

[3|2014]

ANWALTS

REVUE

DE L'AVOCAT

MARKUS SPIELMANN

Der Solothurnische Anwaltsverband (SolAV) SEITE / PAGE 100

RAINER SCHUMACHER

Bauhandwerkerpfandrecht: besondere
Herausforderungen an die Anwaltschaft SEITE / PAGE 103

GEORGES-ALBERT DAL/ANAÏS GUILLERME

L'arrêt du Tribunal fédéral du 6 décembre 2013
et le droit de l'UE SEITE / PAGE 135



Stämpfli Verlag

SAV  FSA



swisslex

PREMIUM

Die Menge der publizierten Rechtsinformationen hat in den letzten Jahren drastisch zugenommen. Über die neusten Entwicklungen auf dem Laufenden zu sein, ist oberstes Gebot einer sorgfältigen Arbeitsweise. Mit Swisslex-Premium bieten wir Ihnen den effizienten Zugriff auf die aktuellsten Urteile und Zeitschriftenartikel, konzentriert und auf Ihr Spezialgebiet zugeschnitten.

**Swisslex-Premium – immer aktuell
und sicher unterwegs.**

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	99
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Markus Spielmann Der Solothurnische Anwaltsverband (SolAV)	100
ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU	
Rainer Schumacher Bauhandwerkerpfandrecht: besondere Herausforderungen an die Anwaltschaft	103
Bernhard Madörin Das neue Rechnungslegungsrecht als Steuerkatalysator	118
Jacques Pittet Arbitrage et TVA: que de changements d'une LTVA à l'autre	124
Sébastien Fanti «Clic informatique»: La rémunération de l'avocat en Bitcoins – perspectives légales et déontologiques (II)	128
RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE	132
ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT	
Georges-Albert Dal/Anaïs Guillerme L'arrêt du Tribunal fédéral du 6 décembre 2013 et le droit de l'UE	135
Georges Chanson Augenmass beim ERV – zwei wichtige Entscheide	139
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit	143
La FSA vous informe	144

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
17. Jahrgang 2014 / 17^e année 2014
ISSN 1422-5778

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

Zitiervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband/
Fédération Suisse des Avocats

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

**Verlag und Redaktion /
Edition et rédaction**
Stämpfli Verlag AG
juristisches Lektorat
MLaw Anja Hasler (Ha)
Wölflistrasse 1, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 36, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com,
anja.hasler@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch
www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli Publikationen AG
Postfach 8326, CH-3001 Bern
Tel. 031 767 83 30, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
periodika@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs change-
ments d'adresse.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel: CHF 198.-, EUR 216.-
Studenten / Etudiants: CHF 98.-, EUR 129.-
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 25.-, EUR 26.-
Mitglieder des SAV gratis/
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt./
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.

Copyright
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen

erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages./
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken./
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

8006 Zürich

stampfenbachplatz.ch



Zu vermieten: Repräsentative Büroräume

Erstbezug nach Renovation

Telefon +41 41 729 41 20
samira.sukheswala@advendis.ch

 **ADVENDIS**
Immobilien Vermarktung Beratung

Artherstrasse 7 • 6300 Zug
www.advendis.ch



Benno Gebistorf

Schweizer Scheidungsrecht – wohin?

Eine Streitschrift zur Praxistauglichkeit des Scheidungsrechts

Mit grossem Aufsehen und hohen Erwartungen wurde am 1. Januar 2000 ein neues schweizerisches Scheidungsrecht in Kraft gesetzt. Doch schon nach kurzer Zeit erwies sich das für die Gesellschaft so bedeutungsvolle Gesetz in gewissen Bereichen als untauglich und musste zwischenzeitlich bereits mehrmals revidiert werden. Aus der Sicht eines Praktikers wirft der Anwalt Benno Gebistorf ein kritisches Licht auf die Schwachstellen des Gesetzes und erlaubt sich, die Rechtsprechung zu hinterfragen, die wesentlich dazu beiträgt, dass der Scheidungsprozess zu einem unzumutbaren und unberechenbaren Hindernislauf verkommen kann. Mit grosser Sachkenntnis unterbreitet er Vorschläge zur Vereinfachung des Prozessablaufes, damit die Rechtsanwendung als staatliche Dienstleistung, insbesondere im Unterhaltsrecht, im Ergebnis praxisnah und lösungsorientiert gelingt.

96 Seiten, Taschenbuch (Paperback)
Fr. 10.–
ISBN 978-3-941136-25-0

Bestellung:

Alertverlag
Rheinstrasse 46,
12161 Berlin
Deutschland
Tel. 0049 30 76 69 99 80
Fax 0049 30 76 69 99 40
E-Mail: info@alertverlag.de
www.alertverlag.de
oder
im Buchhandel



Wissen, wer dahinter steht.

www.staempfliverlag.com

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV

SERGIO GIACOMINI

Vizepräsident SAV

Kohärentes Verhalten und Anwaltsmonopol

Das Bundesgericht hat in einem viel diskutierten Entscheid festgehalten, dass eine an einer stark befahrenen Verkehrskreuzung positionierte, hell beleuchtete, knapp 10 m lange und zwischen 32 cm und 70 cm hohe Fassadenanschrift «X. Advokatur & Notariat» gegen die berufsrechtlichen Werbevorschriften verstösst.¹ Der Wunsch nach Anbringen einer Werbeplattform in den genannten Dimensionen ist Ausdruck einer immer stärker wahrnehmbaren, von einem Teil der Anwaltschaft gewünschten Entwicklung hin zu einer möglichst unregulierten und von staatlichen und standesrechtlichen Vorgaben «befreiten» Berufsausübung. Man fordert «gleich lange Spiesse» im Vergleich zu den Mitbewerbern wie Treuhandgesellschaften und anderen Erbringern von Rechtsberatungsdienstleistungen.

Gewissermassen das Gegenstück zur berufsrechtlichen Regulierung des Anwaltsberufs ist das *Anwaltsmonopol*, mithin die Polizeierlaubnis, den Rechtsunterworfenen vor Gerichten und Verwaltungsbehörden vertreten zu können. Untrennbar mit diesem Monopol verbunden ist die strafbewehrte *Pflicht zur Verschwiegenheit*, welche dem Bürger (Klienten) das *Zeugnis- und Editionsverweigerungsrecht* seines Rechtsanwaltes garantiert, eine echte USP² im Bereich der Rechtsberatung. Das Anwaltsmonopol hat als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit den üblichen verfassungsmässigen Vorgaben zu genügen (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeitsprinzip). *Sicherstellung des Zugangs zum Recht* und *Schutz des Publikums* sind die öffentlichen Interessen, welche das Anwaltsmonopol legitimieren. Anwaltsmonopol und vor allem das damit zusammenhängende Berufsgeheimnis werden von Mitbewerbern im Rechtsberatungsmarkt, aber auch von der Politik³ immer wieder zu ritzen versucht. Das Bundesgericht ist der Auffassung, dass ein umfassendes Anwaltsmonopol unabdingbare Voraussetzung für das Funktionieren unseres Rechtsstaates ist.

«[D]er Rechtsstaat [ist] auf das Vertrauen des Publikums in die freie Anwaltschaft angewiesen. Der Zugang zum Recht erfolgt über die Anwaltschaft; ohne sie ist es dem Einzelnen regelmässig verwehrt, seinen Standpunkt in juristischen Angelegenheiten wirksam zur Geltung zu bringen.»⁴

Weil es unsere Aufgabe ist, den Zugang zum Recht zu garantieren, sind unsere Aktivitäten qua Berufsrecht geregelt, was uns aber auch den «Vorteil» des Anwaltsmonopols und des Berufsgeheimnisses verschafft.

Staatliche Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit lassen sich jedoch nur rechtfertigen, wenn sie *kohärent* sind.

«[E]ine [...] Regelung [ist] nur dann im Sinne der Schrankendogmatik der Grundfreiheiten zur Zielerreichung, also zum Schutz der geltend gemachten Allgemeininteressen, geeignet und hierdurch gerechtfertigt [...], wenn die Erreichung des [...] Ziels [...] in kohärenter und systematischer Weise angestrebt wird.»⁵

Kohärent haben aber nicht nur die *staatlichen* Eingriffe zu sein. Vielmehr muss auch das *Verhalten der Anwaltschaft* kohärent, mithin in sich stimmig sein.

«Dabei bleibt jedoch jegliche staatliche Regelung Stückwerk und darauf angewiesen, dass die Anwaltschaft ihren Beitrag leistet, um das Vertrauen des Publikums sowie das Ansehen in ihrem Berufsstand zu gewährleisten: Der Staat kann die Standeswürde zwar schützen, aber nicht verordnen.»⁶

Diverse (europäische) Entwicklungen im Rechtsanwaltsmarkt zeigen, dass vor allem in Bezug auf die *Unabhängigkeit* Einbrüche in diese Kohärenz zu verzeichnen sind. Gewisse alternative Vergütungsmodelle, Abkommen zwischen Rechtsanwälten und Rechtsschutzversicherungen, Abhängigkeit des Anwaltes von einigen wenigen Grossmandanten⁷, Entwicklungen im Bereich des Fremdbeteiligungsverbot⁸ etc. werden als nicht kohärentes Verhalten wahrgenommen und bleiben nicht ohne Auswirkung auf die Beurteilung der anwaltlichen Unabhängigkeit.

Aber auch der Ruf nach «gleich langen Spiesen», nach Deregulierung, ist in Bezug auf die geforderte Kohärenz (zumindest teilweise) kontraproduktiv. Wir müssen uns nämlich im Klaren darüber sein, dass die berufsrechtlichen Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit (wie eben die «Werbevorschriften») Bestandteil der Regulierung der Anwaltstätigkeit als ganzer bilden und das Pendant zum Anwaltsmonopol, aber auch zum Berufsgeheimnis sind.

1 Urteil 2C_714/2012 des Bundesgerichtes vom 25. 1. 2013.

2 Unique selling proposition (Alleinstellungsmerkmal), um es im modernen Anwaltsmarktjargon auszudrücken.

3 Siehe etwa den Entwurf zur Revision von Art. 27 SchKG (Motion Rutschmann, 10.3780), welcher die Parteivertretung im Zwangsvollstreckungsverfahren (inklusive Summarverfahren nach Art. 251 ZPO) jeder handlungsfähigen Person erlauben will.

4 Urteil 2C_714/2012 des Bundesgerichtes vom 25. 1. 2013, E. 5.1.

5 Wiedergabe der Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit der Kohärenzkontrolle im Bereich von Beschränkungen der Grundfreiheiten bei MATTHIAS KILIAN, Das Fremdbeteiligungsverbot im Spannungsfeld von Berufs-, Gesellschafts- und Unionsrecht, in: Anwaltsblatt des Deutschen Anwaltvereins, 2/2014, S. 115.

6 Urteil 2C_714/2012 des Bundesgerichtes vom 25. 1. 2013, E. 5.2.

7 KILIAN, a. a. O., S. 116.

8 Z. B. die Alternative Business Structures (ABS) in Grossbritannien.

DER SOLOTHURNISCHE ANWALTS- VERBAND (SOLAV)



MARKUS SPIELMANN

Lic. iur., Präsident des Solothurnischen Anwaltsverbandes,
Rechtsanwalt und Notar

Stichworte: Kantonaler Anwaltsverband, Solothurn, Geschichte, Struktur und Tätigkeiten des Solothurnischen Anwaltsverbandes, SolAV

Der Solothurnische Anwaltsverband wurde im Jahre 1899 gegründet und freut sich darüber, mit Ihnen auf seine Entwicklung und die aktuelle Tätigkeit zurückzublicken.

I. Allgemeines

Der Solothurnische Anwaltsverband ist mit seinen aktuell 136 Mitgliedern einer der kleineren kantonalen Anwaltsverbände, welche dem Schweizerischen Anwaltsverband (SAV) als eigenständige Sektionen angeschlossen sind. Mit Fug darf der Verband jedoch von sich sagen, dass er sich für seine Grösse sehr aktiv für die Interessen der Anwaltschaft einsetzt und sich nicht scheut, sich auch einmal bewusst dem Gegenwind auszusetzen.

Im Solothurnischen Anwaltsverband sind die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zusammengeschlossen, welche den Anwaltsberuf im Kanton Solothurn ausüben. Zu den statutarischen Aufnahmebedingungen gehört somit ein Geschäfts- oder Wohnsitz im Kanton Solothurn. Die überwiegende Mehrheit der im Kanton freischaffend praktizierenden Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sind Mitglied des SolAV. Der SolAV bezweckt die Wahrung des Ansehens und der Unabhängigkeit des Anwaltsstandes, die Pflege der Kollegialität unter den Mitgliedern, die Vertretung der Berufsinteressen und die Erbringung eines Beitrages zur Entwicklung von Gesetzgebung und Praxis, unter Ausschluss jeder parteipolitischen Bindung. Seine Ziele erreicht der Verband, indem er sich aktiv in die Praxis und die Rechtssetzung einbringt, enge Kontakte zu Behörden und Gerichten pflegt, einen Rechtsauskunftsdienst anbietet und das Anwaltspikett organisiert hat und umsetzt.

II. Entwicklung des SolAV

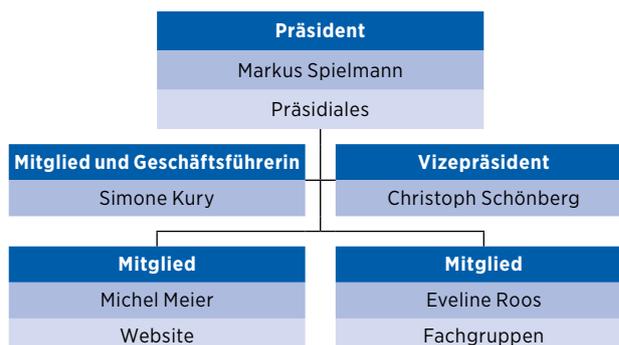
Der Solothurnische Anwaltsverband wurde im Jahre 1899 gegründet. Seither ist die Mitgliederzahl kontinuierlich gewachsen. Soweit den historischen Akten zu entnehmen ist, zählte der Verband anno 1910 19 Mitglieder, im Jahre 1932 bereits deren 30 und 1949 waren es 46. An der Generalversammlung vom 24.11.1945 konnte mit Frau Kollegin Dr. Stahel-Iten die erste Frau in den Verband aufgenommen werden. Heute sind 38 Frauen Mitglied des SolAV, was einer Quote von fast einem Drittel entspricht.

In der neueren Zeit hat der SolAV für Aufsehen gesorgt, als er sich gegen die Methoden der Strafuntersuchungsbehörden bei der Durchsuchung von Anwaltskanzleien zur Wehr setzte. Die heftigen Querelen innerhalb der Behörden und zwischen dem SolAV und einzelnen Behörden fanden gar Niederschlag in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 136 IV 170) und führten letztlich zu einer heilsamen Entspannung auf allen Seiten. Zwischen dem SolAV und den verschiedenen Amtsstellen findet heute ein regelmässiger und auf konstruktiver Basis geführter Dialog statt.

III. Organisation und Gremien

1. Generalversammlung und Vorstand

Der SolAV führt jährlich eine ordentliche Generalversammlung durch, welche den fünfköpfigen Vorstand wählt. Präsident, Vizepräsident und die weiteren drei Mitglieder des Vorstandes werden von der Generalversammlung bestimmt. Die Amtszeit beträgt drei Jahre, wobei zweimalige Wiederwahl möglich ist. Es besteht also eine Amtszeitbeschränkung im Vorstand auf total neun Jahre. Im Weiteren hat der SolAV eine Geschäftsführerin, welche Mitglied des Vorstandes sein kann und derzeit auch ist. Innerhalb des Vorstandes werden Ressorts verteilt. Er setzt sich aktuell wie folgt zusammen:



2. Geschäftsführerin und Geschäftsstelle

Die Geschäftsführung obliegt aktuell Frau Kollegin Simone Kury. Sie führt das operative Geschäft des Verbandes, die Buchhaltung, organisiert Anlässe und dient als Anlaufstelle des SolAV.

