nummeriert werden. Nach dem Einfügen zusätzlicher Referenzen werden die Verweise automatisch aktualisiert. Eine blosse Nummerierung und Formatierung von Beweisofferten in Rechtsschriften ist auch mit *Octoiur* von Octobit ([www.octoiur.ch](http://www.octoiur.ch)) möglich.

7 Umfangreiche Literaturangaben für Rechtsschriften oder wissenschaftliche Publikationen können z.B. mit *Citavi* ([www.citavi.com](http://www.citavi.com)) anhand der Informationen von Bibliotheksdatenbanken effizient erfasst und referenziert werden.

8 Siehe dazu auch URS THÜRING, Wissensmanagement in grossen Anwaltskanzleien und solchen, die es werden wollen, *AJP* 2011, S. 985–993; RAFFAEL BÜCHI, Entwicklung und Weitergabe von Know-how in Schweizer Anwaltskanzleien am Beispiel von Bär & Karrer, *Jusletter* vom 7.3.2011; SARAH MONTANI, Vertragsverwaltung (macht schlank), *Jusletter* vom 28.2.2005; SARAH MONTANI, Juristische Wissensarchitektur, *Jusletter* vom 1.12.2003.

9 Alle gedruckten und elektronischen Publikationen, welche in der Kanzlei vorhanden sind, können z.B. anhand der Rechtsbibliografie von *WebLaw* erfasst und verwaltet werden (siehe <http://biblio.weblaw.ch>).

10 Aufbau und Betrieb eines Electronic Datarooms sind komplex (Sicherheit, Verfügbarkeit, Versionenkontrolle, Datenschutz, etc.). Daher verwenden Anwaltskanzleien in der Regel Lösungen von Drittanbietern. Siehe zu elektronischen Datenräumen in Zusammenhang mit M&A-Transaktionen auch MARTIN PETRIN, Der Elektronische Datenraum, *AJP* 2007, S. 363–366.

(z.B. medienbruchfreie Verarbeitung von der Leistungserfassung bis zu MWSt-Abrechnung). In welchen Bereichen sich eine Automatisierung lohnt, hängt vor allem von der Komplexität und Häufigkeit der Vorgänge ab (z.B. der Anzahl der monatlich gestellten Rechnungen).

- Effizienzgründe sind allerdings nicht die einzigen Überlegungen, welche für den Informatikeinsatz relevant sind. Beispielsweise kann die – meist klientengetriebene – Verlagerung von der Briefpost zum E-Mail-Verkehr eine elektronische Archivierungslösung erforderlich machen.<sup>11</sup> Moderne IT-Hilfsmittel können allenfalls auch die Attraktivität einer Kanzlei für jüngere Mitarbeitende erhöhen und zu einer flexiblen Arbeitszeitgestaltung beitragen (z.B. Erledigung gewisser Arbeiten von zuhause oder unterwegs aus).

## 3. Elektronischer Verkehr

Im Rahmen meiner eigenen (vorwiegend beratenden) Arbeit erhalte und sende ich inzwischen über 90% aller Mitteilungen per E-Mail. Da der elektronische Verkehr mit Klienten, Gegenparteien etc. einen wesentlichen Treiber für den Informatikeinsatz in Anwaltskanzleien darstellt, soll auf diesen Themenbereich vorab etwas näher eingegangen werden.

### 3.1 E-Mail-Verschlüsselung

Bereits vor rund einem Jahrzehnt wurde von verschiedenen Autoren gefordert, Anwälte dürften mit Klienten, Gegenanwälten etc. ausschliesslich verschlüsselte E-Mails austauschen. Nur so lasse sich das Anwaltsgeheimnis wahren. Unverschlüsselte E-Mails seien in Bezug auf die Vertraulichkeit mit Postkarten zu vergleichen, die für alle am Transport beteiligten Personen frei lesbar seien. Zu dieser Thematik sind bereits zahlreiche Beiträge erschienen.<sup>12</sup> Ich werde daher vor allem von meinen eigenen Erfahrungen berichten.

11 Siehe auch WOLFGANG STRAUB, Aufbewahrung und Archivierung in der Anwaltskanzlei, *AJP* 2010, S. 547–567, auch elektronisch verfügbar unter [www.advobern.ch/files/ausfasetze/Aufbewahrung\\_und\\_Archivierung\\_in\\_der\\_Anwaltskanzlei.pdf](http://www.advobern.ch/files/ausfasetze/Aufbewahrung_und_Archivierung_in_der_Anwaltskanzlei.pdf).

12 Siehe generell zur Frage der E-Mail-Verschlüsselung in Anwaltskanzleien ADRIAN RUFENER, Automatisation/IT: Neue Möglichkeiten in der Prozessunterstützung von Anwaltskanzleien, in: Leo Staub/Christine Hehli Hidber (Hrsg.), *Management von Anwaltskanzleien: erfolgreiches Führen von Anwaltsunternehmen*, Zürich 2012, S. 337–353, Rz. 13 f.; ADRIAN RUFENER, Mailsicherheit, *Anwaltsrevue* 2011, S. 380; SÉBASTIEN FANTI, Courrier électronique et responsabilité de l'avocat, *Anwaltsrevue* 2011, S. 492–493; KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich, Bern 2009, Rz. 539; ADRIAN RUFENER, Sicherer Mailverkehr: eine Frage der Professionalität, *Anwaltsrevue* 2009, S. 191–194; DAVID ROSENTHAL, IT-Sicherheit in der Anwaltskanzlei, *Anwaltsrevue* 2006, S. 326 f.; FRANZ KUMMER, Vor E-Mail sind wir alle gleich, Vom Ärger im Umgang mit elektronischer Post, *Jusletter* vom 21.6.2004; ROBERT G. BRINER, Anwaltliche Sorgfaltspflichten und E-Mail, *SJZ* 2005, S. 437–435; WOLFGANG WIEGAND, Die Sorgfaltspflichten und Informationspflichten bei der Erbringung von Rechtsdienstleistungen unter Verwendung von Internet und E-Mail, in: Thomas Koller/Hanna Mural Müller (Hrsg.), *Tagung 2000 für Informatik [und] Recht*, Bern 2001, S. 149–172; FRIDOLIN WALTHER, Das Anwaltsgeheimnis im E-Mail-Zeitalter – eine Problemskizze, *SJZ* 2000, S. 357–366, und *SJZ* 2001, S. 65–66; OLIVER BLUM, Das Anwaltsgeheimnis im E-Mail-Zeitalter, Eine Entgegnung aus der Praxis, *SJZ* 2000, S. 550–552, und *SJZ* 2001, S. 67 f.

### 3.2 Was mit den Klienten diskutiert werden sollte

Diskussionen mit vielen Kollegen zeigten, dass verschlüsselter Mailverkehr heute nur punktuell eingesetzt wird. Dies hängt damit zusammen, dass er mit verschiedenen technischen Hürden und Bequemlichkeitseinschränkungen verbunden ist – sowohl bei den Versendern als auch bei den Empfängern.

Obwohl eine Verschlüsselung der Kommunikation in der Advokatur derzeit nicht allgemein üblich ist, sollte die Frage, wie E-Mails übermittelt werden, jeweils zu Beginn eines Mandats angesprochen werden. Dabei sollten sowohl die grundsätzlichen technischen Risiken als auch die praktischen Schwierigkeiten einer Mailverschlüsselung zur Sprache kommen.

Oft senden Klienten selbst bereits vor Beginn oder während eines Mandats vertrauliche Dokumente per E-Mail an Anwälte. Nach der hier vertretenen Auffassung impliziert ein solches Vorgehen grundsätzlich eine *Zustimmung zum unverschlüsselten Mailverkehr*. Diese könnte allerdings unter einem Willensmangel leiden, wenn sich die Klienten der damit verbundenen Risiken nicht bewusst sind.

Wenn in einem konkreten Fall nur verschlüsselt verkehrt werden darf, stellen sich verschiedene *Anschlussfragen*, die mit der Klientschaft geklärt werden müssen: Welches Verfahren soll zur Anwendung gelangen? Ist nur der Übermittlungsvorgang oder auch der Inhalt selbst zu verschlüsseln?

Der E-Mail-Verkehr kann in einer *Mandatsvereinbarung* etwa wie folgt geregelt werden:

- Es wird auf die generellen Risiken des unverschlüsselten E-Mail-Verkehrs hingewiesen.
- Falls die Klientschaft bereit ist, diese in Kauf nehmen zu nehmen, erteilt sie ihre Zustimmung. Sie wird darüber informiert, dass diese Zustimmung jederzeit widerrufen werden kann. Aus Beweisgründen sollte ein Widerruf aber ebenfalls schriftlich erfolgen.
- Falls die Klientschaft eine Verschlüsselung wünscht, sind das entsprechende Verfahren zu definieren und allfällige dadurch anfallende Zusatzkosten offenzulegen.

### 3.3 Sorgfaltspflichten bei der Informationssicherheit

Inhalte können nicht nur während der Übermittlung abgefangen, sondern durch Hacker auch auf den Systemen der Kanzlei oder der Klienten ausgespäht werden. Daraus folgt letztlich die Frage, welche *Informationssicherheitsmassnahmen* Anwälte treffen müssen. Diese Thematik reicht von der Konfiguration von Firewalls bis zur Verschlüsselung von Backuptapes. Eine umfassende Behandlung würde den Rahmen des vorliegenden Beitrages allerdings bei weitem sprengen.<sup>13</sup>

Zweifellos müssen Anwälte in Bezug auf die Informationssicherheit *Sorgfaltspflichten* erfüllen. Wie weit diese gehen, ist schwierig generell-abstrakt zu bestimmen.<sup>14</sup> Da sich viele Kanz-

leien möglichst wenig mit Informatikfragen befassen, könnte man oft eher von einer «branchenüblichen Unsorgfalt» sprechen. Die in einer bestimmten Branche verbreitete Nachlässigkeit führt indessen nicht zu einer Entlastung, wenn sie in einer objektivierten Betrachtung als unangemessen erscheint.