3. Freimitglieder

Neben den ordentlichen Mitgliedern kennt der SolAV auch den Status des Freimitglieds. Freimitglieder sind ehemalige freischaffende Anwälte, welche die Anwaltstätigkeit aufgegeben haben. Sie sind oftmals Inhaber von Ämtern oder Teil von Behörden und nehmen mit ihrem Status als Freimitglied an der Generalversammlung teil, was nicht zuletzt auch der persönlichen Kontaktpflege dient. Freimitglieder haben in der Generalversammlung beratende Stimme und sind nicht Mitglieder des Schweizerischen Anwaltsverbandes.

4. Standeskommission

Die Mitglieder des Anwaltsverbandes unterstehen, wo immer sie tätig sind, den Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes und der Disziplinargewalt des kantonalen Verbandes. Über die Einhaltung der Standesregeln wacht die Standeskommission als Disziplinarbehörde des SolAV. Als Disziplinarstrafe kennt das Reglement der Standeskommission die Rüge, die Disziplinarbusse und den Antrag auf Ausschluss aus dem Verband, mit und ohne Publikation. Präsiert wird die Standeskommission von Dr. Niklaus Studer, dem ehemaligen Präsidenten des Schweizerischen Anwaltsverbandes. Im Übrigen besteht sie aus zwei weiteren Mitgliedern und zwei Ersatzmitgliedern. Als weitere Kompetenz führt die Standeskommission Moderationsverfahren bei Honorarstreitigkeiten durch, wobei jeweils ein Mitglied der Kommission schlichtend wirkt. Der grösste Teil von Honorarstreitigkeiten zwischen Klienten und Anwälten kann in diesem Verfahren vergleichsweise erledigt werden. Verbandsmitglieder sind gehalten, während eines hängigen Moderationsverfahrens keine staatlichen Gerichte zur Durchsetzung des Honoraranspruchs anzurufen.

Die Standeskommission ist nicht zu verwechseln mit der kantonalen Anwaltskammer, welche die Einhaltung der Berufsregeln nach dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) durchsetzt. Seit der Einführung der Berufsregeln im BGFA haben die Berührungspunkte zwischen der Anwaltskammer und der Standeskommission stark zugenommen und die Standeskommission ist hin und wieder gehalten, Verfahren zuständigkeithalber an die Anwaltskammer zu überweisen. Nichtsdestotrotz ist der Standeskommission eine grosse Bedeutung beizumessen. Die Standesregeln stellen einen zusätzlichen Katalog von Regeln auf, welchen ausschliesslich Verbandsanwälte unterstellt sind. Diesen erhöhten Anforderungen müssen somit auch nur Anwälte genügen, die Mitglied des Anwaltsverbandes sind, woraus die Klientschaft einen Nutzen zieht.

5. Fachgruppen

Innerhalb des SolAV bestehen die vier Fachgruppen *Bau-, Planungs- und Umweltrecht, Haftpflicht- und Sozialversi-*

cherungsrecht, Strafrecht sowie *Mediation*. Die Fachgruppen führen einen fachlichen Diskurs, Meinungs- und Erfahrungsaustausch und stehen dem SolAV in fachspezifischen Fragen in ihrem jeweiligen Gebiet zur Verfügung. Beispielsweise erstellen die Fachgruppen Vernehmlassungsantworten im Gesetzgebungsprozess. Die Fachgruppe Strafrecht hat in Zusammenarbeit mit den Behörden einen Pikettdienst im Strafverfahren organisiert und betreibt diesen.

IV. Das Wirken des SolAV

1. Anwaltspikett

Das Anwaltspikett ist aktuell das Sorgenkind des SolAV. Im Zuge der Inkraftsetzung der schweizerischen StPO hat der Anwaltsverband durch seine Fachgruppe *Strafrecht* und in Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden einen Pikettdienst für Strafverteidigungen installiert und betreibt diesen seither auf freiwilliger Basis. Mit diesem System soll einerseits die Verfügbarkeit des Anwalts der ersten Stunden sichergestellt werden, und andererseits wurde mit dem Betrieb einer Pikettnummer Gewähr geboten, dass sich die Staatsanwaltschaft den Verteidiger nicht selbst aussucht. Obwohl dem Pikettdienst ein gutes Funktionieren attestiert wird, hat der Regierungsrat in einem Gesetzesentwurf der Anwaltschaft aus finanzpolitischen Überlegungen heraus die Unterstützung versagt. Aktuell steht der Weiterbetrieb des Pikettdienstes infrage.

2. Rechtsauskunftsdienst

Die Mitglieder des SolAV bieten zugunsten der Rechtssuchenden einen leicht zugänglichen Rechtsauskunftsdienst an. An fünf Standorten im Kanton können Rechtssuchende für CHF 30.- einen Gutschein erwerben. Dieser Gutschein gibt das Recht für ein 20-minütiges Beratungsgespräch bei einer zufällig zugeteilten Rechtsanwältin oder einem Rechtsanwalt. Der Unkostenbeitrag fliesst dem Anwaltsverband zu, während für den beratenden Anwalt nicht selten ein länger dauerndes Mandatsverhältnis entsteht.

3. Gesellige Anlässe

Wie bereits einleitend festgestellt, gehört auch die Pflege der Kollegialität unter den Mitgliedern zu den statutarischen Aufgaben des Anwaltsverbandes. Zu diesem Zweck führt der Verband mindestens einmal jährlich einen geselligen Anlass durch, welcher regelmässig auch mit einem – im weiteren Sinne – kulturellen Teil gespickt wird. Der jährlich stattfindende Sommeranlass ist zu einem beliebten Treffpunkt für den unkomplizierten Austausch unter den Mitgliedern geworden und erfreut sich wachsender Beliebtheit.

4. Aussprachen mit Behörden

Nachdem die Solothurner Justiz vor einigen Jahren durch eine Reihe von kleineren und grösseren Geschichten durchgerüttelt worden war, haben sich die beteiligten Par-

teilen, darunter auch der SolAV, entschlossen, einen regelmässigen Austausch zu pflegen. Mittlerweile trifft sich der Vorstand regelmässig zu Aussprachen mit den erstinstanzlichen Gerichten, der Staatsanwaltschaft und neuerdings auch mit der Kantonspolizei. Bei diesen Sitzungen werden mehr oder weniger brennende Themen behandelt,

mit welchen die Behörden, die Anwälte und letztlich die Klientschaft konfrontiert werden. Beispielsweise konnte auf diesem Weg erreicht werden, dass die Staatsanwaltschaft bei der Ausstellung von Strafbefehlen im SVG-Bereich auch auf das drohende Administrativverfahren hinweist.

Lucerne University of
Applied Sciences and Arts

HOCHSCHULE LUZERN

Wirtschaft
Institut für Finanzdienstleistungen Zug
IFZ

Master of Advanced Studies

MAS Economic Crime Investigation

Start Lehrgang: 16. Oktober 2014

Info-Veranstaltung: 12. Juni 2014, 18.00 Uhr,
Hochschule Luzern – Wirtschaft, Zentralstrasse 9, Luzern

Diploma of Advanced Studies

DAS Compliance Management

Start 15. Lehrgang: 5. September 2014

Certificate of Advanced Studies

CAS Finanz- und Rechnungswesen für Juristen

Start 10. Lehrgang: 16. Mai 2014

Weitere Informationen: www.hslu.ch/juristen

FH Zentralschweiz

Ein Leitfaden
für Praktiker



Der neue Register-Schuldbrief

und weitere Änderungen des Grundpfandrechts

David Dürr, Thomas Kaufmann

Juni 2012, CHF 92.–

264 Seiten, broschiert, 978-3-7272-8777-0

Das Werk stellt die am 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Neuerungen des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts dar. In dessen Zentrum stehen der papierlose Schuldbrief sowie der gesetzliche Nachvollzug der von der Praxis entwickelten und mittlerweile zum Standard gewordenen Sicherungsübereignung.

[www.staempfliverlag.com/
anwaltsrevue](http://www.staempfliverlag.com/anwaltsrevue)

Stämpfli
Verlag



BAUHANDWERKERPFANDRECHT: BESONDERE HERAUSFORDERUNGEN AN DIE ANWALTSCHAFT

RAINER SCHUMACHER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor an der Universität
Fribourg/Freiburg, Kirchdorf bei Baden

Stichworte: Bauhandwerkerpfandrecht, Grundbuchrecht, Stockwerkeigentum, Zivilprozessrecht

Auf den 1. Januar 2012 wurden das Immobiliarsachenrecht und damit auch die Bestimmungen über das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837, Art. 839–841 ZGB) teilweise revidiert. Gleichzeitig trat die total revidierte Grundbuchverordnung (GBV) in Kraft. In weit stärkerem Ausmass als durch diese Revisionen wird die Anwaltschaft durch die ein Jahr zuvor in Kraft getretene Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) herausgefordert. Dieser Beitrag bietet eine praxisnahe Auslegeordnung über die Herausforderungen neuer und «traditioneller» Komplexitätsfallen des materiellen Rechts und des Zivilprozessrechts.

I. Ein juristisches Labyrinth

1. Komplexität der Rechtsordnung

A) *Komplexität einzelner Teilgebiete der Rechtsordnung*
Wer Baupfandrechte¹ erwerben oder abwehren möchte, muss sich in verschiedenen Teilgebieten der Rechtsordnung auskennen. Jedes dieser Teilgebiete ist für sich allein genommen bereits sehr komplex.² In Betracht fallen insbesondere die folgenden Teilgebiete:

- *Bauhandwerkerpfandrecht* (Art. 837 sowie Art. 839–841 ZGB; Art. 76 Abs. 2 lit. b, Art. 76 Abs. 3, Art. 118 Abs. 2 lit. b GBV und Art. 120 lit. a GBV);³
- *Allgemeine Bestimmungen des Sachenrechts* (Art. 641 ff. ZGB), beispielsweise Art. 648 Abs. 3 ZGB, eine Bestimmung, die sowohl für das gewöhnliche Miteigentum als auch für das Stockwerkeigentum gilt;⁴
- *Allgemeine Bestimmungen des Immobiliarsachenrechts* (Art. 655 ff. ZGB), insbesondere die Bestimmungen über das Grundpfand (Art. 793 ff. ZGB) in Verbindung mit der Grundbuchverordnung.⁵
- Andere Spezialgebiete des Immobiliarsachenrechts, z. B. die Bestimmungen über das *Stockwerkeigentum* (Art. 712a ff. ZGB) in Verbindung mit der GBV, da in der Praxis viele Baupfandrechte zulasten von Grundstücken, die zu Stockwerkeigentum ausgestaltet worden sind, beansprucht werden;⁶
- Das *Grundbuchrecht* (Art. 942–977 ZGB mit der gesamten GBV), vor dem der Altmeister des Grundbuchrechts gewarnt hat: «Das Grundbuchrecht ist ein eigentliches Spezialgebiet mit stark technischer Ausgestaltung. Es bedarf entweder langer und intensiver wissenschaftli-

cher Beschäftigung mit ihm oder längerer praktischer Erfahrung, um es einigermaßen zu beherrschen.»⁷

- Die *Schweizerische Zivilprozessordnung* (ZPO), die seit dem 1.1.2011 alle Verfahren, die vor kantonalen Gerichtsbehörden zwecks gerichtlicher Anordnung (Anmeldung) von (vorläufigen oder definitiven) Grundbucheintragungen durchgeführt werden, für das ganze Gebiet der Schweiz einheitlich regelt;⁸ nach meinen persönlichen Erfahrungen werden alle Verfahrensbeteiligten, inbegriffen die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte,⁹ weit

- 1 Terminologie gemäss Art. 120 lit. a GBV (Grundbuchverordnung vom 23. 9. 2011, SR 211.432.1).
- 2 Vgl. RAINER SCHUMACHER, Stockwerkeigentum und Bauhandwerkerpfandrecht: Komplexitätsfallen, in: Amédéo Wermelinger (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2013, Tagung vom 17. 9. 2013 in Luzern, Bern 2013, S. 65 ff., insbesondere S. 66.
- 3 Zu den speziellen Bestimmungen in der total revidierten GBV (Fn. 1) vgl. SCHUMACHER (Fn. 2), S. 79 f.
- 4 Zum gesamten Sachenrecht vgl. JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. Auflage, Zürich 2012.
- 5 Zur Grundbuchverordnung (GBV) vgl. Fn. 1 hier vor sowie URS FASEL, Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. 9. 2011, Kommentar, 2. Auflage, Basel 2013; ferner SCHUMACHER (Fn. 2), S. 78 ff.
- 6 Vgl. SCHUMACHER (Fn. 2), S. 68 ff.
- 7 PETER LIVER, Die Anmerkung, ZBGR 1969, S. 34, zit. nach SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 4), Nr. 363, zum Einstieg in das Grundbuchrecht.
- 8 Vgl. RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht. Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich 2011, Nr. 511 ff.: «Dritter Teil: Zivilprozess und Bauhandwerkerpfandrecht».
- 9 Im Folgenden verwende ich der Kürze halber den Ausdruck «Rechtsanwälte» durchwegs stellvertretend auch für die Rechtsanwältinnen.

mehr durch die ZPO als durch die revidierten Bestimmungen über das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 ZGB sowie Art. 839 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4–6 ZGB), die ebenfalls seit dem 1.1.2011 gelten,¹⁰ gefordert und herausgefordert.