Tendenziell dürften die Klienten von grossen Kanzleien mehr Professionalität beim Umgang mit IT erwarten als von kleinen mit minimaler Infrastruktur. Allerdings können auch kleine Anwaltskanzleien hochsensitive Dokumente verwalten, welche erhöhte Schutzmassnahmen erfordern. Obwohl Informationen in Nachbarrechtsstreitigkeiten für die Beteiligten ebenso vertraulich – und durch das Anwaltsgeheimnis geschützt – sein können wie solche in internationalen Unternehmensfusionen, ist in Bezug auf die Sicherheitsmassnahmen auch die Wahrscheinlichkeit potenzieller Angriffsversuche mitzuberücksichtigen. Das gilt nicht nur für die elektronische, sondern auch für die physische Sicherheit.

### 3.4 Verrechenbarkeit des Aufwands

Das Einrichten spezieller Übermittlungsverfahren ist auf Seiten der Kanzlei mit *Zusatzaufwand* verbunden (Installation, Testing, eventuell Beizug von Spezialisten). Kann er der Klientschaft in Rechnung gestellt werden? Diese Frage ist in der Mandatsvereinbarung zu regeln. Ergänzend ist von folgenden Grundsätzen auszugehen:

- Obwohl die Inanspruchnahme der zur Mandatsführung erforderlichen Infrastruktur, Sekretariatsarbeiten etc. in Honorarsätzen generell enthalten sind, dürften *kundenspezifische Anforderungen* zusätzlich zu vergüten sein.
- Da Mailverschlüsselungsverfahren in der Anwaltspraxis bis jetzt nicht allgemein verbreitet sind, ist *spezifischer Aufwand zu ihrer Einrichtung* grundsätzlich von der Klientschaft zu tragen.
- Eine *blasse Verschlüsselung von E-Mail-Attachments* mit Office-, PDF- oder ZIP-Programmen dürfte hingegen allgemein erwartet werden können.
- Ähnliches gilt auch für die punktuelle Verwendung einer Webzustellplattform wie *IncaMail* oder *PrivaSphere*. Der mit der Nutzung verbundene zeitliche Zusatzaufwand gehört jedoch generell zum vergütungspflichtigen Aufwand des Anwalts. Eine feste Anbindung der Plattformen an die Mailserverinfrastruktur<sup>15</sup> einer Kanzlei kann heute noch nicht vorausgesetzt werden.

### 3.5 Eigene Erfahrungen

In unserer eigenen Kanzlei haben wir im Lauf der Zeit verschiedene Verschlüsselungsverfahren getestet (PGP, GNUPG, S-MIME, *PrivaSphere*, *IncaMail*, Upload auf Plattformen von Klienten etc.). Die Erfahrungen lassen sich etwa wie folgt zusammenfassen:

- Alle Verschlüsselungsverfahren haben sich grundsätzlich als *funktionsfähig* erwiesen. Installation und Betrieb der meisten

13 Siehe zur Informationssicherheit in Anwaltskanzleien DAVID ROSENTHAL (Fn. 12), S. 281–288 und S. 323–330; WOLFGANG STRAUB, Informationssicherheit in der Anwaltskanzlei – eine Checkliste, online verfügbar unter [www.advobern.ch/files/Hinweise\\_zur\\_Informationssicherheit\\_in\\_der\\_Anwaltskanzlei.pdf](http://www.advobern.ch/files/Hinweise_zur_Informationssicherheit_in_der_Anwaltskanzlei.pdf).

14 Siehe dazu auch WOLFGANG STRAUB, Verantwortung für Informationstechnologie, Gewährleistung, Haftung und Verantwortlichkeitsansprüche, Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 358 ff. mit weiteren Hinweisen.

15 Siehe dazu auch ADRIAN RUFENER, Integration der Zustellplattform in die E-Mail-Infrastruktur, Anwaltsrevue 2012, S. 199–200.

Lösungen erforderten jedoch den Beizug von IT-Spezialisten (z.B. aufgrund von Treiberproblemen, Schwierigkeiten bei Konfigurationsänderungen oder bei der Verwendung via Terminalserver).

- Punktuell kam es auch *auf Empfängerseite* immer wieder zu Problemen. Beispielsweise blockierten Firewalls bei Klienten mitunter die Zustellung. – Verschlüsselte Inhalte können tatsächlich auch Malware enthalten.
- Als Haupthindernis für eine flächendeckende Verwendung der Verschlüsselung erwiesen sich der Aufwand bzw. die *Komforteinschränkungen* (Installation von Software, wiederholtes Einloggen auf einer Zustellplattform, Verwaltung und Archivierung von Passwörtern etc.). Meistens wurde von Seiten der Klientschaft daher nach kurzer Zeit wieder eine unverschlüsselte Zustellung gewünscht.
- Die Verwendung webbasierter Zustellplattformen (*IncaMail*, *PrivaSphere*) ist zwar inzwischen leicht beherrschbar. Ein regelmässiger Mailaustausch ohne spezielle (kostenpflichtige) Anbindung der Mailserver aller Beteiligten ist aber mit Komforteinschränkungen (eml-Format oder verschlüsseltes PDF statt msg-Format) bzw. mit erhöhtem Zeitaufwand beim Abrufen und Verwalten der E-Mails verbunden.
- Am wenigsten Aufwand erfordert die *Verschlüsselung von E-Mail-Attachments* (z.B. via ZIP-Programm, Microsoft Office oder Adobe Acrobat Pro<sup>16</sup>). Es ist aber darauf zu achten, dass sichere Passwörter gewählt und auf einem anderen Kommunikationskanal übermittelt werden (z.B. per SMS).
- Falls auf Dokumentenebene verschlüsselt wird, müssen die entsprechenden *Passwörter* langfristig archiviert werden. Auch Jahre nach Mandatsabschluss kann es noch zu entsprechenden Rückfragen von Klienten kommen.
- Eine Alternative zur E-Mail-Verschlüsselung stellt die Kommunikation über eine *Uploadplattform* auf Klienten- oder Kanzleiseite dar. Nachdem das betreffende Dokument dort gespeichert wurde, erhalten die Destinatäre eine Aufforderung, sich einzuloggen und es abzuholen. In grösseren Organisationen erfolgt die projektbezogene Kommunikation zunehmend über solche Plattformen. Auf diese Weise können auch grosse Dokumentenmengen übermittelt werden und die Informationen können strukturiert werden. Betrieb und Verwaltung solcher Ablagen sind jedoch mit erheblichem Aufwand verbunden (z.B. Administration der Benutzerzugriffsrechte und fortlaufende Ordnung der Dokumente).

### 3.6 Digitale Signaturen

Die Funktionsweise digitaler Signaturen für den elektronischen Behördenverkehr wurde in der Literatur bereits ausführlich erörtert.<sup>17</sup> Ich hatte selbst schon früh Gelegenheit, *SuisseID* und

16 Siehe zu PDFs generell CHRISTIAN LEUPI, PDF-Software, *Anwaltsrevue* 2011, S. 171 f. In Adobe Acrobat Pro können in einem PDF weitere Dateitypen (z.B. Worddokumente) als Anlage hinzugefügt werden. Mehrere Dateien lassen sich auch zu einem Portfolio zusammenfügen. Die Zusammenstellung kann passwortgeschützt verschlüsselt werden. Durch die Verwendung einer Signatur lässt sich die Sicherheit weiter erhöhen (z.B. Bearbeitungs- und Druckschutz).

Anwaltsausweis auf verschiedenen Betriebssystemen zu testen. Inzwischen wurden die Signatursoftware bzw. die Kartenlesertreiber erheblich verbessert. Dennoch können – etwa bei der Installation auf einem Terminalserver – Probleme auftauchen, welche IT-Laien rasch überfordern.

Es stellt sich indessen die Frage, welchen *Nutzen* die elektronische Signatur in der Praxis überhaupt bietet.

- Anwälte neigen dazu, *Fristen* erst im allerletzten Moment zu wahren – oft auch, weil wichtige Informationen oder Dokumente von Seiten der Klienten erst sehr spät geliefert werden. Gerade wenn die Kanzlei an einem Ort mit eingeschränkten Postschalteröffnungszeiten liegt, erscheint die Aussicht verlockend, Eingaben bis Mitternacht direkt vom Schreibtisch aus einreichen zu können. Dem stehen in der Praxis allerdings erhebliche Bedenken gegenüber, ob alle erforderlichen Computersysteme im betreffenden Zeitpunkt zur Verfügung stehen. Dabei dürfte die Gefahr technischer Probleme auf Seiten der eigenen Anwaltskanzlei (insbesondere bei der Internetanbindung) grösser sein als auf Seiten der Zustellplattformen.<sup>18</sup>
- Die praktischen Vorteile elektronischer Eingaben dürften eher in der *elektronischen Dossierführung/Archivierung* liegen. In solchen Dossiers sollten insbesondere alle Rechtsschriften enthalten sein. Man kann sich allerdings auch damit behelfen, dass man die in Papierversion eingereichten Dokumente einscannet bzw. als PDFs abspeichert. Dabei handelt es sich zwar nur um Kopien. Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung sollte allerdings nicht überschätzt werden: Auch in Papierdossiers werden nur Kopien der eingereichten Eingaben abgelegt. Aus der Postaufgabequittung lassen sich – im Unterschied zu einer elektronischen Zustellquittung – keinerlei Rückschlüsse auf die eingereichten Dokumente ableiten.
- Elektronisch lassen sich *Eingaben auch von ausserhalb des Büros signieren* und abschieken. Dies kann allerdings – etwas weniger elegant – auch anderweitig bewerkstelligt werden: In Kanzleien mit mehreren Anwälten wird die finale Version einer

17 Siehe dazu insbesondere ANDREA SCHAFER, Elektronischer Rechtsverkehr: von der Vision zum Durchbruch, *Anwaltsrevue* 2012, S. 97 f.; FELIX HUNZIKER-BLUM, Elektronische Eingaben und SuisseID: Risikovermeidung oder Technologienutzung, *Anwaltsrevue* 2011, S. 220–222; STEFAN STULZ, Elektronische Eingaben und Unterschriften, SuisseID: Lücken, Tücken und erste Erfahrungen, *Anwaltsrevue* 2011, S. 76–78; PETER GUYAN/LUKAS HUBER, Elektronischer Rechtsverkehr nach VeÜ-ZSSchK, *AJP* 2011, S. 74–83; ADRIAN RUFENER, Elektronischer Behördenverkehr – Nutzen der SuisseID, *Anwaltsrevue* 2011, S. 269–271; JACQUES BÜHLER, Effiziente elektronische Kommunikation mit Gerichten, *Anwaltsrevue* 2009, S. 304–306.