B) *Potenzierte Komplexität zufolge Vernetzung heterogener Teilgebiete*

Die Komplexität, die den verschiedenen Teilgebieten der Rechtsordnung immanent ist, wird durch deren Vernetzung gesteigert. Die potenzierte Komplexität ist enorm, wenn die Normen heterogener (ungleichartiger) Rechtsgebiete miteinander und damit vernetzt angewendet werden müssen. Dies ist häufig der Fall, wenn Baupfandrechte zulasten eines Grundstücks, das (vor oder nach Baubeginn) in Stockwerkeigentum ausgestaltet worden ist, eingetragen werden sollen.¹¹ Im statistischen Normalfall müssen die Baupfandrechte gemäss Art. 648 Abs. 3 ZGB zulasten der einzelnen Stockwerkmiteigentumsanteile (Stockwerkeinheiten) eingetragen werden und dürfen nicht mehr dem Stammgrundstück belastet werden.¹²

Das Recht des Stockwerkeigentums (Art. 712a ff. ZGB) und das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 und Art. 839–841 ZGB) sind zufolge ihrer unterschiedlichen Strukturen zwei und ungleichartige (heterogene) Rechtsgebiete. Dominant und signifikant für das Bauhandwerkerpfandrecht ist die *physische* Wirklichkeitsebene, während das Recht des Stockwerkeigentums durch die *rechtliche* Wirkungsebene geprägt wird.¹³ Diese beiden Rechtsinstitute sind nicht aufeinander abgestimmt. Bauarbeiten (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) und die durch sie geschaffenen Bauteile lassen sich physisch unterteilen und gegenseitig abgrenzen, während die räumliche Ausscheidung zwischen den Sonderrechten der einzelnen Stockwerkeigentümer einerseits und den sog. «gemeinschaftlichen Bauteilen» andererseits nicht nach bautechnischen Kriterien, sondern ausschliesslich nach rechtlich-funktionalen Kriterien erfolgt (Art. 712b Abs. 2 ZGB).¹⁴ Diese Komplexität scheint selbst das Bundesgericht gelegentlich zu überfordern.¹⁵

2. *Zur professionellen Sorgfaltspflicht der Rechtsanwälte*

A) *Die Sorgfaltshaftung gemäss Art. 398 Abs. 2 OR und Art. 12 lit. a BGFA*

Die potenzierte Komplexität, die insbesondere unerfahrenen und rechtsunkundigen Parteien als juristisches Labyrinth erscheinen muss, veranlasst häufig jede Partei (Bauunternehmer einerseits und Eigentümer, insbesondere Drittpfandeneigentümer, des Baugrundstücks andererseits), einen Rechtsanwalt beizuziehen, der ähnlich dem sagenhaften Helden Theseus aus Athen den Faden der Ariadne in der Hand hält, der ihn selber und vor allem die durch ihn vertretene Partei aus dem juristischen Labyrinth herausführt. Der Rechtsanwalt muss jedoch den «Ariadnefaden» selber finden und ihm als Leitfaden folgen. Der Rechtsanwalt haftet gegenüber seinen Mandanten «für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes» (Art. 398 Abs. 2 OR). Er übt seinen Beruf «sorgfältig und gewissenhaft» aus (Art. 12 lit. a BGFA). Er muss nicht nur die anwendbaren Normen der vernetzten Rechtsgebiete kennen, sondern auch die neueste aktuelle Rechtsprechung und Lehre (Art. 1 Abs. 3 ZGB) zu diesen Gesetzesbestimmungen. Anderenfalls haftet er gegenüber seiner Mandantin für jedes (objektive und subjektive) Versagen. Beim Rechtsanwalt dürfen und müssen eine hohe Sorgfalt und umfassende Rechtskenntnisse vorausgesetzt werden. Der von ihm geschuldete Sorgfaltsmassstab richtet sich nach den Fähigkeiten und Eigenschaften, über die er als professioneller und honorarberechtigter Berater und Rechtsvertreter verfügt hat oder hätte verfügen müssen.¹⁶ Nicht zuletzt auf dem Gebiet des Bauhandwerkerpfandrechts beruhen viele Streitfälle auf Anwaltsfehlern.¹⁷

tes» (Art. 398 Abs. 2 OR). Er übt seinen Beruf «sorgfältig und gewissenhaft» aus (Art. 12 lit. a BGFA). Er muss nicht nur die anwendbaren Normen der vernetzten Rechtsgebiete kennen, sondern auch die neueste aktuelle Rechtsprechung und Lehre (Art. 1 Abs. 3 ZGB) zu diesen Gesetzesbestimmungen. Anderenfalls haftet er gegenüber seiner Mandantin für jedes (objektive und subjektive) Versagen. Beim Rechtsanwalt dürfen und müssen eine hohe Sorgfalt und umfassende Rechtskenntnisse vorausgesetzt werden. Der von ihm geschuldete Sorgfaltsmassstab richtet sich nach den Fähigkeiten und Eigenschaften, über die er als professioneller und honorarberechtigter Berater und Rechtsvertreter verfügt hat oder hätte verfügen müssen.¹⁶ Nicht zuletzt auf dem Gebiet des Bauhandwerkerpfandrechts beruhen viele Streitfälle auf Anwaltsfehlern.¹⁷

B) *Keine Amtshilfe*

Anders als in der altgriechischen Mythologie schenkt dem Rechtsanwalt keine Ariadne einen hilfreichen Faden, um schadlos aus dem juristischen Labyrinth herauszufinden. Insbesondere kann er weder auf eine richterliche Amtshilfe noch auf eine solche des Grundbuchverwalters zählen.

aa) *Keine Amtshilfe des Gerichts*

Das Gericht, das um die Anordnung der vorläufigen Grundbucheintragung eines Baupfandrechts ersucht worden ist, darf weder das Gesuch von sich aus verbessern noch den Rechtsanwalt des Bauunternehmers formlos auf

¹⁰ Zu den revidierten Bestimmungen über das Bauhandwerkerpfandrecht vgl. SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 1 ff.: «Erster Teil: Umbau oder Ausbau?»

¹¹ Vgl. auch RAINER SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht und Stockwerkeigentum: eine besondere Herausforderung an den Grundbuchverwalter, ZBGR 2014, S. 4 f.

¹² Zur Anwendbarkeit des Art. 648 Abs. 3 ZGB, der zu den Normen über das gewöhnliche Miteigentum gehört, auch im Stockwerkeigentumsrecht vgl. SCHUMACHER (Fn. 2), S. 76 f. und S. 91 ff., mit zahlreichen Hinweisen.

¹³ Zu dieser Differenzierung vgl. ausführlicher mit Hinweisen SCHUMACHER (Fn. 2), S. 67 f. bzw. S. 68 ff.

¹⁴ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 2), S. 70 f.

¹⁵ Vgl. die von SCHUMACHER (Fn. 2), S. 71 f., angeführten Beispiele.

¹⁶ Vgl. z. B. BGE 127 III 357 ff., E. 1c; zur Anwaltshaftung im Allgemeinen vgl. WALTER FELLMANN, Die Haftung des Anwalts, in: Festschrift 100 Jahre Schweizerischer Anwaltsverband, Bern 1998, S. 185 ff.; WALTER FELLMANN, N 1 ff. zu Art. 12 BGFA, insbesondere N 8 ff. zu Art. 12 lit. a BGFA als Generalklausel des Anwaltsrechts, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage, Zürich 2011; WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, Bern 2010, insbesondere S. 558 ff.: «Art. 12 lit. a BGFA als Generalklausel».

¹⁷ Vgl. z. B. BGE 117 II 563 ff., E. 5 und E. 6 = Praxis 1992, S. 683 ff.: Anwaltshaftung für die Eintragung eines Baupfandrechts auf der falschen Liegenschaft trotz irrtümlicher Instruktion durch den Bauunternehmer als Auftraggeber; sorgfältige Abklärungen hätten zur Entdeckung des Irrtums führen müssen; vgl. auch Urteil 5A_227/2007 der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 11. 1. 2008, E. 2.5 Abs. 1 = BR 2008, Nr. 155, S. 76 ff. mit Anmerkungen von RAINER SCHUMACHER; zur Differenzierung zwischen dem physischen und dem rechtlichen Grundstück vgl. RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht. Systematischer Aufbau, 3. Auflage, Zürich 2008, Nr. 405 f. und Nr. 603 ff.

Fehler des Gesuchs hinweisen und ihm damit die Chance einräumen, das Gesuch zu verbessern oder rascher ein neues, fehlerloses Gesuch einzureichen, d. h. rascher, als dies nach der Abweisung des Gesuchs durch das Gericht oder nach der Abweisung der gerichtlichen Anordnung (Anmeldung) durch den Grundbuchverwalter noch möglich wäre, sei es, um noch die Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB zu wahren, oder sei es, um bloss die Schmach und die Haftung für die Prozesskosten des falschen Gesuchs zu vermeiden. Im ersten Fall der eigenständigen Verbesserung des Gesuchs verletzt das Gericht die Dispositionsmaxime, die in Art. 58 Abs. 1 ZPO verankert ist: «Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat.» Das Gericht ist an die von den Parteien gestellten Rechtsbegehren gebunden.¹⁸ Im zweiten Fall der Beratung eines Rechtsanwaltes über allfällige Gesuchmängel durch das Gericht (beispielsweise durch den telefonischen Hinweis nach Konsultation des Grundbuchs, dass zwei Ehegatten als gemeinschaftliche Grundeigentümer [z. B. Miteigentümer] im Grundbuch eingetragen seien und deshalb beide als notwendige passive Streitgenossenschaft [Art. 70 Abs. 1 ZPO] und nicht nur der im Gesuch als einziger Beklagter aufgeführte Ehegatte belangt werden müssten) nimmt das Gericht einseitig Partei zugunsten der durch den Rechtsanwalt vertretenen Partei und indirekt auch zugunsten des Rechtsanwaltes selber, der damit von seiner Anwaltshaftung verschont werden kann. Eine derartige Parteinahme verletzt Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 Satz 1 EMRK. Beide Bestimmungen garantieren deckungsgleich den Anspruch auf ein *unparteiisches* Gericht.¹⁹

Dem Rechtsanwalt vermag in einem solchen Fall auch die gerichtliche Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO nicht zu helfen: «Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung.» Die gerichtliche Frage- und Aufklärungspflicht²⁰ dient nur, aber immerhin, dazu, den Parteien die Möglichkeit einzuräumen, zum Zweck der Wahrheitsfindung unklares oder widersprüchliches Vorbringen zu korrigieren. Dies geht aber nicht so weit, dass das Gericht die Parteien auch auf unzulässige Rechtsbegehren aufmerksam machen müsste; die Beurteilung unzulässiger Rechtsbegehren ist Gegenstand des späteren Urteils.²¹ Die gerichtliche Fragepflicht darf nicht so weit gehen, dass das Gericht die materiell-rechtlichen und prozessualen Obliegenheiten der Parteien zu übernehmen hätte und an ihrer Stelle unklare, unvollständige oder unbestimmte Sachvorbringen oder Rechtsbegehren zu ergänzen hätte.²² Es ist Sache der Parteien, ihren Prozess sorgfältig zu führen. Eine unsorgfältige Prozessführung kann zum Rechtsverlust führen. Die gerichtliche Fragepflicht ist nicht dazu da, Mängel in der Prozessführung auszugleichen.²³ Insbesondere darf die gerichtliche Frage- und Aufklärungspflicht nicht die Unparteilichkeit des Gerichts gefährden und ist deshalb nur zurückhaltend auszuüben. Das Gericht darf sich nicht dem

blossen Anschein der Parteilichkeit aussetzen und damit ein Ausstandsgesuch (Art. 49 ZPO) wegen Befangenheit (Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO) veranlassen.²⁴ In dem vom Bundesgericht am 12.11.2013 beurteilten Fall hatte der Rechtsanwalt der gesuchstellenden Bauunternehmung ein klares Gesuch gestellt. Er hatte das Gesuch nur gegen eine Miteigentümerin und nicht gegen beide Miteigentümer des Baugrundstücks gestellt und in der Begründung des Gesuchs ausdrücklich behauptet, die (einzige) Beklagte sei «Eigentümerin» des Baugrundstücks.²⁵ Es bestand deshalb zum Vornherein kein Anlass zu einer Rückfrage an den Rechtsanwalt und schon gar nicht zu einer «vor- und fürsorglichen» Abklärung der Eigentumsverhältnisse durch das aus eigener Initiative handelnde Gericht beim zuständigen Grundbuchamt. Dem Kantonsgericht Schaffhausen wäre nichts anderes übrig geblieben, als den Antrag auf superprovisorische Anordnung der vorläufigen Eintragung eines Baupfandrechts, den es am Tag des Ablaufs der Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB erhalten hätte, umgehend gutzuheissen, worauf es Sache des zuständigen Grundbuchamtes gewesen wäre, die Anordnung (Anmeldung) der vorläufigen Eintragung abzuweisen;²⁶ darnach hätte das Kantonsgericht Schaffhausen das

18 Vgl. MYRIAM A. GEHRI, N 5 zu Art. 58 ZPO, in: BSK Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013.

19 Vgl. Urteil 5A_462/2013, E. 3.3, der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 12. 11. 2013; das Bundesgericht hat zu Recht die Rücksprache einer Gerichtsschreiberin des Kantonsgerichts Schaffhausen am letzten Tag der viermonatigen Eintragsfrist (Verwirkungsfrist) des Art. 839 Abs. 2 ZGB mit dem Rechtsanwalt des Bauunternehmers, die zur «Nachbesserung» des mangelhaften Gesuchs gegen nur einen der beiden Grundeigentümer und damit zur rechtzeitigen Eintragung eines Baupfandrechts zulasten beider im Grundbuch eingetragenen Ehegatten als gemeinschaftliche Eigentümer des Baugrundstücks führte, als unzulässige Parteinahme gewertet und deshalb das Ausstandbegehren gegen die involvierten Magistraten des Kantonsgerichts des Kantons Schaffhausen gutgeheissen; vgl. dazu: RAINER SCHUMACHER, Anmerkungen zu diesem Bundesgerichtsentscheid, BR 2014, Heft 3 (Ordinalzahl und Seitenzahl sind noch unbekannt).

20 Grundlegend und umfassend: ALFRED BÜHLER, Von den Risiken im Zivilprozess, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich 2005, S. 349 ff.; neuestens: CLAUDIA M. MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2013 (in diese Dissertation konnte ich noch nicht hineinsehen).

21 Vgl. GEHRI (Fn. 18), N 11 zu Art. 56 ZPO mit einem Hinweis.

22 Vgl. ALFRED BÜHLER, in: Alfred Bühler/Andreas Edelmann/Albert Killer (Hrsg.), Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung. Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 18. 12. 1984, 2. Auflage, Aarau 1998, N 38 zu § 75 Abs. 3 ZPO, und gestützt darauf GEHRI (Fn. 18), N 12 zu Art. 56 ZPO.

23 Vgl. GEHRI (Fn. 18), N 14 zu Art. 56 ZPO, mit einem Hinweis.

24 Vgl. GEHRI (Fn. 18), N 15 zu Art. 56 ZPO mit Anwendungsbeispielen. – Am 12. 11. 2013 hiess das Bundesgericht das Ausstandsgesuch gegen eine Gerichtsschreiberin und gegen einen Einzelrichter des Kantonsgerichts Schaffhausen wegen Parteinahme zugunsten der Bauunternehmung gut, welche das Gesuch um superprovisorische Anordnung der vorläufigen Eintragung eines Baupfandrechts gestellt hatte (Fn. 19).