18 Für die Fristwahrung sollte grundsätzlich die Empfangsbestätigung der Zustellplattform entscheidend sein und nicht diejenige des Gerichts. Nach der hier vertretenen Auffassung sprechen teleologische Überlegungen für diese Interpretation von Art. 143 Abs. 2 ZPO (Vermeidung von Zufälligkeiten und Gleichbehandlung mit dem Postweg). Das Obergericht des Kantons Zürich vertrat in seinem Entscheid vom 11. Juli 2012 (Geschäfts-Nr. LY120016-O/U, [www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/entscheideloeffentlich/LY120016.pdf](http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheideloeffentlich/LY120016.pdf)) zwar grundsätzlich die gegenteilige Meinung, kam aber zur Vermeidung eines überspitzten Formalismus dennoch zum gleichen Ergebnis. Siehe dazu auch GEORGES CHANSON, Fristwahrung auf elektronischem Weg, *Anwaltsrevue* 2012, S. 248–251; GEORGES CHANSON, Technische Mängel beim ERV oder Fehlurteil?, *Anwaltsrevue* 2012, S. 427 f. Siehe zu den Erfahrungen im Kanton Bern CLAUDIA SCHREIBER, Elektronische Eingaben – eine erste Bilanz, in dubio 2012, S. 168–170.

Rechtsschrift oft per E-Mail an die Kanzlei geschickt, dort ausgedruckt und mit Substitutionsvollmacht durch einen vor Ort anwesenden Kollegen eingereicht.

- Derzeit ist in den meisten Kanzleien erst wenig Erfahrung mit elektronischen Eingaben vorhanden. Daher sind der *Aufwand* und die erforderliche Aufmerksamkeit höher als beim Papierweg. Je mehr Vertrautheit aber mit dem Weg vom Einloggen auf der Zustellplattformen über die Dokumentenablage bis zum Versand von Kopien an die Klientschaft besteht, umso effizienter dürfte sich die vollelektronische Dossierführung gestalten.
- Mit einer digitalen Signatur können auch ausserhalb des Behördenverkehrs E-Mails bzw. deren Anhänge signiert werden, was ihnen erhöhte Beweiskraft verleiht.<sup>19</sup> Damit z.B. *Vertragsdokumente* gegenseitig elektronisch unterzeichnet werden können, müssen alle Beteiligten über eine entsprechende Signatur verfügen und mit dem Signierungsprozess vertraut sein. Die praktische Bedeutung dieser Möglichkeit für den Anwaltsalltag sollte allerdings nicht überschätzt werden: Anwälte verhandeln zwar oft Verträge, lassen diese aber – selbst bei Vor-

handensein entsprechender Vollmachten – meist direkt durch die Klientschaft unterzeichnen. Diese segnet mit der Unterschrift das konkrete Verhandlungsergebnis ab.

- Elektronische Signatur und *Verschlüsselung von E-Mails* sind unterschiedliche Vorgänge: Anwaltsausweis/Suisse ID verfügen standardmässig nur über ein Signaturzertifikat, nicht aber über ein Verschlüsselungszertifikat. Ein solches kann bei Bedarf jedoch zusätzlich installiert werden.
- Elektronische Signaturen können auch anderweitig als Authentifizierung zum Login verwendet werden (z.B. *PrivaSphere*, *IncaMail*, *Eidgenössisches Strafregister*, *Terravis*<sup>20</sup>, *SAV-Website*). Allerdings ist die Zahl der Websites, welche die SuisseID unterstützen, derzeit noch beschränkt.

Zusammenfassend dürfte eine Umstellung auf elektronische Behördenangaben in der Regel nur sinnvoll sein, wenn ohnehin schon elektronische Dossiers geführt werden. Vielleicht ist aber letztlich weniger die Frage der Effizienz als der Mentalität entscheidend: Der nächsten Juristengeneration wird der elektronische Weg wahrscheinlich einfach naheliegender erscheinen als der Umgang mit herkömmlichen Papierdossiers. ■

19 Siehe dazu ADRIAN RUFENER, Mit der SuisseID zum beweiskräftigen Mailverkehr, *Anwaltsrevue* 2010, S. 466–467. Die ZertES ist derzeit in Totalrevision. Siehe dazu [www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mil/2012/2012-03-280.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mil/2012/2012-03-280.html). Auch der SAV hat im Juli 2012 eine entsprechende Vernehmlassung eingereicht.

20 Siehe dazu CHRISTIAN LEUPI, Einsatzmöglichkeiten der SuisseID bei öffentlichen Registern, *Anwaltsrevue* 2012, S. 306 f.

## Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter

**In casu extremae necessitatis omnia sunt communia.** Im Falle äusserster Not ist alles gemeinschaftlich.

**Judex extra territorium est privatus.** Der Richter ist ausserhalb seines Gerichtsbezirks Privatmann. Er hat dort keine amtlichen Befugnisse. S. Glosse *lubere* zu Dig. 1, 12, 3 (*Accursius*). S. schon Dig. 1, 18, 3 Mitte (*Paulus*).

**Duorum in solidum dominium esse non potest.** Das Eigentum kann nicht bei zweien ganz sein. Sind zwei Personen Eigentümer ein und derselben Sache, so können sie, wenn die Sache nicht geteilt wird, nur Miteigentümer zu ideellen Bruchteilen sein. Dig. 13, 6, 5 § 15 (*Ulpian* unt. *Berf. a. Celsus*).

**Animus hominis est anima scripti.** Der Wille eines Menschen ist die Seele des Schriftstücks. Schriftliche Erklärungen haben nur deshalb Kraft, weil der Verfasser damit etwas verband.

**Casus a nullo praestantur.** Für Zufälle steht niemand ein.

**Corpora communia, sed non pecunia.** Die Körper gemeinsam, aber nicht das Geld. Ausdruck der Gütertrennung in der Ehe.

**Omne promissum cadit in debitum.** Jedes Versprechen wird zur Schuld. Schuldversprechen zeitigen Schuldverpflichtungen.

**Allegatio contra factum non est admittenda.** Ein Vorbringen, das den Taten widerspricht, darf nicht zugelassen werden.

**Testator non praesumitur frustra testari voluisse.** Es wird nicht vermutet, dass ein Testator vergeblich ein Testament machen wollte. Testamente sind möglichst aufrechtzuerhalten; über Unzulänglichkeiten ist eher hinwegzusehen als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden.

**Conditio, quae defecit, non restauratur.** Eine Bedingung, die ausgefallen ist, wird nicht erneuert. Der Ausfall einer Bedingung ist endgültig und unheilbar. Gilt heute ebenso.

**Finis rei attendendus est.** Man muss auf das Ende der Sache achten. Bei der rechtlichen Beurteilung von Straftaten darf nicht ausser acht gelassen werden, wie die Sache ausgegangen ist.

**Bona fides non patitur, ut semel exactum iterum exigatur.** Die gute Treue duldet es nicht, dass einmal Eingeklagtes ein zweites Mal eingeklagt wird. *Liber sextus* 5, 13, 83 (*Bonifaz VIII.*).

**Plus cautionis in re est quam in persona.** Eine Sache bietet mehr Sicherheit als eine Person. Kreditsicherung durch Pfand oder Hypothek ist besser als durch Bürgschaft. Dig. 50, 17, 25 (*Pomponius*).

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](http://www.chbeck.de)

## ■ Verfassungsrecht/Droit constitutionnel (I)

### **Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK, Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 BV; Ausschaffungshaft**

Die Ausschaffungshaft soll den Vollzug der Entfernungsmassnahme sicherstellen und muss ernsthaft geeignet sein, diesen Zweck zu erreichen, was nicht (mehr) der Fall ist, wenn die Weg- oder Ausweisung trotz der behördlichen Bemühungen nicht in einem dem konkreten Fall angemessenen Zeitraum vollzogen werden kann. Die Festhaltung hat, weil unverhältnismässig, dann als unzulässig zu gelten, wenn triftige Gründe für solche Verzögerungen sprechen oder praktisch feststeht, dass sich der Vollzug kaum innert vernünftiger Frist wird realisieren lassen (BGE 130 II 56 E. 4.1.3 S. 61 mit Hinweisen). Eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung durch den Betroffenen vorbehalten, welche die Verhältnismässigkeit der Aufrechterhaltung der Haft wegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses in einem etwas anderen Licht erscheinen lassen kann, ist dabei nicht notwendigerweise auf die maximale Haftdauer, sondern vielmehr auf einen den gesamten Umständen des konkreten Falles angemessenen Zeitraum abzustellen (BGE 130 II 56 E. 4.1.3 S. 61 mit Hinweisen). Die Ausschaffungshaft muss verhältnismässig und zweckbezogen auf die Sicherung des Wegweisungsverfahrens ausgerichtet sein; es muss jeweils aufgrund sämtlicher Umstände geklärt werden, ob sie (noch) geeignet bzw. erforderlich erscheint und nicht gegen das Übermassverbot, d.h. das sachgerechte und zumutbare Verhältnis von Mittel und Zweck, verstösst (zur Ausschaffungshaft: BGE 133 II 1 E. 5.1 S. 5 und unpublizierte E. 7; BGE 126 II 439 ff.; zur Durchsetzungshaft: BGE 134 I 92 E. 2.3.2 S. 97; 133 II 97 E. 2.2 S. 100).