25 Vgl. E. 3.3 des Urteils des Bundesgerichts vom 12. 11. 2013 (Fn. 19): «Trotz des klaren Gesuchs...»

26 Vgl. SCHUMACHER (Fn. 11), ZBGR 2014, S. 28 ff., ferner S. 44 f.

summarische Verfahren abschliessen müssen, indem es das Begehren um die Anordnung der vorläufigen Eintragung des beantragten Baupfandrechts abgewiesen hätte. Die Bauunternehmung trug das Risiko des Verlusts des allfälligen Anspruchs auf ein Baupfandrecht, da ihr Begehren um superprovisorische Anordnung erst am letzten Tag der Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB beim Gericht eingegangen war und die Bauunternehmung bzw. ihr Rechtsanwalt keine Pufferzeit für ein zweites Erfolg versprechendes Eintragungsverfahren kalkuliert hatte. Ähnlich verhält es sich, wenn die Bauunternehmung keinen Verzugszins zur Vormerkung im Grundbuch beantragt hat; dann liegt ebenfalls ein klares Gesuch vor; auch ein Baupfandrecht ohne Angabe eines Zinses ist eintragungsfähig.²⁷

Die gerichtliche Frage- und Aufklärungspflicht greift vorab bei nicht rechtskundig vertretenen oder verbeiständeten Personen ein. Zwar ist auch eine anwaltlich vertretene Partei nicht generell von der richterlichen Fragepflicht ausgeschlossen. Gleichwohl können sich nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts nur «unbeholfene Personen» auf die richterliche Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO berufen, und als solche gelten durch einen Rechtsanwalt vertretene Parteien ausdrücklich nicht, weshalb die Rechtsanwälte von der gerichtlichen Fragepflicht praktisch ausgeschlossen sind.²⁸ Doch wäre im Fall, den das Bundesgericht am 12.11.2013 beurteilte, Art. 56 ZPO selbst dann nicht anwendbar gewesen, wenn das Gesuch vom 11.8.2012 von der Bauunternehmung selber ohne Rechtsvertretung durch einen Anwalt verfasst und eingereicht worden wäre, da auch in diesem Fall ein klares Gesuch vorgelegen hätte, das keiner «Klarstellung und Ergänzung» (Art. 56 ZPO) bedurft hätte. Wer es wagt, einen Prozess selber zu führen, traut sich die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten zu und hat die Konsequenzen zu tragen, wenn er diese überschätzt hat. Dann liegt ein Selbstverschulden vor. Noch weniger gerichtliche Fürsorge verdient der Rechtsanwalt, dem allenfalls ein Übernahmeverschulden anzulasten ist.²⁹

«Die richterliche Fragepflicht ist namentlich für die Anwälte eine gerichtliche Arznei, mit der die Risiken der mangelhaft ausgeübten Behauptungs-, Substanziierungs-, Bestreitungs- und Beweisführungslast nur ausnahmsweise geheilt werden; dasselbe gilt für die nachteiligen Folgen von Irrtümern über die rechtliche Relevanz des vorzutragenden Tatsachenmaterials. Denn ein entschuldbares Versehen oder einen Rechtsirrtum, der die Fragepflicht auslöst, wird der Richter einem rechtskundigen Parteivertreter in der Regel nicht zugestehen.»³⁰

Im Sinne der vorstehenden differenzierenden Ausführungen ist das folgende *obiter dictum* des Bundesgerichts zu verstehen und zu relativieren: «Eine Kontaktaufnahme mit der Unternehmerin rechtfertigte sich umso weniger, als diese anwaltlich vertreten war.»³¹

bb) Keine Amtshilfe des Grundbuchverwalters
Überhaupt keine Amtshilfe dürfen der Rechtsanwalt und selbst die Partei, die keinen Rechtsanwalt beauftragt hat,

vom Grundbuchverwalter erhoffen oder gar erwarten. Dieser ist dem strengen und fundamentalen *Anmeldungsprinzip* unterworfen, das auch Antragsprinzip genannt wird (Art. 963 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB sowie Art. 964 ZGB; Art. 46 Abs. 1 GBV und Art. 89 Abs. 1 GBV).³² «Das Grundbuchamt trägt in das Hauptbuch nur ein, was in der Anmeldung beantragt wird» (Art. 89 Abs. 1 GBV). Erhält der Grundbuchverwalter eine gerichtliche Anordnung der vorläufigen Eintragung eines Baupfandrechts, das aufgrund seiner beschränkten, aber strengen Prüfungskognition nicht eintragungsfähig ist (z.B. weil es sich nicht gegen alle [gewöhnlichen] Miteigentümer eines Baugrundstücks bzw. eines Stockwerkmiteigentumsanteils richtet oder weil Art. 648 Abs. 3 ZGB missachtet worden ist), bleibt dem Grundbuchverwalter nach dem «Alles-oder-nichts-Prinzip»³³ nichts anderes übrig, als die gerichtliche Anordnung schlicht abzuweisen. Er darf sie nicht verbessern, mögen deren Mängel noch so offensichtlich sein.³⁴ In solchen Fällen ist die Unabhängigkeit des Grundbuchverwalters herausgefordert. Er darf sich nicht von gerichtlichen Autoritäten beeindrucken und erst recht nicht von seinen persönlichen Beziehungen zu den anmeldenden Magistraten beeinflussen oder gar hemmen zu lassen.³⁵

3. Eine Selbsthilfe der Anwaltschaft

Der sagenhafte Faden der Ariadne, dessen Farbe nie dem finsternen Labyrinth entrissen worden ist, wurde durch den *roten Faden* abgelöst.³⁶ Ähnlich einem roten Faden soll

27 Vgl. SCHUMACHER (Fn. 11), ZGBR 2014, S. 34 Abs. 2.

28 Vgl. die folgenden Entscheidungen des Bundesgerichts: Urteil 5A_267/2013 vom 10. Juni 2013 E. 8.2.2; Urteil 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013 E. 4.3.2; Urteil 5A_446/2009 etc. vom 19. April 2013 E. 6.2.2; anders Urteil 8C_777/2012 vom 7. Januar 2013 E. 5.2.

29 Zum Übernahmeverschulden vgl. BGE 124 III 164; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich 2008, Nr. 2995, Nr. 3003 und Nr. 3064; SIMONE GLOOR, Das vertragliche Übernahmeverschulden, Zürich 2012.

30 Zit. nach BÜHLER (Fn. 20), S. 353.

31 Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 12.11.2013 (Fn. 19), E. 3.3, zweitletzter Satz.

32 Zum Anmeldungsprinzip vgl. insbesondere ROLAND PFÄFFLI, Der Ausweis über die Eigentumsübertragung im Grundbuch, Diss. St. Gallen, Langenthal 1999, S. 43 mit Verweisung auf BGE 79 I 182 = Praxis 43 Nr. 155 S. 444; ROLAND PFÄFFLI, Das Antragsprinzip im Grundbuchrecht unter besonderer Berücksichtigung des Erbgangs, BN 1985, S. 63 ff.; ROLAND PFÄFFLI, Die Eckpfeiler der Grundbuchführung, in: Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 513 ff., insbesondere S. 514; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 4), Nr. 503; ferner SCHUMACHER (Fn. 11), ZGBR 2014, S. 9 f. und S. 27 f. mit weiteren Hinweisen in den Fussnoten.

33 Zit. nach FASEL (Fn. 5), N 8 zu Art. 87 GBV.

34 Vgl. einen Fall einer eigenmächtigen und deshalb nichtigen Verbesserung einer offensichtlich mangelhaften gerichtlichen Anordnung der vorläufigen Grundbucheintragung eines Baupfandrechts durch einen Grundbuchverwalter, ausführlich behandelt von SCHUMACHER (Fn. 11), ZGBR 2014, S. 9 ff. und S. 27 f., ferner S. 45.

35 Vgl. SCHUMACHER (Fn. 11), ZGBR 2014, S. 43.

36 Vgl. Rechtsanwalt lic. iur. JOHANN WOLFGANG GOETHE, Die Wahlverwandtschaften, Zweiter Teil, Zweites Kapitel, in: Sämtliche Werke, Artemis-Gedenkausgabe zu Goethes 200. Geburtstag am 28. 8. 1949, 2. Auflage, Nachdruck München und Zürich 1977, Band 9, S. 145.

dieser Beitrag ein praxisnahes Vademecum bieten, das helfen soll, dass wir Rechtsanwälte uns im juristischen Labyrinth nicht verirren. Auf Vollständigkeit wird kein Anspruch erhoben. Dieser Beitrag will vor allem auf Komplexitätsfallen aufmerksam machen, insbesondere auf solche, die in jüngster Zeit gut oder schlecht sichtbar geworden sind.

II. Materiell-rechtliche Komplexitätsfallen

1. Die Tagebucheintragung als Schnittstelle

Alle, die sich mit der Eintragung von Baupfandrechten befassen, somit auch die Rechtsanwälte, müssen mit einigen Besonderheiten des Grundbuchrechts in Vernetzung mit den übrigen Teilgebieten der Rechtsordnung (insbesondere mit dem Bauhandwerkerpfandrecht, aber auch mit anderen Teilgebieten des Immobiliarsachenrechts wie dem Recht des Stockwerkeigentums) vertraut sein. Einer der Eckpfeiler des Grundbuchrechts ist die Rechtswirkung der Tagebucheintragung.³⁷ Gemäss Art. 948 Abs. 1 ZGB und Art. 81 Abs. 1 lit. a GBV muss jede Anmeldung sofort nach ihrem Eingang in das Tagebuch des Grundbuchs eingeschrieben werden.³⁸ Das Tagebuch (Art. 2 lit. e und Art. 10 Abs. 1 GBV) ist ein Bestandteil des Grundbuchs (Art. 942 Abs. 2 ZGB).

Die dinglichen Rechte an einem Grundstück nach der Definition der Grundstückarten in Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1–4 ZGB (ebenso Art. 943 Abs. 1 Ziff. 1–4 ZGB) entstehen und erhalten ihren Rang und ihr Datum durch die Eintragung in das Hauptbuch des Grundbuchs (Art. 972 Abs. 1 ZGB). «Ihre Wirkung wird auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch zurückbezogen, vorausgesetzt ...» (Art. 972 Abs. 2 ZGB). Die Tagebucheintragung ist somit die «kritische», nämlich die entscheidende Schnittstelle für Änderungen im Grundbuch, die bei der (konstitutiven) Eintragung von Baupfandrechten im Grundbuch in zwei Richtungen, nämlich sowohl prospektiv als auch retrospektiv, zu berücksichtigen ist.³⁹

A) *Prospektiv: Wahrung der Eintragsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB*

Die (seit dem 1.1.2012 geltende) viermonatige Eintragsfrist (Art. 839 Abs. 2 ZGB) ist eine Verwirklichungsfrist, die nur durch eine Grundbucheintragung gewahrt werden kann. Die Fristwahrung stellt somit auf einen *verfahrensabschliessenden* Schritt (Grundbucheintragung als Vollzug) und nicht auf einen verfahrenseinleitenden Schritt ab.⁴⁰ Für die Fristwahrung genügt deshalb weder der Zeitpunkt der Einreichung eines Gesuchs um die gerichtliche Anordnung der vorläufigen Eintragung eines Baupfandrechts noch der Zeitpunkt deren gerichtlichen Anordnung.

Im statistischen Normalfall wird ein Baupfandrecht erteilt, indem der Grundbuchverwalter eine entsprechende Anordnung vollzieht, welche die zuständige Gerichtsbehörde (meistens ein Einzelgericht) auf Gesuch (Art. 252 ZPO) des baupfandberechtigten Bauunternehmers in einem summarischen Verfahren superprovisorisch (Art. 265 Abs. 1

ZPO) zuhanden des zuständigen Grundbuchamtes als Registerbehörde (Art. 262 lit. c ZPO) erlassen hat. Dies ist die gerichtliche Anmeldung der vorläufigen Grundbucheintragung (Vormerkung; Art. 960 bzw. Art. 961 ZGB; Art. 77 GBV) eines Baupfandrechts, die vom Grundbuchverwalter im Tagebuch und gleichzeitig⁴¹ bzw. später im Hauptbuch des Grundbuchs eingetragen wird. Die Wirkung der Vormerkung wird auf den Zeitpunkt der Eintragung in das Tagebuch zurückbezogen (Art. 972 Abs. 2 ZGB; Art. 89 Abs. 3 GBV). Die vorläufige Eintragung bewirkt, dass das durch die spätere definitive Eintragung bestätigte Baupfandrecht in seinen (auch zeitlichen) Wirkungen auf den Zeitpunkt des Tagebucheintrags der gerichtlichen superprovisorischen Anmeldung der vorläufigen Grundbucheintragung zurückbezogen wird (Art. 961 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 972 ZGB; Art. 76 Abs. 3 GBV).⁴²

Bereits mit der Eintragung der gerichtlichen superprovisorischen Anordnung (Anmeldung) der vorläufigen Grundbucheintragung (Vormerkung) eines Baupfandrechts im Tagebuch des Grundbuchs durch den Grundbuchverwalter kann die Eintragsfrist (Verwirklichungsfrist) des Art. 839 Abs. 2 ZGB bzw. Abs. 5 ZGB gewahrt werden. Dies ist eine enorme «Starthilfe» auch für den Rechtsanwalt. Allerdings darf die Einreichung des Gesuchs (Art. 252 ZPO) nicht bis zuletzt hinausgeschoben werden. Vielmehr muss bereits in Rücksicht auf die Zeiten, die zuerst vom Versand des Gesuchs bis zu dessen Behandlung durch das Gericht und danach bis zum Eingang der gerichtlichen Anordnung (Anmeldung) beim Grundbuchamt verstreichen werden, eine genügende Zeitreserve eingerechnet und eingehalten werden.

³⁷ Vgl. ROLAND PFÄFFLI, Die Eckpfeiler der Grundbuchführung, in: Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 513 ff., insbesondere S. 520 ff. «IV. Einschreibung im Tagebuch».

³⁸ Für Details vgl. PFÄFFLI (Fn. 37), S. 520 ff.

³⁹ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 2), S. 84 lit. dd mit den Verweisungen in Fn. 69, die dahin gehend zu ergänzen sind, dass BGE 138 III 512 ff. inzwischen auch in ZBGR 2013, S. 421 ff. publiziert worden ist.

⁴⁰ Vgl. THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, Gutgläubenschutz des Schuldbriefwerbers und zeitliche Aspekte bei der Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechts als heikle Fragen der Revision des Immobiliarsachenrechts, in: Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 635 ff., insbesondere S. 649 ff., mit der zutreffenden Schlussfolgerung, Art. 64 Abs. 2 ZPO dürfe nicht zur Annahme verleiten, dass nunmehr die Einreichung des Gesuchs um die gerichtliche Anordnung der vorläufigen Eintragung eines Baupfandrechts die Frist des Art. 839 Abs. 2 ZGB zu wahren vermöchte.

⁴¹ Wird das Grundbuch digitalisiert, d. h. mittels EDV-Informatik geführt (EDV-Grundbuchführung; gebräuchlich sind auch die Bezeichnungen informatisiertes, digitales oder elektronisches Grundbuch), so erfolgen die Eintragungen in das Tagebuch und in das Hauptbuch des Grundbuchs gleichzeitig; vgl. Art. 949a ZGB sowie Art. 8 und Art. 14 GBV; dazu FASEL (Fn. 5), N 5 zu Art. 8 GBV und N 12 zu Art. 123 GBV, sowie SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1537; zum elektronischen Geschäftsverkehr mit dem Grundbuchamt vgl. PFÄFFLI (Fn. 37), S. 525 ff.

⁴² Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1099, Nr. 1538 ff. und Nr. 1594 f.; SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 234.

B) *Retrospektiv: Berücksichtigung früherer Tagebucheintragungen*

Was für die Fristwahrung in der Regel eine für den Bauunternehmer bequeme Erleichterung ist, kann häufig auch eine Erschwerung zulasten des baupfandberechtigten Bauunternehmers bzw. seines Rechtsanwalts sein, weil retrospektiv Tagebucheintragungen zu berücksichtigen sind, die früher erfolgt sind und die Gestaltung des Gesuchs (Art. 252 ZPO) zwingend beeinflussen. Die Erschwerungen lassen sich unter die Stichworte *Informationsbeschaffung* und *Überraschungen* subsumieren.

aa) Informationsbeschaffung

Das belastbare Grundstück bzw. die belastbaren Grundstücke (z. B. Stockwerkmitteigentumsanteile) sind aufgrund der aktuellen Rechtslage des Grundbuchs vom baupfandberechtigten Bauunternehmer bzw. von dessen Rechtsanwalt sorgfältig zu ermitteln, ebenso der oder die aktuellen Eigentümer des oder der Baugrundstücke. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht der Anspruch auf die Eintragung eines Baupfandrechts an einem genau bestimmten Grundstück, nämlich dem Baugrundstück, und richtet sich gegen den oder gegen die jeweiligen Eigentümer dieses Grundstücks, die nicht die Schuldner des Bauunternehmers sein müssen und deshalb häufig potenzielle Drittpfandeigentümer sind.

Die erforderlichen Informationen vermittelt das Grundbuch. Ohne Interessennachweis ist jede Person berechtigt, Auskunft über folgende Daten des Hauptbuchs zu erhalten: die Bezeichnung des Grundstücks und die Grundstücksbeschreibung; den Namen und die Identifikation des Eigentümers oder der Eigentümerin; die Eigentumsform und das Erwerbsdatum (Art. 970 Abs. 2 ZGB; Art. 26 Abs. 1 lit. a GBV) sowie die Dienstbarkeiten, Grundlasten und Anmerkungen, diese mit vier Ausnahmen (Art. 26 Abs. 1 lit. b und lit. c GBV gestützt auf Art. 970 Abs. 3 ZGB). Die Kantone können die ohne Interessennachweis einsehbaren Daten des Hauptbuchs im Internet öffentlich zugänglich machen, was elektronische Auskünfte und Einsichtnahme ermöglicht (Art. 27 Abs. 1 GBV). «Aufgrund besonderer Vereinbarungen⁴³ kann im Anwaltsregister eingetragenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten Zugang zu den Daten des Hauptbuchs, des Tagebuchs und der Hilfsregister, die sie zur Ausübung des Berufs benötigen, gewährt werden, ohne dass sie im Einzelfall ein Interesse glaubhaft machen müssen» (Art. 28 Abs. 1 lit. c GBV).