Die entsprechenden Anforderungen an die ausländerrechtliche Festhaltung ergeben sich aus dem Haftzweck, aus Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK und dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 BV), aber auch aus der für die Schweiz im Rahmen des Schengen-Besitzstands relevanten sog. «Rückführungsrichtlinie» (Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 vom 24. Dezember 2008, S. 98 ff.; vgl. ANDRÉ EQUEY, Änderungen im Bereich der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht aufgrund der Übernahme der EG-Rückführungsrichtlinie durch die Schweiz, AJP 2011, S. 924 ff., dort S. 934): Diese geht grundsätzlich vom Vorrang der freiwilligen Ausreise aus (vgl. Art. 7 RL 2008/115/EG).

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C\_749/2012, 28.8.2012, X. c. Migrationsamt und Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

## ■ Verwaltungsrecht/Droit administratif (II)

### **Art. 12 lit. a BGFA; Disziplinaranzeige**

Anwälte sind gemäss Art. 12 lit. a BGFA verpflichtet, ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben. Hierzu gehört auch, dass

der Anwalt grundsätzlich jegliches Verhalten unterlässt, das die Gefahr einer Beeinflussung von Zeugen zur Folge haben könnte. Die selbständige Kontaktaufnahme mit einer Person, die als Zeuge in Betracht kommt, erscheint unter diesem Gesichtspunkt als problematisch, da mit einem solchen Vorgehen stets eine zumindest abstrakte Gefahr einer Beeinflussung verbunden ist (BGE 136 II 551 E. 3.2.1 S. 554 mit Hinweisen auf die Literatur).

Die Beschwerdeführerin führt aus, unter Beeinflussung sei nach dem üblichen Sprachgebrauch eine Einwirkung zu verstehen, die dazu führen soll, dass der Beeinflusste sich so verhält, wie der Einflussnehmer beabsichtigt, jedenfalls aber nicht so, wie er es aus freien Stücken täte. Dem ist zuzustimmen. Die Beschwerdeführerin schliesst jedoch daraus, bei der Zeugenbeeinflussung gehe es einzig um den Versuch, den Zeugen in seiner eigenen Einschätzung im Sinne des Einflussnehmers zu manipulieren oder zu steuern. Das Verbot der Kontaktaufnahme mit einem Zeugen solle demnach sicherstellen, dass der Anwalt den Zeugen hinsichtlich seiner Wahrnehmungen nicht beeinflusse. Dies ist zweifellos ein Aspekt des Verbots der Kontaktaufnahme mit einem Zeugen. Der Zweck dieses Verbots beschränkt sich aber keineswegs darauf. Vielmehr geht es generell darum, die störungsfreie Sachverhaltsermittlung durch das Gericht sicherzustellen. Diese kann, wie die Vorinstanzen zu Recht dargelegt haben, auch dadurch tangiert werden, dass ein Zeuge dahingehend beeinflusst wird, vor Gericht falsch oder gar nicht auszusagen.

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C\_257/2012, 4.9.2012, X. c. Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Luzern und Obergericht des Kantons Luzern; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

### **Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG; Erneuerung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung**

Nach der bundesgerichtlichen Praxis besteht die Möglichkeit, auf Gesuch nachträglich über die unentgeltliche Verbeiständung zu entscheiden und die aus der Bundesgerichtskasse zu entrichtende Entschädigung festzusetzen, sofern sich die Parteientschädigung als uneinbringlich erweist und daher nicht zur Bezahlung des amtlichen Anwalts verwendet werden kann (Urteil 1F\_7/2012 vom 4. April 2012, E. 1 mit Hinweisen; vgl. auch THOMAS GEISER, Basler Kommentar zum BGG, 2. Aufl., 2011, Art. 64 N. 38).

Z. hatte bereits im Hauptverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung gestellt. Die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gemäss Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG lagen schon damals vor. Das Bundesgericht ging allerdings davon aus, dass die Anwältin der unentgeltlich verbeiständeten Partei aus der zugesprochenen Parteientschädigung entschädigt werden würde.

Gemäss Art. 64 Abs. 2 Satz 2 BGG steht dem Anwalt ein Anspruch auf eine angemessene Entschädigung aus der Gerichtskasse zu, soweit der Aufwand für die Vertretung nicht aus der zugesprochenen Parteientschädigung gedeckt werden kann. Dieser Fall tritt nicht nur ein, wenn sich die Parteientschädigung als uneinbringlich erweist, sondern auch, wenn die Gegenpartei die von ihr geschuldete Parteientschädigung mit eigenen Forderungen

gegen die unentgeltlich verbeiständete Partei verrechnet. In beiden Fällen hat der Anwalt der bedürftigen Partei kein Honorar erhalten, weshalb sein Anspruch gegenüber der Gerichtskasse bestehen bleibt. Wurde die Entschädigung wie im zu beurteilenden Fall bereits im Hauptverfahren festgesetzt, kann der Anwalt deren Auszahlung verlangen (Urteil 1F\_7/2012 vom 4. April 2012 E. 1). (I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1F\_17/2012, 5.9.2012, X. c. Staatsanwaltschaft Y. und Bezirksgericht Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

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

#### Art. 203 ZPO; Rechtsverzögerung, Schlichtungsverfahren

Gemäss den Bestimmungen über das Schlichtungsverfahren hat die Verhandlung innert zwei Monaten seit Eingang des Gesuchs oder nach Abschluss des Schriftenwechsels stattzufinden (Art. 203 Abs. 1 ZPO). Mit Zustimmung der Parteien kann die Schlichtungsbehörde weitere Verhandlungen durchführen. Das Verfahren ist spätestens nach zwölf Monaten abzuschliessen (Art. 203 Abs. 4 ZPO). Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe sich in seiner Beschwerde nicht gegen den Sistierungsentscheid gewandt, sondern gegen das Verstreichenlassen der Fristen nach Art. 203 ZPO. Dem Sistierungsentscheid konnte der Beschwerdeführer indessen entnehmen, dass das Verfahren bis zum Entscheid des Bundesgerichts sistiert werden sollte. Wie lange das Verfahren vor Bundesgericht dauern würde, war nicht abzusehen. Für den Beschwerdeführer war daher erkennbar, dass beim Erlass des Sistierungsentscheides keine Rücksicht auf die Fristen nach Art. 203 ZPO genommen wurde. Damit hätte bereits die Sistierungsverfügung Anlass zu den vom Beschwerdeführer erhobenen Rügen gegeben. Bereits aus diesem Grund ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden.

Aber auch davon abgesehen erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Nach Art. 126 Abs. 1 ZPO kann das Gericht das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt, namentlich wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist. Auch im Schlichtungsverfahren muss eine Sistierung zulässig sein, wenn die sofortige Durchführung der Verhandlung unzweckmässig erscheint. Die Botschaft erwähnt ausdrücklich die Möglichkeit, das Verfahren während der Jahresfrist von Art. 203 Abs. 4 ZPO pendent zu halten, um den Parteien Vergleichsverhandlungen zu ermöglichen, wobei das Verfahren allerdings auch in diesem Fall binnen Jahresfrist abzuschliessen ist (Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7331 Ziff. 5.13 zu Art. 200 Abs. 4 E-ZPO). Eine Sistierung, die zu einer längeren Hängigkeit des Verfahrens vor der Schlichtungsstelle führen kann, ist daher nur mit Zurückhaltung anzuordnen.

(I. zivilrechtliche Abteilung, 4A\_249/2012, 22.6.2012, A. c. Schlichtungsbehörde für Mietverhältnisse und Obergerichtspräsident des Kantons Glarus; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung Be)

#### Art. 278 LP; Séquestre

La procédure d'opposition au séquestre (art. 278 LP) est une procédure sommaire au sens propre; elle présente les trois caractéristiques précitées (simple vraisemblance des faits, examen sommaire du droit et décision provisoire; ATF 138 III 232 consid. 4.1.1; arrêts 5A\_317/2009 du 20 août 2009 consid. 3.2; 5A\_364/2008 du 12 août 2008 consid. 5.2). Elle a en outre un objet et un but particulier: le séquestre, auquel le débiteur s'oppose, est une mesure conservatoire, soit la mise sous main de justice de biens du débiteur, qui permet de garantir une créance pendant la durée de la procédure de validation du séquestre (art. 279 LP; ATF 116 III 111 consid. 3a; 107 III 33 consid. 2). En tant que procédure spécifique de la LP, la procédure d'opposition au séquestre est aussi une procédure sur pièces (Aktenprozess; procedura in base agli atti; art. 256 al. 1 CPC; dans ce sens, cf. arrêt 5A\_836/2010 du 2 février 2011 consid. 4.1.1; en matière de mainlevée provisoire de l'opposition, cf. arrêts 5D\_147/2011 du 10 novembre 2011 consid. 3; 5A\_83/2011 du 2 septembre 2011 consid. 6.1).

C'est au cours de l'action civile en reconnaissance de dette (en validation du séquestre) qui suivra, soumise à une procédure avec un examen complet en fait et en droit, que les parties pourront faire valoir tous leurs moyens de preuve.

En conséquence, seule la production de titres, au sens de l'art. 254 al. 1 CPC, doit être admise dans la procédure d'opposition au séquestre.

En l'espèce, les séquestrées étaient dans l'incapacité de produire immédiatement un titre, au sens de l'art. 254 al. 1 CPC; elles se sont contentées, lors de l'audience du 4 juillet 2011, de formuler une requête tendant à pouvoir produire une expertise privée à réaliser dans les cinq jours. Le grief des recourantes, qui reprochent à la cour cantonale d'avoir refusé d'administrer ce moyen de preuve, doit donc être rejeté, par substitution des motifs qui précèdent.

Dans la mesure où la requête tendant à l'administration d'une expertise encore à réaliser n'est pas admissible en vertu de l'art. 254 al. 1 CPC, il ne saurait y avoir violation du principe de l'égalité de traitement garantie par l'art. 8 Cst.

(II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 5A\_365/2012, 5A\_366/2012 et 5A\_367/2012, 17.8.2012, A., B. Y; publication de l'arrêt prévue. – condensé Bû)

#### Art. 13 CPC; For

Par arrêt du 23 janvier 2012, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a admis l'appel formé par les maîtres et a réformé l'ordonnance en ce sens que le juge de paix d'Aigle est déclaré compétent pour statuer sur la requête de preuve à futur. Le juge d'appel a considéré qu'au regard de l'art. 13 CPC, le tribunal du lieu où les mesures provisionnelles doivent être exécutées est compétent nonobstant une élection de for concernant l'action principale. L'entrepreneur (recourante) interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral et se plaint d'une violation de l'interdiction constitutionnelle de l'arbitraire lors de l'application de l'art. 13 CPC. A teneur de cette disposition, est impérativement compétent pour ordonner des

mesures provisionnelles le tribunal compétent pour statuer sur l'action principale (let. a) ou le tribunal du lieu où la mesure doit être exécutée (let. b). De l'avis de la recourante, l'alternative prévue à l'art. 13 let. b CPC ne serait offerte qu'en cas d'urgence. Cette disposition serait reprise de l'art. 33 aLFors, qui aurait déjà imposé une telle limitation.

Le texte de l'art. 13 CPC ne prévoit aucune limitation en ce sens que le for du lieu d'exécution ne serait ouvert qu'en cas d'urgence (cf. art. 13 let. b CPC). A s'en tenir au texte non équivoque de la loi, ce for est alternatif avec celui de l'action principale. Cela suffit en soi pour exclure tout arbitraire de la part de l'autorité cantonale, qui n'a pas subordonné à des restrictions le choix du for du lieu d'exécution.

(I<sup>re</sup> Cour de droit civil, 4A\_152/2012, 3.8.2012, X. SA c/A., B. et Z. SA; publication de l'arrêt prévue. – condensé BÜ)

### Art. 312 CPC; Réponse à l'appel joint

L'application analogique de l'art. 312 CPC à l'appel joint implique que l'instance d'appel doit notifier celui-ci à l'appelant principal en invitant ce dernier à se déterminer (art. 312 al. 1 CPC appliqué par analogie), ce dans un délai de trente jours dès sa réception par l'intéressé (art. 312 al. 2 CPC appliqué par analogie), avec indication des conséquences d'un défaut (art. 147 al. 3 CPC).

En l'espèce, la cour cantonale a transmis la réponse de l'intimée à la recourante par pli simple, comme en atteste le tampon de transmission figurant sur l'écriture litigieuse, sans toutefois l'inviter à se déterminer sur celle-ci, dont elle estimait pourtant qu'elle contenait un appel joint. Or, vu les principes sus-exposés et sauf à violer l'art. 312 CPC, la juridiction se devait d'impartir à l'intéressée un délai de 30 jours pour présenter ses observations sur le mémoire déposé par l'intimée, avec indication des conséquences d'un défaut. On ne saurait au demeurant reprocher à la recourante de ne pas avoir réagi de sa propre initiative en temps utile dans la mesure où, l'autorité d'appel l'admet elle-même, les conditions de recevabilité de l'appel joint étaient douteuses.

Pour ces motifs, le recours doit être admis et l'arrêt entrepris doit être annulé, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les griefs additionnels invoqués par la recourante.

(II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 5A\_206/2012, 9.8.2012, A. c/B; publication de l'arrêt prévue. – condensé BÜ)

### Art. 8 CC; Droit à la preuve

Le juge n'est jamais obligé d'ordonner toutes les mesures probatoires sollicitées par les parties. Il peut toujours refuser d'administrer une preuve inutile. Le droit de procédure détermine dans quel délai et sous quelles formes les parties peuvent proposer des mesures probatoires. Il ne règle pas quelles sont les mesures que le juge doit effectivement ordonner.

En cas de refus d'administrer une preuve, une partie ne peut s'en plaindre qu'en invoquant une violation de son droit à la preuve. Or, le droit à la preuve est régi, dans le domaine du droit privé, par l'art. 8 CC, en tant que disposition spéciale par rapport

à l'art. 29 al. 2 Cst. (arrêt 5A\_726/2009 du 30 avril 2010 consid. 3.1; arrêt 5A\_620/2007 du 7 janvier 2010 consid. 6.1).

Pour qu'il y ait violation du droit à la preuve, il faut que le recourant veuille prouver un fait pertinent, que la mesure probatoire sollicitée ait été régulièrement offerte, qu'elle soit propre à apporter la preuve et que le fait ne soit pas déjà prouvé ou qu'il ne soit pas déjà admis ou écarté à la suite d'une appréciation anticipée des preuves qui ne peut pas être taxée d'arbitraire (ATF 129 III 18). Ainsi, le juge peut renoncer à administrer une preuve lorsque sa conviction est déjà formée sur la base des éléments apportés et qu'il peut admettre sans arbitraire qu'elle ne pourrait pas être ébranlée par le résultat de la mesure probatoire sollicitée (ATF 134 I 140).

En l'espèce, le premier médecin cité a rédigé un rapport dans lequel il déclare qu'il ne connaît rien du séjour de l'assurée pendant la période litigieuse. On ne voit pas pourquoi il changerait d'attitude et comment il pourrait, dans ces conditions, apporter des renseignements utiles sur les points pertinents. Le recourant ne tente d'ailleurs pas de rendre vraisemblable le contraire. Dès lors, le refus de cette audition, qui apparaît inutile, ne viole pas le droit à la preuve du recourant. Quant au second médecin cité, le recourant n'explique pas quel fait pertinent sa déposition permettrait d'établir. On ne peut pas imaginer qu'il ait une meilleure connaissance du cas que le médecin-traitant. On ne peut pas supposer non plus qu'il ait prodigué des soins qui n'auraient pas été facturés à l'assureur, puisqu'il relève de l'expérience générale de la vie que les soins médicaux prodigués à titre professionnel ne sont pas gratuits. Comme l'utilité de cette audition n'apparaît pas, son refus ne viole pas le droit à la preuve du recourant. Ainsi, le refus d'entendre ces deux témoins ne viole pas, sous cet angle également, le droit fédéral.

(I<sup>re</sup> Cour de droit civil, 4A\_228/2012, 28.8.2012, H.X. c/Y. Assurances SA; publication de l'arrêt prévue. – condensé BÜ)

### Art. 7 ZPO; Krankentaggeldversicherung, Schlichtungsverfahren

Grundsätzlich geht jedem Entscheidungsverfahren ein Schlichtungsverfahren vor einer Schlichtungsbehörde voraus (Art. 197 ZPO). Die ZPO sieht jedoch in Art. 198 zahlreiche Ausnahmen vor, bei welchen ein Schlichtungsverfahren entfällt und demnach das Verfahren direkt beim zuständigen Gericht einzuleiten ist. So entfällt das Schlichtungsverfahren gemäss Art. 198 lit. f ZPO bei Streitigkeiten, für die nach Art. 5 und 6 ZPO eine einzige kantonale Instanz zuständig ist. Art. 7 ZPO, welcher neben Art. 5 und 6 ZPO ebenfalls eine einzige kantonale Instanz vorsieht, wird im Ausnahmekatalog von Art. 198 ZPO jedoch nicht aufgeführt.

[... Auslegungsfragen]

Es ist nicht ersichtlich, weshalb für die von den Kantonen als einzige Instanz eingesetzten (Sozial-)Versicherungsgerichte nicht die gleiche Ausnahmeregelung in Bezug auf ein vorgängiges Schlichtungsverfahren gelten sollte wie für Art. 5 und 6 ZPO. Bei Streitigkeiten betreffend Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung handelt es sich ebenfalls um eine Spezialmaterie, die ein besonderes Fachwissen erfordert. Ein solches kann von einer nichtspezialisierten Schlichtungsbehörde nicht vorausge-

setzt werden, was eine unterschiedliche Behandlung von Art. 5, 6 und 7 ZPO nicht rechtfertigt. Überdies widerspricht ein vorgängiges Schlichtungsverfahren für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen vor einer einzigen kantonalen Instanz dem Willen des Gesetzgebers, die Verfahren für die Zusatzversicherung und die Verfahren für die Grundversicherung zu koordinieren, was für den Erlass von Art. 7 ZPO ausschlaggebend war (vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7221 ff., insb. 7247 f. Ziff. 3.4.3). Hinzu kommt, dass der Schlichtungsbehörde nach Art. 212 ZPO bis zu einem Streitwert von CHF 2000.– selbstständige Entscheidkompetenz zukommt, womit für geringfügige Streitigkeiten ein doppelter kantonalen Instanzenzug gegeben wäre (Art. 319 ff. ZPO), was Sinn und Zweck von Art. 7 ZPO widerspricht.

Daraus folgt, dass es ein offensichtliches Versehen des Gesetzgebers war, Art. 7 ZPO nicht gleich wie Art. 5 und 6 ZPO in Art. 198 lit. f ZPO zu erwähnen.

Somit ergibt sich, dass auch für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, für welche die Kantone eine einzige kantonale Instanz nach Art. 7 ZPO bezeichnet haben, kein vorgängiges Schlichtungsverfahren durchzuführen ist, und die Klage demnach direkt beim Gericht anhängig gemacht werden kann.