Transparenz schafft Art. 31 Abs. 4 lit. e GBV, wonach in einem Grundbuchauszug auf Anmeldungen, die im Tagebuch, aber noch nicht im Hauptbuch eingetragen sind, hinzuweisen ist, also z. B. auf einen erst angemeldeten, aber noch nicht im Hauptbuch des Grundbuchs eingetragenen Kaufvertrag über einen Stockwerkmitteigentumsanteil. Diese Transparenz rechtfertigt den Ausschluss der «Einwendung, dass jemand eine Grundbucheintragung nicht gekannt habe» (Art. 970 Abs. 4 ZGB).⁴⁴

Die erforderlichen Informationsquellen fliessen und sind dazu bestimmt, ausgeschöpft zu werden. Im Formu-

lar «Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts», das vom Bundesamt für Justiz im Sommer 2011 in allen drei Amtssprachen erlassen worden ist, wird ein «aktueller Grundbuchauszug» als eine der Gesuchsbeilagen vorgeschlagen.⁴⁵ Bei drohendem Ablauf der Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 bzw. Abs. 5 ZGB ist die beantragte vorläufige Eintragung eines Baupfandrechts trotz eines fehlenden oder veralteten Grundbuchauszugs vom Gericht superprovisorisch anzuordnen, worauf es Aufgabe des Grundbuchverwalters ist, bei fehlender (totaler oder alleiniger) Passivlegitimation der belangten Partei die gerichtliche Anmeldung unverzüglich abzuweisen (Art. 87 Abs. 1 GBV in Verbindung mit Art. 84 Abs. 1 und Art. 85 GBV); darauf hat das Gericht seinerseits in seinem Endentscheid das Gesuch mangels (totaler oder alleiniger) Passivlegitimation abzuweisen, selbst wenn inzwischen die Eintragsfrist des Art. 839 Abs. 2 bzw. Abs. 5 ZGB abgelaufen ist. Der Rechtsanwalt, der ohne aktuellen Grundbuchauszug und ohne Zeitreserve für ein zweites Eintragsverfahren (beim Gericht und beim Grundbuchamt) ein Gesuch einreicht, kann deswegen dem Bauunternehmer für den dadurch verschuldeten Rechtsverlust schadenersatzpflichtig werden. In dem vom Bundesgericht am 12.11.2013 beurteilten Fall (betreffend Ausstand) legte der Rechtsanwalt der Bauunternehmung seinem Gesuch vom 11.8.2012 keinen Grundbuchauszug bei, sondern behauptete zu Unrecht, die Bauherrin sei die einzige Grundeigentümerin des Baugrundstücks, was zu einer Abweisung der gerichtlichen Anordnung der vorläufigen Eintragung eines Baupfandrechts durch das Grundbuchamt geführt hätte, wenn das Kantonsgericht Schaffhausen nicht durch seine unzulässige Parteinahme zugunsten der Bauunternehmung das mangelhafte Gesuch «gerettet» hätte.⁴⁶

bb) Überraschungen

Retrospektiv muss sich letztlich weder der baupfandberechtigte Bauunternehmer noch das Gericht, das die vorläufige Eintragung eines Baupfandrechts (meistens superprovisorisch) anordnet, sondern der Grundbuchverwalter verhalten. Nach einem weiteren fundamentalen Grundsatz der Grundbuchführung muss ein beim

⁴³ Derartige Vereinbarungen können nur von den einzelnen Kantonen abgeschlossen werden, da sie die Datenhoheit über das Grundbuch besitzen. Es gibt Kantone, die bis auf Weiteres keine solchen Vereinbarungen abschliessen werden, da ihnen das EDV-Grundbuch noch fehlt. Zu diesen Kantonen gehört zum grossen Erstaunen auch Zürich, der bevölkerungsreichste Kanton der Schweiz (vgl. DOMINIQUE STREBEL, Arbeiten wie im Mittelalter. 90 Minuten für einen Grundbucheintrag: In den 44 Notariaten des Kantons Zürich wird noch von Hand geschrieben, in: Der schweizerische Beobachter, 86. Jahrgang, Ausgabe 7/2012 vom 30. März 2012, S. 12 f.).

⁴⁴ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1537, dort jedoch noch mit Verweisung auf die alte, bis 31.12.2011 geltende GBV vom 22.2.1910.

⁴⁵ Zu diesem Gesuchsformular vgl. SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 585 und S. 247 (Abdruck des Gesuchsformulars als Anhang 2).

⁴⁶ Zum Bundesgerichtsurteil vom 12.11.2013 vgl. Fn. 19 hiervor.

Grundbuchamt angemeldetes Geschäft im *Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung*, d.h. im Zeitpunkt des im Tagebuch protokollierten Eingangs seiner Anmeldung beim Grundbuchamt (Art. 948 Abs. 1 ZGB; Art. 2 lit. e GBV), sämtliche Eintragungsvoraussetzungen erfüllen. Art. 87 Abs. 1 GBV konkretisiert Art. 966 Abs. 1 ZGB wie folgt: «Sind die Voraussetzungen für die Eintragung in das Hauptbuch nicht erfüllt, so weist das Grundbuchamt den Antrag ab.»⁴⁷

Da auch Vormerkungen (Art. 77 GBV) im Hauptbuch des Grundbuchs einzutragen sind, hat der Grundbuchverwalter eine gerichtliche Anordnung der vorläufigen Grundbucheintragung (Vormerkung) eines Baupfandrechts abzuweisen, falls die Anordnung im Zeitpunkt ihres Eingangs beim Grundbuchamt nicht alle Anmeldebedingungen der definitiven Grundbucheintragung erfüllt (Art. 77 Abs. 1 und Abs. 3 GBV). Die Abweisung erfolgt unabhängig davon, ob das Fehlen von einer oder von mehreren Eintragungsvoraussetzungen auf ein fehlerhaftes Gesuch oder auf eine mangelhafte gerichtliche Anordnung (Anmeldung) oder auf ein Rechtsgeschäft zurückzuführen ist, das erst nach dem Gerichtsentscheid, aber noch vor dessen Eingang beim Grundbuchamt angemeldet worden ist. Es ist möglich, dass ein neues Rechtsgeschäft, das den Vollzug der gerichtlichen Anordnung verhindert, erst einen Tag oder bloss eine Stunde vor dem (eventuell vorerst bloss formlosen, z.B. telefonischen oder elektronischen; Art. 48 Abs. 2 lit. b GBV) Empfang der gerichtlichen Anordnung (Anmeldung) der vorläufigen Eintragung eines Baupfandrechts dem Grundbuchamt angemeldet worden ist. Das neue Geschäft, das die Eintragung eines Baupfandrechts zu verhindern vermag, kann beispielsweise sein: ein Eigentümerwechsel zufolge Verkaufs des Baugrundstücks, das ein Stockwerkmiteigentumsanteil sein kann,⁴⁸ oder die Ausgestaltung einer Liegenschaft zu Stockwerkeigentum mit der hypothekarischen Belastung von einem oder von mehreren Stockwerkmiteigentumsanteilen, worauf zufolge Art. 648 Abs. 3 ZGB die ehemalige Liegenschaft, die nun zum Stammgrundstück mutiert ist, nicht mehr mit Baupfandrechten belastet werden kann.⁴⁹ Solche Überraschungen lassen sich nicht zum Vornherein ausschliessen. Sie rufen nach den folgenden präventiven Vorkehrungen der Bauunternehmer, die insbesondere von deren Rechtsanwältinnen zu empfehlen und anzuwenden sind, um den Rechtsverlust zufolge Ablaufs der Eintragsfrist (Verwirkungsfrist) des Art. 839 Abs. 2 ZGB zu vermeiden:

- Auf früher eingeholte Grundbuchauszüge und dergl. sowie auf die Angaben über den bzw. die Grundeigentümer (z.B. in einem Bauwerkvertrag) darf nicht abgestellt werden. Der Rechtsvertreter des Bauunternehmers, des potenziellen Baupfandgläubigers, muss dessen Angaben über die Identität des oder der Grundeigentümer und über Lage, Rechtsform usw. des Baugrundstücks in eigener Verantwortung überprüfen und allenfalls korrigieren. Dies erfolgt am besten durch einen beglaubigten Grundbuchauszug (Art. 970 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB; Art. 26–32 GBV), der möglichst kurz vor Einrei-

chung des Gesuchs um die gerichtliche superprovisorische Anordnung der vorläufigen Grundbucheintragung des beantragten Baupfandrechts eingeholt und dem Gesuch beigelegt wird.⁵⁰

- Unmittelbar vor Einreichung des Gesuchs (Art. 252 ZPO) ist das Grundbuchamt anzufragen, ob seit dem Erstellen des Grundbuchauszugs Geschäfte angemeldet worden seien, die das Gesuch beeinflussen könnten. Diese Kontrolle kann auch im Internet durchgeführt werden, falls die einschlägigen Daten im Internet abrufbar sind.
- Die Einreichung des Gesuchs darf auf keinen Fall bis «fünf Minuten vor zwölf» hinausgezögert werden. Da die Eintragsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB nur durch die fristgerechte Grundbucheintragung, jedoch nicht bereits mit dem Versand des Gesuchs an das Gericht und nicht einmal durch den begehrten Gerichtsentscheid gewahrt werden kann, ist ohnehin eine Zeitreserve für die Dauer des summarischen Verfahrens bis zum Eintreffen der gerichtlichen Anordnung (Anmeldung) beim Grundbuchamt einzurechnen.⁵¹ *Diese Zeitreserve ist nun erheblich auszudehnen*, sodass für den Fall einer Abweisung der gerichtlichen Anordnung der Grundbucheintragung des beantragten Baupfandrechts (z. B. wegen eines inzwischen angemeldeten Eigentümerwechsels) genügend Zeit für die Wiederholung des ersten Verfahrens (neues Gesuch und neuer Gerichtsentscheid bis zu dessen Eingang beim Grundbuchamt) noch vor Ablauf der Eintragsfrist (Verwirkungsfrist) des Art. 839 Abs. 2 ZGB zur Verfügung stehen muss.
- Zwecks Beschleunigung kann das Gesuch (Art. 252 ZPO) mit den beigelegten Urkunden (Art. 254 Abs. 1 ZPO) dem Gericht persönlich oder durch Kurier überbracht oder elektronisch übermittelt werden (Art. 130 ZPO); zusätzlich kann dem Gericht beantragt werden, die superprovisorische Anordnung der vorläufigen Grundbucheintragung des beantragten Baupfandrechts dem Grundbuchamt zuerst formlos (z. B. telefonisch) anzumelden (Art. 48 Abs. 1 GBV) und darauf die schriftliche Anmeldung (in Papierform oder in elektronischer Form; Art. 3 Abs. 1 lit. d Ziff. 2 und Abs. 2 GBV sowie Art. 40 GBV) dem Grundbuchamt unverzüglich nachzureichen (Art. 48 Abs. 4 GBV).

⁴⁷ Vgl. PFÄFFLI (Fn. 37), S. 514 mit Verweisung auf FRANZ JENNY, Das Legalitätsprinzip im schweizerischen Grundbuchrecht, ZBGR 1930, S. 198; FASEL (Fn. 5), N 6 zu Art. 87 GBV; SCHUMACHER (Fn. 11), ZBGR 2014, S. 27 f.

⁴⁸ Vgl. PFÄFFLI (Fn. 37), S. 522 mit zahlreichen Hinweisen in Fn. 43; SCHUMACHER (Fn. 2), S. 85.

⁴⁹ Zu Art. 648 Abs. 3 ZGB, der zwar zu den Normen über das gewöhnliche Miteigentum gehört, jedoch auch im Stockwerkeigentumsrecht zwingend anwendbar ist, vgl. SCHUMACHER (Fn. 2), S. 76 f. und S. 91 ff., mit zahlreichen Hinweisen, sowie Ziff. II/2 lit. b hiernach.

⁵⁰ Zu dem vom Bundesamt für Justiz vorgeschlagenen Gesuchformular, in welchem ein aktueller Grundbuchauszug als Gesuchsbeilage vorgeschlagen wird, vgl. Fn. 44 hiervor.

⁵¹ Vgl. Ziff. II/1 lit. a Abs. 3 a. E. hiervor.

- Es kann eine gewisse Zeit dauern, bis eine allfällige Abweisungsverfügung des Grundbuchverwalters beim anmeldenden Gericht eintrifft und der Rechtsanwalt der Bauunternehmung die entsprechende Mitteilung (Weiterleitung der Abweisung) des Gerichts erhält. Um diesen Zeitverlust zu reduzieren, ist dem Rechtsanwalt der Bauunternehmung eine unverzügliche Rückfrage beim Grundbuchamt zu empfehlen, um vorzeitig zu erfahren, ob die beantragte Vormerkung (vorläufige Grundbucheintragung des nachgesuchten Baupfandrechts) im Grundbuch erfolgt sei oder nicht, um im Falle einer Abweisung (z. B. mangels Passivlegitimation nach Verkauf des Baugrundstücks) sofort ein neues Gesuch (z. B. gegen die Ehegatten als Käufer eines Stockwerkmitigentumsanteils als notwendige Streitgenossenschaft; Art. 70 ZPO) stellen zu können und um damit die Eintragsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB zu «retten», d. h., doch noch zu wahren.