(I. zivilrechtliche Abteilung, 4A\_184/2012, 18.9.2012, X. Versicherung AG c. A. und Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung *Be*)

### **Art. 260 SchKG; Kollokationsklage, Streitwert/ Kostenvorschuss**

Vorliegend hat das Obergericht zum Rechtsschutzinteresse ausgeführt, der Beschwerdeführer habe ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Kollokationsklage, zu welchem das Interesse der Masse hinzukomme. Nach der Klageschrift will der Beschwerdeführer die Konkursforderung der Beschwerdegegnerin reduzieren, um bei Abtretung von Ansprüchen nach Art. 260 SchKG zu verhindern, dass die Beschwerdegegnerin bei Verteilung des Ergebnisses (Art. 260 Abs. 2 SchKG) zu viel bekomme. Entgegen der Auffassung des Obergerichts macht der Beschwerdeführer damit kein unmittelbares Prozessinteresse geltend – weder für sich, noch für die Masse. Grund dafür ist, dass bei einer mutmasslichen Dividende von 0% ein frei werdender Betrag für den Beschwerdeführer nicht zu erwarten ist, ebenso wenig ein Überschuss (Art. 250 Abs. 2 SchKG) für die Masse, was nach BGE 115 III 68 S. 71 ohne weiteres zur Klageführung genügt. Das Streitinteresse des Beschwerdeführers und der Masse ist hier ein mittelbares, denn es setzt vorab die erfolgreiche Geltendmachung eines gemäss Art. 260 SchKG abgetretenen Anspruchs voraus, die zu einem Überschuss (Art. 260 Abs. 2 SchKG) führt. Offenbar geht es vorliegend um die Geltendmachung (nach Art. 260 SchKG) von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen natürliche Personen in Millionenhöhe. Dass hier das Obergericht dem Beschwerdeführer im Ergebnis ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse zugestanden hat, um die Kollokationsklage zu führen,

ist nicht zu beanstanden. Bleibt zu prüfen, was dies für den Streitwert bedeutet.

In der Lehre wird vorgeschlagen, im Fall der Nulldividende bei hinreichendem Rechtsschutzinteresse für den Streitwert auf die nominell eingeklagte Konkursforderung abzustellen (STÖCKLI, Komplizierter Streit, IWIR 1998, S. 148; gl. M. allgemein, d.h. unabhängig von einer Dividendenprognose JAKUES, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N 38 zu Art. 250 SchKG mit Hinweis auf GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 111, Fn. 22). Das Bundesgericht hat ein entsprechendes Vorgehen, das sich noch auf kantonales Recht stützte, nicht als Verstoss gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV) erachtet (Urteil 5A\_484/2010 vom 20. Dezember 2010 E. 4.2.4). Bei dieser Sichtweise wäre die angebehrte nominelle Reduktion der kollozierten Forderung als Streitwert zu nehmen.

In Anwendung von Bundesrecht (OG) hat das Bundesgericht in dessen klargestellt, was für den Streitwert gilt, wenn (wie hier mit Blick auf das mögliche Ergebnis eines möglichen Abtretungsprozesses) nur ein mittelbares Streitinteresse vorliegt. Nach BGE 82 III 94 (S. 96) ist in diesem Fall nur ein minimaler Streitwert, entsprechend dem mehr nur symbolischen, jedenfalls ausserhalb des unmittelbaren Prozessersfolgs liegenden Streitinteresse anzunehmen. Die blosser Möglichkeit, dass der zu Verlust gekommene Betrag sich später doch noch einbringen lasse, kann nur in solcher Weise berücksichtigt werden. Diese Rechtsprechung wird in der Lehre bestätigt (TAPPY, a.a.O., N 82 a.E. zu Art. 91 ZPO), und triftige Gründe, um davon abzurücken, sind nicht ersichtlich. Mit dieser Rechtsprechung ist nicht vereinbar, wenn das Obergericht (auf S. 13 des angefochtenen Urteils, E. II./3.6.2) den Streitwert nach der angebehrten Reduktion (CHF 1 652 297.81) der Konkursforderung der Beschwerdegegnerin gerichtet hat, oder wenn der Beschwerdeführer seine bzw. die Konkursforderung des Klägers heranziehen will.

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A\_84/2012, 19.9.2012, X. c. Z. Limited und Obergericht des Kantons Zürich; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung *Be*)

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

#### **Art. 132 Abs. 1 lit 6 StPO; Amtliche Verteidigung**

Bei der Ermittlung der prozessualen Bedürftigkeit ist nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern es ist den individuellen Umständen Rechnung zu tragen (BGE 135 I 91 E. 2.4.3 S. 100 f.). Bedürftig ist eine Partei, welche die Leistung der erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur erbringen kann, wenn sie die Mittel angreift, die sie zur Deckung des Grundbedarfs für sich und ihre Familie benötigt. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGE 124 I 1 E. 2a S. 3 f.). Dabei obliegt es der Antrag stellenden Partei, ihre aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnisse

umfassend aufzuzeigen und ihre finanziellen Verpflichtungen zu belegen. Kommt sie dieser Obliegenheit nicht nach, ist der Antrag abzuweisen (Urteil 5A\_272/2010 vom 30. November 2010, E. 6, nicht publ. in: BGE 137 III 59; Urteil 6B\_482/2007 vom 12. August 2008, E. 21.2, Pra 2009 Nr. 47, S. 307).

Der Schluss der Vorinstanz, der Beschwerdeführer sei seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht nachgekommen, ist nicht zu beanstanden. Im Gesuchsformular des Sicherheits- und Justizdepartements des Kantons St. Gallen ist der Beschwerdeführer darauf hingewiesen worden, dass er seinem Gesuch die letzte Berechnung zur Steueranlagung und die letzte Steuerrechnung beizulegen habe, und dass das Fehlen von Belegen zur Gesuchsabweisung führen könne. Dieser Aufforderung ist der Beschwerdeführer nicht nachgekommen, obwohl es für ihn möglich und zumutbar gewesen wäre, diese leicht beizubringenden Steuerunterlagen einzureichen (vgl. insoweit auch Urteil 6B\_761/2007 vom 9. Mai 2008, E. 3.4). Daran ändert auch sein Aufenthalt im Therapie-Zentrum nichts, zumal er gemäss eigenen Angaben jedes Wochenende und teilweise auch unter der Woche an seinen Wohnort zurückkehrt. Seiner Mitwirkungsobliegenheit konnte er sich nicht durch das Stellen des Beweisantrags, es seien die letzten Steueranlagungen zu edieren, entziehen.

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B\_332/2012, 15.8.2012, X. c. Präsidenten der Anklagekammer des Kantons St. Gallen; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

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

En l'espèce, le pli litigieux n'a pas été déposé dans une boîte postale mais remis à un guichet postal. Il avait préalablement été affranchi comme recommandé et daté du 18 juin 2012 au sein de l'étude de l'avocat du recourant par le biais d'un système d'affranchissement fourni par la Poste. On ne se trouve donc pas dans le cas de figure visé par le dernier arrêt précité où une démarche spontanée de l'avocat est attendue lorsqu'il dépose l'envoi dans une boîte postale. La cour cantonale a elle-même procédé à une mesure d'investigation en procédant à une recherche du suivi de l'envoi recommandé sur le site internet de la Poste («track and trace»; pièce XIII du dossier cantonal). Elle a retenu sur la base du document ainsi obtenu que le pli avait été posté le 19 juin à 10h58. Dans ces circonstances, il incombait à la cour cantonale d'inviter le recourant à se déterminer sur la preuve administrée et sur la date d'envoi du pli recommandé. Faute de l'avoir fait, elle a violé son droit d'être entendu.

(Cour de droit pénal, 6B\_397/2012, 20.9.2012, X. c/Ministère public de la République et canton de Genève; arrêt non publié dans le RO. – condensé *Bü*)

# DIE PRAXIS

## BUNDESGERICHT

### EGMR

Neben weiteren, nicht in der Amtlichen Sammlung publizierten Entscheiden sowie umfassenden Hinweisen auf die aktuellsten Leitentscheide des Bundesgerichts, die innerhalb der letzten Monate im Internet zugänglich gemacht worden sind, enthalten die Oktober- und die November-Ausgaben 2012 der **Praxis** Übersetzungen der unten aufgeführten BGE ins Deutsche.

BGE	Praxis	Gegenstand
138 I 123	Nr. 107	Sprachenfreiheit, Ausnahme von der Pflicht, die Grundschule an einem privaten Institut in italienischer Sprache zu absolvieren
138 I 205	Nr. 117	Rechtsgleichheit; Invaliditätsbemessung bei einer zur Gemeinschaft der Fahrenden gehörenden Person
138 II 162	Nr. 108	Beschwerdelegitimation eines Rechtsuchenden gegen einen Entscheid betreffend ein Vertretungsverbot des Anwalts, den er gerne mandatieren möchte
138 II 191	Nr. 118	Gesetz des Kantons Neuenburg über die Finanzierung der Pflegeheime; Ergänzungsleistungen; Subventionierung
138 III 156	Nr. 120	Haftpflichtrecht; Genugtuung bei Konkubinatsverhältnis
138 III 174	Nr. 112	Negative Feststellungsklage; Wirkungen eines Entscheids, der die Anerkennung eines ausländischen Urteils verweigert
138 III 182	Nr. 111	Rechtsöffnung bei mehreren Betreibungen auf Verwertung von Grundpfändern, die für die gleiche Forderung haften; Aufteilung der Belastung
138 III 213	Nr. 110	Organisationsmängel bei einer GmbH; Passivlegitimation, schriftliche und begründete Berufung
138 III 219	Nr. 121	Beschwerde gegen die Entscheidung, eine Forderung, auf welche die Masse verzichtet hat, erneut zur Abtretung anzubieten
138 III 252	Nr. 109	Voraussetzungen für die Sonderprüfung bei einer AG; zweiter Schriftenwechsel vor der Rechtsmittelinstantz
138 III 270	Nr. 122	Zusammensetzung des Schiedsgerichts; Ablehnung
138 III 289	Nr. 119	Abänderung des Scheidungsurteils; Berücksichtigung des unbeweglichen Vermögens bei Abänderung des nahehelichen Unterhalts
138 IV 86	Nr. 114	Beschwerdelegitimation bei Einstellung eines Strafverfahrens; Grundsatz «in dubio pro duriore»
138 IV 142	Nr. 123	Ausstand eines Staatsanwaltes, an den die Sache nach Aufhebung einer Einstellungsverfügung zurückgewiesen worden war
138 V 197	Nr. 116	Unterstellung einer französischen Staatsangehörigen, die bereits Renten von französischen Sozialversicherungseinrichtungen bezieht, unter die schweizerische AHV
138 V 227	Nr. 125	Berufliche Vorsorge; Eintritt des Vorsorgefalles «Alter» bei vorzeitiger Pensionierung

Die Praxis – 101. Jg. 2012 – ISSN 1017-8147 – erscheint monatlich; [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch).



Ernst Staehelin\*

## Direkte Zustellung von Rechtsschriften an den Anwalt der Gegenpartei

Zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 27. August 2012

**Stichworte:** Zustellung von Rechtsmittelschriften, Interessenwahrung, Waffengleichheit, Sorgfaltspflichten, Verfahrensleitung, unnötige Kosten

Das Obergericht des Kantons Zürich hat sich in einem Beschluss vom 27. August 2012 (Geschäfts-Nr.: LC120025-O/Z 01)<sup>1</sup> mit der Frage befassen müssen, ob ein in erster Instanz als unentgeltlicher Vertreter bestellter Anwalt (Anwalt A.) für Aufwand, den er wegen der direkten Zustellung einer Rechtsmittelschrift durch den gegnerischen Anwalt (Anwalt B.) in zweiter Instanz erbrachte, entschädigt werden müsse. Weil der als unentgeltlicher Vertreter agierende Anwalt A. für die zweite Instanz kein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gestellt hatte, musste die Frage nicht entschieden werden.

Obschon für die Entscheidung des Falles unnötig, sah sich die II. Zivilkammer des Obergerichts veranlasst, die folgenden obiter dicta in den Entscheid aufzunehmen:

«Rechtsanwalt B. hat offenbar seine Berufungsschrift nicht nur im Doppel dem Obergericht, sondern zur Kenntnis direkt auch dem Gegenanwalt zugestellt. Das mag unter Anwälten üblich sein, verletzt aber unter neuem Prozessrecht die Pflicht zur Wahrung der Interessen des eigenen Klienten. Bekanntlich sind neu die Fristen sowohl zum Erklären und Begründen als auch zum Beantworten der Rechtsmittel gesetzliche, die nicht erstreckt werden können. Nach Eingang einer Rechtsmittelschrift kontrolliert das Gericht zunächst die Prozessvoraussetzungen, zieht die Akten bei, verlangt allenfalls den Vorschuss für die Gerichtskosten und prüft dann (wie hier), ob über das Rechtsmittel ohne Einholen einer Antwort entschieden werden kann. Das kann Tage bis Wochen dauern. In dieser Zeit gibt das Gericht dem Rechtsmittelgegner keinen Einblick in die Rechtsmittelbegründung, weil er sonst mehr Zeit für seine Antwort hätte als sein Widerpart für die Begründung. Wer als Anwältin dem Gegner direkt die Rechtsmittelschrift zustellt, bevorzugt damit den Gegner zu Lasten des eigenen Klienten und unterläuft die Entscheidung der Rechtsmittelinstanz, ob sie eine Antwort einholen wolle. Wäre das Studium einer solchen Antwort dem Gegenanwalt zu entschädigen, müsste erwogen werden, den entsprechenden Betrag dem Anwalt B. (persönlich) als unnötige Kosten im Sinne Art. 108 ZPO aufzuerlegen ...»

Diese Ausführungen in der Sache sind wohl grösstenteils falsch und geben zu folgenden Bemerkungen Anlass:

\* Dr. iur., LL.M., Advokat und Notar, Basel.

1 [http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/entscheide/oeffentlich/LC120025.pdf](http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LC120025.pdf)

### Wahrung der Klienteninteressen

Die Pflicht zur Wahrung der Interessen des eigenen Klienten ergibt sich aus Art. 398 Abs. 2 OR und Art. 12 lit. a BGFA, wohl aber kaum aus der Schweizerischen Zivilprozessordnung<sup>2</sup>. Die Schweizerische ZPO hat wegen der im Rechtsmittelsystem vorgesehenen gesetzlichen, nicht mehr erstreckbaren Fristen die Frage der kollegialen, direkten Zustellung von Rechtsschriften in diesem Verfahrensstadium akzentuiert (in den bundesgerichtlichen Verfahren waren die Fristen von jeher gesetzliche), ohne aber ein neues Prinzip eingeführt zu haben.<sup>3</sup>

### Waffengleichheit

Die Fristenregelungen insbesondere bei den Rechtsmitteln in der Schweizerischen Zivilprozessordnung sollen unter anderem dem Prinzip der «Waffengleichheit» gerecht werden, das heisst, dass der Rechtsmittelkläger und der Rechtsmittelbeklagte für ihre jeweiligen schriftlichen Eingaben je gleich viel Zeit zur Verfügung haben sollen. Unter diesem Aspekt der «Waffengleichheit» kann es deshalb eine Verletzung der Treupflicht gegenüber dem eigenen Klienten bedeuten, wenn der Anwalt des Rechtsmittelklägers dem Gegenanwalt direkt eine Kopie seiner Rechtsschrift zustellt. In der etwas engen Betrachtungsweise des Obergerichtes hätte damit der Rechtsmittelbeklagte deutlich mehr Zeit zur Ausarbeitung der Rechtsmittelantwort zur Verfügung als der Rechtsmittelkläger. Dies trifft jedoch faktisch nicht in allen Konstellationen zu:

- Eröffnet das erstinstanzliche Gericht den Entscheid zunächst mit einer (Kurz-)Begründung mündlich (Art. 239 Abs. 1 lit. a ZPO), so weiss der zukünftige Rechtsmittelkläger, welche Gedanken sich das Gericht gemacht hat, und kann sich entsprechend vorbereiten. Im Regelfall dürfte die Zeitspanne von der mündlichen Urteilseröffnung über die schriftliche Zustellung des Dispositiv bis zur Zustellung der schriftlichen Begründung deutlich länger gehen als die Prüfung der Voraussetzungen des Rechtsmittels, die Kautonierung usw. Der Rechtsmittelkläger hat also in der Regel auch mehr Zeit zur Verfügung als nur die gesetzliche Frist von 30 Tagen;

2 Vgl. anstatt vieler: WALTER FELLMANN, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2011, Art. 12 N 8 ff.

3 Vgl. zum Ganzen auch: HANS NATER, Zustellung von Gerichtseingaben durch das Gericht oder Anwälte?, SJZ 108 (2012), S. 408.

- Erfolgt die Zustellung des begründeten Entscheides (welcher die gesetzliche Rechtsmittelfrist auslöst) in den Gerichtsferien, resp. fällt ein Teil der Rechtsmittelfrist in die Gerichtsferien (Art. 145 ZPO), so verlängert sich die Begründungsfrist für den Rechtsmittelkläger von Gesetzes wegen (Art. 145 Abs. 1 ZPO). Dem Rechtsmittelbeklagten stehen aber nur die gesetzlich festgelegten 30 Tage für die Antwort zur Verfügung (Art. 311 und 322 ZPO). Ist damit die «Waffengleichheit» gegeben?

Ob die Nicht-Zustellung der Rechtsmittelschrift wirklich zum angestrebten Ziel der Waffengleichheit führt, ist zudem fraglich: Art. 53 Abs. 2 ZPO gewährt den Parteien das Recht der Akteneinsicht; vorbehalten bleiben lediglich «überwiegende öffentliche oder private Interessen»; weitere Gründe werden im Gesetz nicht genannt, auch nicht bei den Vorschriften zu den Rechtsmitteln (vgl. dazu aber die weitergehend mögliche Einschränkung im Strafprozess: Art. 101 i.V.m. Art. 108 StPO). Dabei kann es nur um Geheimhaltungsinteressen<sup>4</sup>, Persönlichkeitsschutz<sup>5</sup> usw. gehen. Die Einsichtnahme in eine Rechtsmittelbegründung fällt nicht unter die einschränkenden Bestimmungen. Damit sollte es dem rechtsmittelbeklagten Anwalt möglich sein, Akteneinsicht geltend zu machen und Einsicht in die Rechtsmittelbegründung unmittelbar nach Eingang dieser Begründung zu verlangen.

### Unterlaufen der Verfahrensleitung?

Befürchtet das Obergericht, dass ihm die Verfahrensleitung aus den Händen genommen wird, wenn Rechtsschriften auch direkt dem Gegenanwalt zugestellt werden? Oder dass nicht verlangte Rechtsschriften in Fällen eingereicht werden, in denen das Gericht ohne Einholung einer Antwort entscheiden möchte? Sollte eine solche nicht verlangte Rechtsmittelantwort eingereicht werden, so steht es dem Gericht immer frei, diese nicht zu berücksichtigen oder gar (ungelesen) zurückzusenden. Durch solche Entscheide wird das Verfahren (auch) geleitet.