2. Identifikation des bzw. der Pfandobjekte

A) Identifikation des physischen Grundstücks

Bei der Identifikation des oder der Pfandobjekte ist in einem ersten Schritt das physische Grundstück auffindig zu machen, mit dessen Erdboden die Ergebnisse der baupfandberechtigten Arbeiten (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) unmittelbar oder mittelbar verbunden worden sind.⁵² Eine unterlassene oder irrtümliche Identifikation kann zur Anwaltshaftung führen.⁵³

B) Identifikation des bzw. der juristischen Grundstücke

Es ist zwischen dem physischen und dem rechtlichen Grundstück zu differenzieren, jedoch in jedem Einzelfall die konkrete Interdependenz zwischen dem physischen und dem rechtlichen Grundstück zu evaluieren.⁵⁴ Pfandsache kann nur ein Grundstück im rechtlichen Sinn, d. h. ein im Grundbuch eingetragenes und damit rechtsverkehrsfähiges Grundstück, sein, da auch das Baupfandrecht (eine Erscheinungsform der Grundpfandverschreibung) wie jedes andere Grundpfandrecht nur durch Eintragung im Grundbuch begründet werden kann. In einem zweiten Schritt ist nach der Identifikation des physischen Grundstücks das im Grundbuch eingetragene Grundstück, dessen Wert durch die konkreten Bauarbeiten vermehrt worden ist bzw. hätte vermehrt werden können, in der zutreffenden Eigentumsform zu identifizieren. Gegebenenfalls kann der Wert mehrerer Grundstücke vermehrt worden sein.⁵⁵

Das Gesetz (Immobiliarsachenrecht) unterscheidet zwischen verschiedenen rechtsverkehrsfähigen *Grundstücksarten* (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1-4 ZGB und Art. 943 Abs. 1 Ziff. 1-4 ZGB) und unterschiedlichen *Beteiligungformen*, nämlich Alleineigentum einerseits und gemeinschaftliches Eigentum andererseits, das entweder Gesamteigentum oder Miteigentum (gewöhnliches Miteigentum oder Stockwerkeigentum) sein kann. Diese gesetzlichen Variablen steigern die Komplexität bei der Begründung von Baupfandrechten. Diese Komplexität ist besonders gross zufolge der Vernetzung des Bauhandwerkerpfandrechts mit

dem Recht des *Stockwerkeigentums*, die als zwei heterogene Teilgebiete der Rechtsordnung nicht aufeinander abgestimmt sind.⁵⁶ Die folgenden stichwortartigen Hinweise sollen für zwei besonders heikle Problemfelder sensibilisieren:

- Art. 648 Abs. 3 ZGB gehört zwar zu den Normen über das gewöhnliche Miteigentum, ist aber auch im Stockwerkeigentumsrecht anwendbar. Diese Bestimmung verbietet die Belastung des Stammgrundstücks, sobald nur ein einziger gewöhnlicher Miteigentumsanteil oder Stockwerkmitigentumsanteil mit einem Grundpfandrecht oder mit einer Grundlast belastet worden ist. Ist ein Grundstück zu Stockwerkeigentum ausgestaltet worden, wird im statistischen Normalfall gleichzeitig oder spätestens vor Baubeginn mindestens ein Stockwerkmitigentumsanteil (häufig als «Eigentumswohnung» bezeichnet) mit einer Grundpfandverschreibung oder einem Schuldbrief zwecks Sicherstellung eines Baukredits belastet; von diesem Zeitpunkt an können nur noch die einzelnen Stockwerkmitigentumsanteile (gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB fingierte rechtliche und rechtsverkehrsfähige Grundstücke) und nicht mehr das Stammgrundstück mit Baupfandrechten belastet werden.⁵⁷
- Sind einzelne Stockwerkmitigentumsanteile zu belasten (nach freier Wahl des Bauunternehmers oder fast immer wegen des durch Art. 648 Abs. 3 ZGB ausgeübten Zwangs), ist der baupfandberechtigte Vergütungsanspruch des Bauunternehmers in Teilpfandsummen aufzuteilen und sind diese den einzelnen Stockwerkmitigentumsanteilen zuzuteilen, d. h., diesen zu belasten. Da die Stockwerkeigentümer unter sich nicht solidarisch haften, ist ein Gesamtpfandrecht unzulässig. Das Gesetz enthält keine Verteilungsregeln. Die Berechnung der Teilpfandsummen ist heikel. Zuzufolge unterschiedlicher Meinungen (Kontroversen) in Lehre und Rechtsprechung herrscht erhebliche Rechtsunsicherheit bezüglich der zulässigen Methoden zur Bemessung der Teilpfandsummen.⁵⁸ Zudem steht oft die endgültige Höhe des baupfandberechtigten Vergütungsanspruchs des Bauunternehmers vor Ablauf der viermonatigen Eintragsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB noch nicht fest. Gemäss Art. 794 Abs. 1 ZGB ist bei der Grundbucheintragung jedes Grundpfandrechts «ein bestimmter Betrag der Forderung in Landesmünze anzugeben.» Unter

⁵² Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 406 f. und Nr. 605.

⁵³ Vgl. die Hinweise in Fn. 17 hiervor.

⁵⁴ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 600 ff. zur Terminologie, zum rechtlichen Begriff des Grundstücks und zur Interdependenz zwischen dem physischen und dem rechtlichen Grundstück.

⁵⁵ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 606, zudem Nr. 593 f. und Nr. 725 ff. betreffend baupfandberechtigte Bauarbeiten für mehrere Grundstücke.

⁵⁶ Vgl. Ziff. I/1 lit. b hiervor: «Potenzierte Komplexität zufolge Vernetzung heterogener Teilgebiete».

⁵⁷ Vgl. ausführlicher SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 774 ff., und SCHUMACHER (Fn. 2), S. 91 f.

⁵⁸ Vgl. ausführlicher SCHUMACHER (Fn. 2), S. 92 ff. mit zahlreichen Verweisungen, auch auf SCHUMACHER (Fn. 17).

«Landesmünze» ist gemäss den Texten des Art. 794 Abs. 1 ZGB in französischer und italienischer Sprache («en monnaie suisse» bzw. «in moneta svizzera») die Landeswährung der Schweiz zu verstehen. Nach Ablauf der Eintragsfrist (Verwirkungsfrist) des Art. 839 Abs. 2 ZGB können die Teilpfandsummen zwar noch herabgesetzt, aber nicht mehr erhöht werden. Deshalb darf der Bauunternehmer, der fast immer unter dem Zeitdruck der Eintragsfrist die (vorläufigen) Teilpfandsummen bestimmen muss, jede einzelne Teilpfandsumme um eine *Sicherheitsmarge* erhöhen. Häufig dürfte ein Sicherheitszuschlag in der Grössenordnung von 10 bis 20% ausreichen. Später sind die endgültigen Teilpfandsummen festzulegen, wenn möglich bereits im summarischen Verfahren, spätestens im Hauptprozess um die definitiven Grundbucheintragungen der Baupfandrechte.⁵⁹

- Besonders schwierig ist die Evaluation der belastbaren Pfandobjekte und der Teilpfandsummen zwischen den Stockwerkmitteigentumsanteilen und den Autoeinstellplätzen. Besondere Sorgfalt erfordert zuerst die Abklärung der rechtlichen Ausgestaltung der Autoabstellplätze, wofür unterschiedliche rechtliche Variablen bestehen, so als selbstständige oder unselbstständige Grundstücke, auch als Personaldienstbarkeiten. Danach sind erst die Teilpfandsummen zu berechnen.⁶⁰

3. Eintragsfrist (Art. 839 Abs. 3 ZPO)

Zwar wurde die Eintragsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB durch die am 1.1.2012 in Kraft getretene Gesetzesrevision um einen Monat auf vier Monate verlängert.⁶¹ Nach wie vor ist sie eine Verwirkungsfrist,⁶² und nach wie vor sind verschiedene Streitfragen betreffend den Fristbeginn ungelöst, was andauernd erhebliche Rechtsunsicherheit schafft. Zwei ausgewählte Schwerpunkte:

A) Arbeitsvollendung als Fristbeginn

Der Begriff der «Vollendung der Arbeit» (Art. 839 Abs. 2 ZGB) wurde bzw. wird vom Bundesgericht teils restriktiv und teils extensiv definiert.⁶³ Anlässlich der am 1.1.2012 in Kraft getretenen Gesetzesrevision lehnte es der Gesetzgeber durch authentische Interpretation stillschweigend ab, das Gesetz im Sinne einer restriktiven oder einer extensiven Auslegung der Rechtsprechung abzuändern.⁶⁴ Aus diesem und weiteren Gründen⁶⁵ sollten sich Rechtsprechung und Lehre an den eindeutigen und damit klaren Begriff der Arbeitsvollendung halten. Gemäss dem (unveränderten) Art. 839 Abs. 2 ZGB beginnt die viermonatige Eintragsfrist am Tag nach der letzten objektspezifischen physischen Bauarbeit des anspruchsberechtigten Unternehmers zu laufen, unabhängig davon, ob diese letzte Bauarbeit für das von ihm geschuldete Teilwerk oder für das ganze Bauwerk unerlässlich war oder nicht, und auch unabhängig davon, ob der Bauunternehmer damit seinen Vertrag (meistens einen Werkvertrag) vollständig erfüllt hat oder nicht.⁶⁶ Der Bauunternehmer und sein Rechtsanwalt dürfen jedoch keine unnötigen, leicht vermeidbaren Risiken eingehen. Beide haben bis auf Weiteres der rest-

riktiven Auslegungspraxis des Bundesgerichts Rechnung zu tragen und deshalb das Gesuch (Art. 252 ZPO) derart rechtzeitig einzureichen, dass die viermonatige Eintragsfrist (Art. 839 Abs. 2 ZGB) auch dann gewahrt wird, falls das Gericht restriktiv nur die letzte funktional notwendige Bauarbeit als fristauslösendes Ereignis qualifizieren sollte.⁶⁷

B) Unterschiedliche Eintragsfristen für die Belastung von Stockwerkmitteigentumsanteilen

Im statistischen Normalfall hat der baupfandberechtigte Bauunternehmer, selbst wenn er einen einheitlichen Bauwerkvertrag über alle Gebäudeteile, Anlagen und Einrichtungen abgeschlossen hat, nicht nur seine unbezahlte Vergütungsforderung in Teilpfandsummen zwecks Belastung der einzelnen Stockwerkmitteigentumsanteile zu splitten,⁶⁸ sondern auch unterschiedliche Endtermine der (je viermonatigen) Eintragsfristen für die einzelnen Stockwerkmitteigentumsanteile auszurechnen und zu wahren. Zudem ist nicht nur möglich, dass diese Eintragsfristen für die verschiedenen Stockwerkmitteigentumsanteile an verschiedenen Tagen ablaufen, sondern auch, dass ein Baupfandanspruch für einen einzelnen Stockwerkmitteigentumsanteil zwei oder mehreren (getrennten) Fristenläufen mit gestaffelten Endterminen unterliegt, beispielsweise je einem (getrennten) Endtermin für die Bauarbeiten für gemeinschaftlich genutzte Gebäudeteile und Einrichtungen einerseits sowie für die Bauarbeiten für die im Sonderrecht des betreffenden Stockwerkeigentümers stehenden Räume andererseits. Trotz dieser verwirrenden rechtlichen Komplexität, die ausnahmslos die Berücksichtigung der konkreten Umstände jedes Einzelfalls erfordert, können einige Faustregeln als Leitlinien für den praktischen Alltag empfohlen werden.⁶⁹ Die «Schmerzgrenze» der Komplexität wird deutlich über-

⁵⁹ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 2), S. 96 Abs. 2 mit den Hinweisen in Fn. 102.

⁶⁰ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 2), S. 96 ff. mit zahlreichen Hinweisen, dazu insbesondere: ROLAND PFÄFFLI, Die Zuweisung von Autoeinstellplätzen und deren Sicherstellung im Grundbuch, in: Peter Ruf/Roland Pfäffli (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 371 ff.; ROLAND PFÄFFLI, Einzelfragen zum Stockwerkeigentum aus der Sicht der praktischen Grundbuchführung, in: Amédéo Wermelinger (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2013, Bern 2013, S. 35 ff., insbesondere S. 38 ff.: «Die Zuweisung von Autoeinstellplätzen».

⁶¹ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 231 ff.

⁶² Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1092.

⁶³ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), 1102 ff. bzw. Nr. 1106; SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 236 bzw. Nr. 238.

⁶⁴ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 239.

⁶⁵ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 241 ff.; (Fn. 17), Nr. 1108 ff.

⁶⁶ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 240; SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1107.

⁶⁷ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1115 mit der Empfehlung der gegenläufigen Defensivstrategie an die Adresse des Grundeigentümers und von dessen Rechtsanwalt.

⁶⁸ Vgl. Ziff. II/2 lit. b zweitletzter und letzter Absatz hiavor.

⁶⁹ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 2), S. 101 ff. mit Hinweisen u. a. auf SCHUMACHER (Fn. 8) und SCHUMACHER (Fn. 17).

schritten, wenn beim sog. «kombinierten Stockwerkeigentum», einer m. E. gesetzeswidrigen Hypertrophie des Stockwerkeigentums, die verschiedenen Eintragsfristen berechnet werden sollten.⁷⁰

4. Identifikation des bzw. der aktuellen Eigentümer des Baugrundstücks

Der Baupfandanspruch richtet sich gegen den bzw. gegen die aktuellen Eigentümer des Baugrundstücks, d. h. gegen diejenigen (natürlichen und/oder juristischen) Personen, die im Zeitpunkt des Eingangs der gerichtlichen Anordnung (Anmeldung) der vorläufigen Grundbucheintragung von Baupfandrechten im Grundbuch als Grundeigentümer eingetragen sind (evtl. erst im Tagebuch), unabhängig davon, ob sie die Schuldner der baupfandberechtigten Vergütungsforderung sind oder nicht. Im zweiten Fall sind sie potenzielle Drittpfandeigentümer.⁷¹ Dieses Problemfeld hängt eng mit der prozessrechtlichen Passivlegitimation zusammen, weshalb dort einige praxisnahe Anmerkungen dazu erfolgen werden.⁷²

5. Zustimmung des Grundeigentümers

Durch die am 1.1.2012 in Kraft getretene Gesetzesrevision wurde Art. 837 ZGB durch den folgenden neuen Abs. 2 ergänzt: «Ist ein Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechnete Person Schuldner von Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, so besteht der Anspruch nur, wenn der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat.»⁷³ Vor Verfahrensbeginn ist deshalb abzuklären, ob die Person, welche die Bauarbeiten bestellt hat, zu einer der in Art. 837 Abs. 2 ZGB genannten Bestellerkategorien gehörte und, wenn ja, ob der Grundeigentümer seine Zustimmung zur Ausführung der (potenziell) baupfandberechtigten Bauarbeiten erteilt hat.

Diese Zustimmungsbedürftigkeit ist allerdings keine Komplexitätsfalle, in welche der Bauunternehmer tief «stürzen» kann. Das Gesetz schreibt für die Zustimmung des Grundeigentümers keine besondere Form vor.⁷⁴ Unerlaubte Bauarbeiten sind sehr selten. Sie sind meistens offensichtlich und schon deshalb erlaubt, weil der Grundeigentümer gegen die fraglichen Bauarbeiten, um die er wusste oder bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte wissen müssen, nicht eingeschritten ist und damit seine Zustimmung mindestens stillschweigend bzw. durch sein Verhalten konkludent erteilt hat.⁷⁵ Gleichwohl gehört die Abklärung, ob eine Zustimmung des Grundeigentümers erforderlich war und beweisbar vorliegt, zur sorgfältigen Vorbereitung jedes Eintragsverfahrens gegen einen potenziellen Drittpfandeigentümer.

6. Identifizierung eines Baugrundstücks im «Verwaltungsvermögen»

Zufolge der Gesetzesrevision, die auf den 1.1.2012 in Kraft gesetzt worden ist,⁷⁶ kann der Eigentümer eines Baugrundstücks «im Verwaltungsvermögen» nach Massgabe der neuen Abs. 4–6 des Art. 839 ZGB «nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft» (Art. 495 OR) aus-

servertraglich haften, «sofern die Forderung ihm [dem Grundeigentümer] gegenüber spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeit schriftlich unter Hinweis auf die gesetzliche Bürgschaft geltend gemacht worden war» (Art. 839 Abs. 4 ZGB).⁷⁷ Eine der drei Tatbestandsvoraussetzungen⁷⁸ dieser Ersatzhaftung wegen Unpfändbarkeit des Baugrundstücks aus öffentlichem Recht ist die Rechtsqualifikation, wonach es sich beim Baugrundstück «um Verwaltungsvermögen» handelt, das deshalb unpfändbar ist. Das Wort «Verwaltungsvermögen» im Sinne des Art. 839 Abs. 4–6 ZGB ist unscharf und deshalb stark auslegungsbedürftig. Es muss in einem weiten Sinn ausgelegt und verstanden werden.⁷⁹ Die allgemeine Rechtsunsicherheit, die jeder Gesetzesauslegung mehr oder weniger immanent ist, kann im Einzelfall durch die individuelle Rechtsunsicherheit gesteigert werden, ob das konkrete Baugrundstück die Kriterien des ausgelegten Begriffs des «Verwaltungsvermögens» im Sinne des Art. 839 Abs. 4–6 ZGB erfüllt oder nicht erfüllt. Das Gesetz berücksichtigt selber die Möglichkeit, dass die Frage, «ob es sich um ein Grundstück im Verwaltungsvermögen handelt», strittig ist (Art. 839 Abs. 5 ZGB) und dass diese Frage allenfalls erst «aufgrund eines Urteils» beantwortet wird (Art. 839 Abs. 6 ZGB). Der Bauunternehmer ist meistens nicht in der Lage, unter dem Zeitdruck der Fristen (Art. 839 Abs. 4 und Abs. 5 ZGB) diese Rechtsfrage zuverlässig und damit risikolos zu beurteilen. In einer solchen Situation befährt der Bauunternehmer mit Vorteil, nämlich zu seiner Rechtssicherheit, die «Doppelspur», indem er sowohl das Bürgschaftsbegehren nach Massgabe des Art. 839 Abs. 4 ZGB als auch das auf Art. 839 Abs. 5 ZGB gestützte Gesuch um die gerichtliche Anordnung der vorläufigen Eintragung eines Baupfandrechts im Grundbuch stellt. In Bezug auf die Wahrung dieser beiden Fristen ist Folgendes zu beachten:

70 Vgl. SCHUMACHER (Fn. 2), S. 103 f. mit Hinweisen.

71 Vgl. SCHUMACHER (Fn. 2), S. 81 ff. mit zahlreichen Hinweisen; SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 852 ff.; RAINER SCHUMACHER, Schützt «guter Glaube» vor dem Bauhandwerkerpfandrecht? ZSR 2013, Bd. I, S. 539 ff.

72 Vgl. III/2 hiernach.

73 Zu dieser Ergänzung des Art. 837 ZGB durch das Bundesgesetz über die Änderung des ZGB (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 11. 12. 2009, in Kraft ab 1. 1. 2012, vgl. ausführlich SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 180 ff.: «E. Kreis der Besteller baupfandberechtigter Leistungen».

74 Vgl. SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 221 ff.

75 Vgl. SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 213 und Nr. 222.

76 Gemäss Bundesgesetz über die Änderung des ZGB (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 11. 12. 2009, in Kraft seit 1. 1. 2012.

77 Zum Ganzen vgl. z. B. SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 268 ff.: «G. Haftung des Eigentümers eines Baugrundstücks im Verwaltungsvermögen».

78 Vgl. SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 278 ff., insbesondere Nr. 279.

79 Vgl. RAINER SCHUMACHER, Begriff des Verwaltungsvermögens (Art. 839 Abs. 4–6 ZGB), Besprechung des Urteils 5A_348/2012 des Bundesgerichts vom 15. 8. 2012 (teilweise publiziert in SZPP 2012, S. 467 f.), BR 2012, Nr. 405, S. 232 ff.; SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 296 ff.

- Die schriftliche Erklärung, in welcher der Bauunternehmer den Grundeigentümer «unter Hinweis auf die gesetzliche Bürgschaft» als einfachen Bürgen haftbar macht, muss spätestens «vier Monate nach der Vollen- dung der Arbeit» beim Grundeigentümer eintreffen (Zugangsprinzip).⁸⁰ Der Versand des Bürgschaftsbegehrens wahrt die viermonatige Erklärungsfrist noch nicht.
- Das auf Art. 839 Abs. 5 ZGB gestellte Begehren um die gerichtliche Anordnung der vorläufigen Eintragung eines Baupfandrechts im Grundbuch ist derartig rechtzeitig zu stellen, dass die vorläufige Eintragung (mindestens im Tagebuch des Grundbuchs) noch innerhalb der Eintragsfrist von vier Monaten ab Arbeitsvollendung erfolgen kann. Zwar lautet Art. 839 Abs. 5 ZGB dahin gehend, der Bauunternehmer könne bei strittiger Rechtslage «bis spätestens vier Monate nach Vollen- dung seiner Arbeit eine vorläufige Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch verlangen» («requérir» bzw. «chiedere»). Dieser Wortlaut ist falsch und beruht auf einer terminologischen Sorglosigkeit des Gesetzgebers, wie sich aus verschiedenen Argumenten der Auslegung ergibt.⁸¹ Ausschlaggebend ist der letzte Satz des Art. 839 Abs. 6 ZGB: «Die Frist gilt mit der vorläufigen Eintragung des Pfandrechts als gewahrt.» Diese Formulierung steht in der systematischen Einheit mit Art. 839 Abs. 2 ZGB.

III. Prozessrechtliche Komplexitätsfallen

1. Zur Vernetzung mit der ZPO im Allgemeinen

Für die Errichtung jedes einzelnen Baupfandrechts ist nach dem fundamentalen absoluten Eintragsprinzip das Anmeldeprinzip ein ebenso tragender Eckpfeiler des Grundbuchsrechts. Im statistischen Normalfall wird ein neues Baupfandrecht von einer Gerichtsbehörde anstelle des betroffenen Eigentümers des Baugrundstücks dem Grundbuchverwalter zur Eintragung im Grundbuch angemeldet. Das Gericht darf nur im Rahmen eines Zivilprozesses derart über das Baugrundstück verfügen. Die Verfahren, die zur gerichtlichen Anmeldung eines neuen Baupfandrechts führen können, werden vom Zivilprozessrecht normiert, seit dem 1.1.2012 für das Gebiet der ganzen Schweiz einheitlich durch die ZPO. Das Bauhandwerkerpfandrecht ist seither erst recht sehr eng mit dem Zivilprozessrecht vernetzt.⁸² Im Folgenden werden einige wenige Besonderheiten hervorgehoben.

2. Passivlegitimation im Eintragsverfahren

Der Rechtsanspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht, d. h. auf die Eintragung eines Baupfandrechts im Grund-

buch, richtet sich gegen den bzw. die aktuellen Eigentü- mer des Baugrundstücks, genauer: gegen die (natürlichen und/oder juristischen) Personen, die im Augenblick des Eingangs der gerichtlichen Anordnung (Anmeldung) der vorläufigen Grundbucheintragung eines neuen Baupfand- rechts im Grundbuch als Grundeigentümer eingetragen sind. Die Eintragung eines Eigentümerwechsels bloss im Tagebuch des Grundbuchs genügt dafür, dass der oder die Erwerber (z. B. Käufer) des Baugrundstücks im ge- richtlichen Eintragsverfahren ausschliesslich passiv- legitimiert sind.⁸³ Die Passivlegitimation setzt nicht vor- aus, dass der oder die Grundeigentümer die unbezahlte Vergütungsforderung dem baupfandberechtigten Bau- unternehmer schulden; in diesem Fall sind sie potenzielle Drittpfandeneigentümer. Beispielsweise ist die General- unternehmung, mit welcher der Bauunternehmer als Sub- unternehmer den Bauwerkvertrag (Subunternehmer- vertrag) abgeschlossen hat, nicht passivlegitimiert. Die Eintragungsfähigkeit jedes Baupfandrechts setzt die Identität der Personen, gegen die sich die gerichtliche Anordnung der Grundbucheintragung richtet, mit den Personen voraus, die im Augenblick des Eingangs der gerichtlichen Anordnung (Anmeldung) im Grundbuch als Eigentümer des Baugrundstücks eingetragen sind. Die Identifizierung obliegt in erster Linie dem baupfand- berechtigten Bauunternehmer und später, nämlich un- mittelbar nach Eingang der gerichtlichen Anordnung (Anmeldung) der Grundbucheintragung, dem Grundbuch- verwalter, der dabei auch erst im Tagebuch eingetragene Anmeldungen (z. B. eines Grundstückkaufvertrags) zu be- rücksichtigen und die gerichtliche Anordnung bei feh- lender oder unvollständiger (grundbuchrechtlicher) Pas- sivlegitimation abzuweisen hat, selbst wenn der dies verhindernde «brandneue» Tagebucheintrag weder dem gesuchstellenden Bauunternehmer noch dem anmeldenden Gericht bekannt sein konnte. Im Einzelnen ist dazu Folgendes anzumerken:

⁸⁰ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 322 f.

⁸¹ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 341.

⁸² Vgl. ausführlich SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 515 ff.: «Dritter Teil: Zivilprozess und Bauhandwerkerpfandrecht» mit den wichtigs- ten Abschnitten «A. Die Vernetzung des Zivilprozessrechts mit dem Bauhandwerkerpfandrecht» (Nr. 515 ff.), «B. Summarisches Verfahren» (Nr. 533 ff.) und «C. Hauptsacheverfahren» (Nr. 660 ff.).

⁸³ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 2), S. 84: «dd) Schnittstelle der Rechts- nachfolge» mit den Hinweisen in der dortigen Fussnote 69; SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 924 f., Nr. 1369 und Nr. 1468; vgl. auch Ziff. II/1 lit. a und lit. b hiervor.



www.iustec.ch

Softwarelösungen für die Advokatur und das Notariat

Mandatsverwaltung | Testamentsvollstreckung | Nachfolgeberatung | Teilungsplan

A) *Alleineigentum*

Passivlegitimiert ist die (natürliche oder juristische) Person, die im Zeitpunkt des Eingangs der gerichtlichen Anordnung der (vorläufigen oder definitiven) Eintragung eines Baupfandrechts beim Grundbuchamt als Alleineigentümerin des Baugrundstücks im Grundbuch eingetragen ist. Sie kann beispielsweise Alleineigentümerin einer Liegenschaft (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB), eines selbstständigen und dauernden im Grundbuch eingetragenen Baurechts (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB, Art. 675 ZGB und Art. 779-779I ZGB) oder eines Stockwerkmitteigentumsanteils sein (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB und Art. 712a-712t ZGB).

B) *Gemeinschaftliches Eigentum*

aa) Gesamteigentum

Die Gesamteigentümer des Baugrundstücks (Art. 652 ff. ZGB; Art. 96 Abs. 3 GBV) bilden eine notwendige passive Streitgenossenschaft (Art. 70 ZPO).⁸⁴

bb) Gewöhnliches Miteigentum

Auch gewöhnliche Miteigentümer, d.h. Personen, die ein Grundstück in gewöhnlichem Miteigentum (Art. 646-651a ZGB) besitzen, bilden eine notwendige passive Streitgenossenschaft (Art. 70 ZPO). Zwar fingiert das Gesetz jeden einzelnen Miteigentumsanteil als je ein weiteres Grundstück im rechtlichen Sinn (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB) zusätzlich zum Stammgrundstück; jeder einzelne Anteil an gewöhnlichem Miteigentum kann als besonderes Grundstück (deklarativ) im Grundbuch eingetragen werden (Art. 23 Abs. 1 lit. a, Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 5 lit. a und lit. b GBV). Jeder Anteil an einem in Miteigentum stehenden Grundstück kann gepfändet werden (Art. 646 Abs. 3 ZGB; Art. 23 Abs. 1 lit. a GBV). Sind die Miteigentumsanteile zu belasten (gemäss freier Wahl des baupfandberechtigten Bauunternehmers oder wegen des von Art. 648 Abs. 3 ZGB ausgeübten Zwanges), ist die unbezahlte Vergütungsforderung nach Massgabe der Bruchteile (Art. 646 ZGB; Art. 96 Abs. 3 GBV) in Teilpfandsummen aufzuteilen und allen einzelnen Miteigentumsanteilen zu belasten. Denn im Unterschied zum Stockwerkeigentum, das qualifiziertes Miteigentum ist, besteht beim gewöhnlichen Miteigentum keine räumliche Beziehung zwischen den Miteigentumsanteilen und den Bauarbeiten. Die Bruchteile des Miteigentums wurden «ohne äusserliche Abteilung» (Art. 646 Abs. 1 ZGB) festgelegt. Die (gewöhnlichen) Miteigentümer sind durch eine rechtliche Zwangsgemeinschaft unter sich gebunden, sodass sie eine notwendige passive Streitgenossenschaft (Art. 70 ZPO) bilden.⁸⁵ Der Rechtsanwalt, der am 11. 8. 2012 ein Gesuch um die gerichtliche Anordnung der vorläufigen Eintragung eines Baupfandrechts nur gegen eine der beiden Miteigentümerinnen des Baugrundstücks stellte und damit den ersten, wenn auch nicht einzigen Anlass zum Bundesgerichtsurteil vom 12. 11. 2013⁸⁶ gab, war nicht der erste, aber hoffentlich der letzte Rechtsanwalt, der ein aus diesem Grund mangelhaftes Gesuch einreichte.⁸⁷

cc) Stockwerkeigentum

Stockwerkeigentum (Art. 712a-712t ZGB; Art. 23 Abs. 1 lit. b, Abs. 4, Abs. 5 lit. a und lit. c GBV) ist qualifiziertes Miteigentum, das im Unterschied zum gewöhnlichen Miteigentum durch einen äusserlichen, d.h. physischen, insbesondere räumlichen Bezug charakterisiert und deshalb dem Alleineigentum stark angenähert ist.⁸⁸ Mit Bezug auf die Passivlegitimation ist wie folgt zu differenzieren:

aaa) Stockwerkeigentümer im wechselseitigen Verhältnis

Haben die Stockwerkeigentümer ihre Stockwerkmitteigentumsanteile *erworben* (was der Normalfall ist), bilden sie weder im summarischen Verfahren betreffend die vorläufige Grundbucheintragung noch im Hauptprozess (Hauptsacheverfahren) betreffend die definitive Grundbucheintragung eine notwendige Streitgenossenschaft.⁸⁹

Ist eine Stockwerkeigentümergeinschaft als *Bauherrschaft* aufgetreten, können die einzelnen Stockwerkeigentümer weder als notwendige noch als einfache Streitgenossen auf Bezahlung der Vergütungsforderungen eingeklagt werden. Passivlegitimiert ist in Forderungsprozessen nur die Stockwerkeigentümergeinschaft als alleinige Forderungsschuldnerin (Art. 712 I Abs. 2 ZGB). Dies ist jedoch ohne Einfluss auf die allfälligen Baupfandansprüche, mit welchen die Bauunternehmer ihre unbezahlten (in Teilpfandsummen aufgeteilten) Vergütungsforderungen sichern können; die Stockwerkeigentümer werden damit zu Drittpfandeigentümern. Auch in dieser Konstellation bilden die Stockwerkeigentümer keine notwendige passive Streitgenossenschaft, sondern höchstens eine einfache passive Streitgenossenschaft.⁹⁰

bbb) Gemeinschaftliche Eigentümer eines einzelnen Stockwerkmitteigentumsanteils

Gemeinschaftliche Eigentümer (Gesamteigentümer oder gewöhnliche Miteigentümer wie Ehegatten oder eingetragene Partner) eines einzelnen Stockwerkmitteigentumsanteils (z. B. einer gemeinsam gekauften «Eigentumswohnung») bilden hingegen im Eintragungsverfahren unter sich eine notwendige Streitgenossenschaft (Art. 70 ZPO). Es gilt, was hiervor bereits zum Gesamteigentum und zum gewöhnlichen Miteigentum ausgeführt worden ist.⁹¹

⁸⁴ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1367; SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 724 ff.

⁸⁵ Vgl. BauR 2013, Nr. 568, S. 334; SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1367; SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 729 ff.; je mit weiteren Hinweisen.

⁸⁶ Zum Bundesgerichtsurteil vom 12. 11. 2013 vgl. Fn. 19 hiervor.

⁸⁷ Vgl. auch die von SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 722 (Fn. 807), Nr. 1367 (Fn. 1375) und Nr. 1544 (Fn. 1498) zitierten Beispiele aus der Rechtsprechung.

⁸⁸ Vgl. ausführlicher SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1368.

⁸⁹ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1368; SCHUMACHER (Fn. 2), S. 105.

⁹⁰ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 2), S. 87 ff. und S. 106 Abs. 1.

⁹¹ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 2) S. 105 Abs. 2 mit der Verweisung auf BGE 137 III 455 ff. = Praxis 2012, S. 125 ff. mit der Urteilsbesprechung von JÖRG SCHMID/JONAS RÜEGG, ZBJV 2013, S. 519 f.; BR 2013, Nr. 568, S. 336; vgl. Ziff. III/2 lit. b/aa und lit. b/bb hiervor.