Gegen die Meinung des Obergerichts steht zudem der – sachlich umstrittene und sehr fragwürdige – Entscheid des Bundesgerichts (BGE 133 I 98), dass in einer Konstellation wie der vorliegenden der Rechtsmittelbeklagte nach Erhalt der Rechtsmittelschrift

innert nützlicher Frist aus eigener Initiative reagieren muss, wenn er sich äussern will, ohne dass er vom Gericht dazu aufgefordert worden wäre. Damit wird Rechtsunsicherheit geschaffen, die Verfahrensleitung aus der Hand gegeben und der Parteibetrieb eingeführt.<sup>6</sup>

### Kostenauflegung

Der Entscheid des Obergerichts suggeriert, dass im Falle der kollektiven (direkten) Zustellung einer Rechtsmittelschrift an den Gegenanwalt und der Geltendmachung von Aufwand durch den Gegenanwalt dieser Aufwand als «unnötige Kosten» dem Anwalt des Rechtsmittelklägers persönlich auferlegt werden sollen. Diese Ansicht findet weder im Mandatsrecht noch in der ZPO eine Grundlage: Bei einem solchen Aufwand (soweit er nicht exorbitant ist) handelt es sich nicht um «unnötige Kosten»; vielmehr nimmt der Gegenanwalt, der die Rechtsmittelschrift liest und sich Gedanken darüber macht, ob er allenfalls unaufgefordert eine Stellungnahme einreichen soll (wie das – sehr weitgehend – die bundesgerichtliche Praxis erwartet), nur seine Sorgfaltspflicht gegenüber seinem eigenen Klienten wahr. Es kann deshalb keine Rede von «unnötigen Kosten» sein. Damit erübrigt sich die Frage der Kostenauflegung auf den Vertreter.

### Trotz allem: Empfehlung

Solange das Damoklesschwert einer möglichen persönlichen Haftung über den Anwältinnen und Anwälten droht (d.h. bis das Bundesgericht eine solche Kostenauflegung als unzulässig erklärt), muss der gewissenhafte Anwalt im Rechtsmittelverfahren (vor kantonaler zweiter Instanz und vor Bundesgericht) davon absehen, eine Kopie seiner Rechtsschrift dem Kollegen, respektive der Kollegin auf der Gegenseite zuzustellen, da in diesen Verfahren gesetzliche Fristen zur Anwendung kommen. Im Verfahren vor erster Instanz kommen gerichtliche (damit verlängerbare) Fristen zur Anwendung (Art. 222 und 225 i.V. m. Art. 144 Abs. 2 ZPO), womit die direkte Zustellung einer Kollegenkopie keine Vorteile auslöst, die die Interessen des eigenen Mandanten verletzen könnten (spezielle Konstellationen vorbehalten). Somit kann in diesen Verfahren die direkte Zustellung immer noch erfolgen.<sup>7</sup> ■

4 Vgl. TARKAN GÖKSU, in: DIKE-Kommentar–ZPO, Art. 53 N 31 ff.

5 Vgl. dazu SUTTER-SOMM/CHEVALIER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-Kommentar, Art. 53 N 19; BSK ZPO-MYRIAM A. GEHRI, Art. 53 N 31.

6 Vgl. dazu Anwaltsrevue 5/2012, S. 219.

7 Vgl. dazu Anwaltsrevue 8/2012, S. 331, insb. Fussnote 5.



## Der SAV teilt mit La FSA vous informe

### Anwaltskongress 2013

Der nächste Anwaltskongress findet vom 6.-8. Juni 2013 in Luzern statt. Reservieren Sie sich den Termin bereits heute! Der SAV wird seine Mitglieder via Newsletter laufend über den aktuellen Stand der Dinge informieren.

### News «Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV»

#### Spezialisierungskurs im Arbeitsrecht

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich führt in Zusammenarbeit mit den Universitäten Basel und St. Gallen sowie dem Schweizerischen Anwaltsverband im Zeitraum von Ende August 2013 bis Ende März 2014 den vierten Spezialisierungskurs in Arbeitsrecht durch. Der Kurs umfasst neben der notwendigen Vor- und Nachbereitung 120 Stunden. Bei Bestehen der abschliessenden, schriftlichen Prüfung wird das «Certificate of Advanced Studies der Universität Zürich in Arbeitsrecht» verliehen. Damit werden 10 ETCS-Punkte erworben, was einem Arbeitsaufwand von 300 Stunden entspricht.

Für die Mitglieder des SAV stellt die erfolgreiche Absolvierung dieses Kurses eine der Voraussetzungen dar, um den Titel «Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV Arbeitsrecht» zu erlangen.

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

Die Anmeldefrist läuft am 1. April 2013 ab. Die zahlreich eingegangenen Anmeldungen für den im 2012 nicht durchgeführten Kurs müssen nicht wiederholt, aber nochmals ausdrücklich bestätigt werden.

#### 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 in 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.

Für die Mitglieder des SAV stellt die erfolgreiche Absolvierung dieses Kurses eine der Voraussetzungen dar, um den Titel «Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht» erlangen zu können.

Die Details (Zulassungsvoraussetzungen, Absenzenreglement, Kursgebühren, Kursthemen, Kursdaten, etc.) sowie das Anmelde-

und Fallbeschreibungsformular finden Sie auf unserer Website [www.fachanwalt.sav-fsa.ch](http://www.fachanwalt.sav-fsa.ch), unter der Rubrik «Ausbildung».

Anmeldeschluss ist der 31. Mai 2013.

### Congrès des Avocats 2011

Le prochain Congrès des Avocats aura lieu du 6 au 8 juin 2013 à Lucerne. Veuillez d'ores et déjà noter ces dates dans votre calendrier! Au moyen de sa newsletter, la FSA informera régulièrement ses membres sur l'état des choses.

### Avocat(e)s spécialistes FSA – félicitations de la part de la FSA!

#### Avocat(e)s spécialistes FSA responsabilité civile et droit des assurances

La FSA félicite les avocats spécialistes FSA en Suisse romande qui, lors d'une cérémonie qui s'est déroulée le 2 novembre 2012 à Fribourg, ont reçu leur titre d'«avocat(e) spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances». Ces avocats ont suivi le cours de spécialisation et ont réussi l'examen final et le colloque. Il s'agit de:

Antonella Cereghetti Zwahlen, Lausanne  
Nicolas De Cet, Bienne  
Anne-Sylvie Dupont, Lausanne  
Didier Elsig, Sion  
Pierre-Henri Gapany, Fribourg  
Christian Grosjean, Genève  
Charles Guerry, Fribourg  
Gilles-Antoine Hofstetter, Lausanne  
David Métille, Lausanne  
Michèle Pernet, Genève  
Charles Poupon, Delémont  
Flore Primault, Lausanne  
Patrick Untersee, Lugano  
Tiziana Zamperini, Massagno

### News «avocat/e spécialiste FSA»

#### Cours de spécialisation en droit de la construction et de l'immobilier

En collaboration avec la Fédération Suisse des Avocats (FSA), l'Institut pour le droit suisse et international de la construction de l'Université de Fribourg offre à partir de novembre 2013 le quatrième cours de spécialisation en droit de la construction et de l'immobilier. Cette formation d'une année consiste en un panorama systématique et interactif des questions que pose l'ensemble du droit de la construction et de l'immobilier (privé comme public). La réussite de l'examen écrit final donne droit à un «Certificate of Advanced Studies en droit de la construction et de

l'immobilier (Construction and Real Estate Law)» décerné par l'Institut pour le droit suisse et international de la construction.

Vous trouverez les détails (conditions de participation, directive relative aux absences, tarif du cours, thèmes et dates du

cours, etc.) ainsi que le formulaire d'inscription et le formulaire pour les descriptions des cas sur notre site [www.avocatspecia liste.sav-fsa.ch](http://www.avocatspecia liste.sav-fsa.ch) sous la rubrique «formation».

Délai d'inscription: 31 mai 2013



## Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

### Zivilrecht/Droit civil

17.1.2013	Haftpflicht- und Versicherungsrecht «at noon»	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, <a href="mailto:irp@unisg.ch">irp@unisg.ch</a> , <a href="http://www.irp.unisg.ch">www.irp.unisg.ch</a>
August 2013– März 2014	Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV – Spezialisierungskurs im Arbeitsrecht	Diverse	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, <a href="mailto:info@sav-fsa.ch">info@sav-fsa.ch</a> , <a href="http://www.sav-fsa.ch">www.sav-fsa.ch</a>

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

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, <a href="mailto:info@ksfm.de">info@ksfm.de</a> , <a href="http://www.ksfm.de">www.ksfm.de</a>
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, <a href="mailto:irp@unisg.ch">irp@unisg.ch</a> , <a href="http://www.irp.unisg.ch">www.irp.unisg.ch</a>
15.–16.4.2013	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, <a href="mailto:info@ksfm.de">info@ksfm.de</a> , <a href="http://www.ksfm.de">www.ksfm.de</a>

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

6.–8.3.2013	Migration, Kriminalität und Strafrecht – Fakten und Fiktion Migration, criminalité et droit pénal: mythes et réalité	Interlaken	Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie, Frau Eva Steiner, Föhrenstrasse 3, 8050 Zürich, <a href="mailto:inscription@kriminologie.ch">inscription@kriminologie.ch</a>
-------------	---	------------	---

### Diverses/Divers

13.–19. Januar 2013	Cours de perfectionnement pour praticiens en droit international public et privé, 9 <sup>ème</sup> session/Les immunités en droit international public et privé	La Haye (NL)	Inscriptions: <a href="http://www.hagueacademy.nl/?autresprogrammes/cours-de-perfectionnement">http://www.hagueacademy.nl/?autresprogrammes/cours-de-perfectionnement</a> , programme général: <a href="http://www.hagueacademy.nl/?autresprogrammes/cours-de-perfectionnement">http://www.hagueacademy.nl/?autresprogrammes/cours-de-perfectionnement</a> , questions: <a href="mailto:hague-academy@unifr.ch">hague-academy@unifr.ch</a>
6.–8.6.2013	Anwaltskongress	Luzern	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, <a href="mailto:info@sav-fsa.ch">info@sav-fsa.ch</a> , <a href="http://www.sav-fsa.ch">www.sav-fsa.ch</a>