C) *Einfache Streitgenossenschaft*

Im wechselseitigen Verhältnis können die einzelnen Stockwerkeigentümer eine einfache Streitgenossenschaft (Art. 71 ZPO) bilden. Die von Art. 71 Abs. 1 ZPO geforderte Voraussetzung, dass die eingeklagten Ansprüche «auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen», ist zweifellos erfüllt, wenn ein Bauunternehmer seine unbezahlte Vergütungsforderung mit Baupfandrechten zulasten einzelner Stockwerkmiteigentumsanteile sichern will und zu diesem Zweck seine Vergütungsforderung in Teilpfandsummen aufgeteilt hat.⁹² Auch die einfache passive Streitgenossenschaft ist eine Regelung zur Verwirklichung der *Prozessökonomie durch kollektiven Rechtsschutz*, was im wohlverstandenen Interesse aller Prozessbeteiligten und der ganzen staatlichen Rechtsgemeinschaft liegt. Die einfache passive Streitgenossenschaft wird leider durch einige inkonsistente Bestimmungen der ZPO und durch die ebenfalls inkonsistente jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts behindert, die den Kantonen eine Gesetzgebungshoheit zur Regelung der sachlichen Zuständigkeit bei einfacher passiver Streitgenossenschaft und damit auch zu einer geteilten sachlichen Zuständigkeit trotz Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 71 Abs. 1 ZPO zugestehen will; diese Norm steht im Einklang mit Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO sowie mit Art. 93 Abs. 1 ZPO. Nun ist der Gesetzgeber dringend herausgefordert und gefordert, die systemwidrigen Hindernisse in der geltenden ZPO auszumerzen und damit der restaurativen Rechtsprechung des Bundesgerichts den Boden zu entziehen.⁹³ Handkehrum kann es die Prozessökonomie erfordern, dass bei einfacher passiver Streitgenossenschaft das Gericht gemeinsam eingereichte Klagen bzw. Begehren trennt (Art. 125 lit. b ZPO), so beispielsweise, wenn 13 Stockwerkeigentümer in dem betroffenen Stammgrundstück in Küsnacht am Zürichsee wohnen, während der 14. Stockwerkeigentümer in Shijiazhuang, der Hauptstadt der Provinz Hebei der Volksrepublik China, domiziliert ist.

3. *Glaubhaftmachung im summarischen Verfahren*

Die (lang ersehnte) Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts durch die ZPO hat auch zur Folge, dass einzelne Regelungen in Rechtsprechung und Lehre an Kontur gewinnen. Ein Beispiel dazu bietet die Glaubhaftmachung gemäss Art. 261 und Art. 265 ZPO.

Der Inhalt des Gesuchs (Art. 252 ZPO), mit welchem der Bauunternehmer dem zuständigen Gericht (meistens einem Einzelgericht) als vorsorgliche Massnahme (Art. 261ff. ZPO) die Anordnung der vorläufigen Eintragung eines oder mehrerer Baupfandrechte im Grundbuch durch das zuständige Grundbuchamt als Registerbehörde (Art. 262 lit. c ZPO) beantragt und damit ein summarisches Verfahren (Art. 248ff. ZPO) einleitet, wird in einem sehr starken Mass durch Art. 261 Abs. 1 ZPO beeinflusst. Einerseits billigt Art. 261 Abs. 1 ZPO dem baupfandberechtigten Bauunternehmer das herabgesetzte Beweismass der blossen Glaubhaftmachung zu.⁹⁴ Andererseits verlangt Art. 261 Abs. 1 ZPO eine *doppelte* Glaubhaftmachung:

- Der Bauunternehmer hat in erster Linie den geltend gemachten *Anspruch* auf ein Baupfandrecht glaubhaft zu machen.⁹⁵ Das steht im Einklang mit Art. 961 Abs. 3 ZGB, wonach der Gesuchsteller «seine Berechtigung glaubhaft» zu machen hat.⁹⁶ Dies ist nichts Neues. Dies war bereits lange vor dem Inkrafttreten der ZPO unbestritten und wird deshalb im Folgenden nicht weiter behandelt.
- Zusätzlich hat der Bauunternehmer glaubhaft zu machen, dass *a.* ein ihm zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und *b.* ihm «aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht».

Eine Verletzung und damit auch ein nicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne des Art. 261 Abs. 1 lit. a und lit. b ZPO drohen dem baupfandberechtigten Bauunternehmer, falls der Ablauf der viermonatigen Eintragsfrist (Verwirkungsfrist) des Art. 839 Abs. 2 ZGB und der damit verbundene Rechtsverlust (im Falle der Fristversäumnis) unmittelbar oder bald bevorstehen. Dies ist in Rechtsprechung und Lehre seit langer Zeit unbestritten und wird ebenfalls nicht weiter behandelt.

Im Folgenden wird nur noch die Antwort auf die Frage gesucht, ob das Gesuch um die gerichtliche Anordnung der vorläufigen Grundbucheintragung eines Baupfand-

⁹² Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1365; SCHUMACHER (Fn. 2), S. 104 ff.

⁹³ Vgl. neuestens das Urteil 4A_239/2013 der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 9. 9. 2013 = SZZP 2014, Nr. 1419, S. 1 ff. mit kritischer NOTE von RAINER SCHUMACHER, SZZP 2014, S. 3 f. = BR 2013, Nr. 594, S. 351 f. mit kritischer Anmerkung von RAINER SCHUMACHER, jedoch mit einem selbstverschuldeten Verschrieb, den ich erst während der Drucklegung und damit zu spät entdeckt habe; anstatt «einfache notwendige Streitgenossenschaft» muss es richtig heissen «einfache passive Streitgenossenschaft»; denn notwendige und einfache Streitgenossenschaft schliessen sich gegenseitig aus; vgl. den früheren BGE 138 III 471 ff. = SZZP 2012, S. 377 ff.; dazu die Urteilsbesprechung von RAINER SCHUMACHER, Einheitliche sachliche Zuständigkeit bei Klagenhäufung – wieder ein negativer Kompetenzkonflikt im Kanton Zürich, BR 2012, Nr. 404, S. 229 ff.; dieses Urteil wurde auch besprochen von CHRISTOPH LEUENBERGER, ZBJV 2014, S. 4 ff, der diesem Urteil zustimmt und u. a. ausführt (a. a. O., S. 5): «Eine stillschweigende Zuständigkeitsregelung erscheint allerdings in rechtsstaatlicher Sicht und auch im Hinblick auf das rechtsuchende Publikum als fraglich. Für Handelsgerichtskantone, die in diesem Punkt keine (ausdrückliche) Regelung kennen, wäre es wahrscheinlich sinnvoll, in diesem Sinne zu legiferieren.» Ferner die ausführliche Kritik an diesen beiden Bundesgerichtsurteilen und an der Inkonsistenz der ZPO: RAINER SCHUMACHER, Restauration des kantonalen Zivilprozessrechts? in: *Anwaltsrevue/Revue de l'avocat* 2014, S. 1 ff.

⁹⁴ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 599 ff.; SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1392 f. und Nr. 1394 ff.

⁹⁵ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 609 ff.; SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1394 ff. mit dem Hinweis in Nr. 1396, Art. 961 Abs. 3 ZGB fordere bloss, dass der Baupfandanspruch glaubhaft zu machen sei, hingegen nicht auch dessen Gefährdung.

⁹⁶ Zu Art. 961 Abs. 3 ZGB vgl. WOLFGANG ERNST, Fristenprobleme beim Bauhandwerkerpfandrecht – zugleich zum Bedeutungsschwund von Art. 961 Abs. 3 ZGB, in: *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Bern 2013, S. 463 ff., insbesondere S. 470 f.

rechts gutzuheissen oder abzuweisen ist, falls die Eintragsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB erst in geraumer Zeit ablaufen wird, also deren Ablauf nicht unmittelbar oder sehr bald bevorsteht. Das Zürcher Handelsgericht hat ein am 21.5.2013 gestelltes Gesuch um die Anordnung der vorläufigen Grundbucheintragung eines Baupfandrechts mit einer Pfandsomme von CHF 3 839 850.50 wie folgt beurteilt: Mit Zwischenentscheid vom 23.5.2013 wurde das Gesuch um superprovisorische Anordnung ohne Anhörung der Gegenpartei abgewiesen, während das ganze Gesuch um Anordnung der vorläufigen Grundbucheintragung mit rechtskräftigem Endentscheid vom 29.8.2013 ebenfalls abgewiesen wurde. Für das Handelsgericht stand fest, dass die Eintragsfrist nicht vor Januar 2014, eher nicht vor Mitte Februar 2014 ablaufen werde, weshalb am Tag des Endentscheids vom 29.8.2013 noch keine Verwirkung zufolge Fristablaufs drohte. Der Hinweis auf blosser Möglichkeiten der Gefährdung des Sicherstellungsanspruchs durch Errichtung weiterer Schuldbriefe bzw. Pfandrechte ohne objektive Anhaltspunkte für eine konkrete Gefährdung des Baupfandanspruchs genüge nicht. Der Umstand, dass eine definitive Eintragung im ordentlichen Verfahren nicht rechtzeitig erfolgen würde bzw. dass vorsorgliche Massnahmen zu einem späteren Zeitpunkt ohnehin notwendig würden, begründe ebenfalls keine Gefährdung.⁹⁷

Nach meiner Auffassung verlangt das Gesetz (Art. 261 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 265 Abs. 1 ZPO) die folgende Differenzierung:

A) *Glaubhaftmachung für den Endentscheid im summarischen Verfahren*

«Der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts kommt in erster Linie die Bedeutung zu, die Eintragsfrist des Art. 839 Abs. 2 [ZGB] und den Rang zu wahren».⁹⁸ Zwar fällt eine Ranggefährdung durch weitere Baupfandrechte ausser Betracht, da gemäss Art. 840 ZGB jeder Baupfandgläubiger ohnehin den allenfalls ungenügenden Anteil aller Baupfandrechte am Verwertungserlös, der bei einer Zwangsverwertung des Baugrundstücks erzielt wird, auch mit den später eingetragenen Baupfandgläubigern verhältnismässig zu teilen hat.⁹⁹ Hingegen können die Realisierung eines Baupfandrechts und damit dessen wirtschaftlicher Wert durch (vertragliche und gesetzliche) Grundpfandrechte, die erst nach Einreichung des Gesuchs im Grundbuch eingetragen werden, ernsthaft gefährdet werden. Beispielsweise können sog. Gemeinschaftspfandrechte (Art. 712i ZGB) zur Finanzierung von baulichen Massnahmen, die gemäss Art. 647c–647e ZGB von einer Stockwerkeigentümergeinschaft als Bauherrschafft bestellt wurden,¹⁰⁰ mit Vorrang vor später eingetragenen Baupfandrechten für die gleichen Bauarbeiten im Grundbuch eingetragen werden.¹⁰¹ Zwar verschafft Art. 841 ZGB dem Bauunternehmer, dessen Baupfandrecht in der Zwangsverwertung des Baugrundstücks ganz oder teilweise unbefriedigt geblieben ist, einen ausservertraglichen Ausgleichsanspruch.¹⁰² Jeder Vorrechtsprozess ist jedoch sehr kompliziert und aufwendig. Er ist vor allem

mit grossen Beweis- und Rechtsrisiken belastet. Sowohl die Haftung des vorrangigen Grundpfandgläubigers (oft einer Bank) als auch der Anspruch des Baupfandgläubigers auf Ausgleich seines Pfandausfalls sind sehr beschränkt.¹⁰³ Der Ausgleichsanspruch ist vom Beweis einer objektiven Rechtswidrigkeit und eines subjektiven Verschuldens abhängig; mit diesen Beweisen ist der Baupfandgläubiger belastet.¹⁰⁴ Vorrechtsprozesse sind deshalb sehr selten, was auch darauf zurückgeführt werden kann, dass trotz dringendem Verdacht auf eine anfechtbare Zweckentfremdung z. B. des Baukredits die Beweis- und Kostenrisiken den Baupfandgläubiger (Bauunternehmer oder Rechtsnachfolger) von einem Vorrechtsprozess abschrecken.¹⁰⁵ Die Anmerkung des Baubeginns im Grundbuch (Art. 841 Abs. 3 ZGB; Art. 54 Abs. 3 GBV) ist nur eine unzureichende Massnahme zum Schutz der Bauunternehmer, weil sie die Begründung von neuen Grundpfandverschreibungen nicht zu verhindern vermag; sie will und kann den Bauunternehmer nur, aber immerhin, gegen den Erwerb von Schuldbriefen durch gutgläubige Dritte schützen.¹⁰⁶

Diese Ranggefährdung ist immer eine *abstrakte* Gefährdung. Diese genügt zur Glaubhaftmachung. Denn Art. 839 Abs. 1 ZGB räumt den Bauunternehmern das bedingungs- und voraussetzungslose Recht ein, bereits «von dem Zeitpunkt an, da sie sich zur Arbeitsleistung verpflichtet haben», und nicht erst kurz vor Fristablauf ihre Baupfandansprüche durch Grundbucheintragungen geltend zu machen.¹⁰⁷ Für den Gesetzgeber genügte die abstrakte Ranggefährdung. Im Unterschied zu anderen

⁹⁷ Vgl. Urteil HE130149 des Handelsgerichts (Einzelgerichts) des Kantons Zürich vom 29. 8. 2013, ZR 2013, Nr. 50, S. 189 ff. = BR 2013, Nr. 579, S. 342 ff. mit vorläufigen Anmerkungen von RAINER SCHUMACHER.

⁹⁸ Zit. nach JÜRGEN SCHMID, BSK Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch II. Art. 457–977 ZGB. Art. 1–61 SchlT ZGB, 4. Auflage, Basel 2011, N 21 zu Art. 961 ZGB (Hervorhebung durch den zitierten Autor).

⁹⁹ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1746 ff.

¹⁰⁰ Vgl. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die Verwaltungshandlungen beim Stockwerkeigentum, in: Amédéo Wermelinger (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2013, Bern 2013, S. 1 ff., insbesondere S. 8 ff.

¹⁰¹ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 8), S. 90.

¹⁰² Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1766–2017.

¹⁰³ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1781 a. E.

¹⁰⁴ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1833 ff. und Nr. 1890 ff.

¹⁰⁵ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1798.

¹⁰⁶ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 17), Nr. 1824.

¹⁰⁷ In einem Teil der Lehre wird sogar die rigorose (nicht begründbare) Meinung vertreten, der Gesuchsteller einer superprovisorischen Massnahme müsse «neben den weiteren Voraussetzungen glaubhaft machen, dass er sein Gesuch nicht offensichtlich hinausgezögert hat, ansonsten ihm unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchsverbots gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB (sowie Art. 52 ZPO) die Anordnung zu verweigern ist» (zit. nach TOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, Gutgläubensschutz des Schuldbriefenerwerbers und zeitliche Aspekte bei der Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechts als heikle Fragen der Revision des Immobiliarsachenrechts, in: Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 635 ff., insbesondere S. 648). Rechtsmissbrauch kann gemäss Art. 108 ZPO geahndet werden, wonach unnötige Prozesskosten zu bezahlen hat, wer sie verursacht hat.

Teilgebieten der Rechtsordnung wie dem Immaterialgüterrecht, dem Markenrecht, dem Wettbewerbsrecht usw., wo oft Veräusserungsverbote oder gar die Beschlagnahme von Waren als vorsorgliche Massnahmen beantragt werden,¹⁰⁸ untersagt Art. 839 Abs. 1 ZGB eine Abwägung zwischen dem konkreten Gefährdungsanspruch des Bauunternehmers einerseits und den individuellen Interessen des Grundeigentümers andererseits nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip, sofern und soweit Art. 261 Abs. 1 ZPO im Bauhandwerkerpfandrecht anzuwenden ist und nur, aber immerhin, eine Eintragung in ein Register (Art. 262 lit. c ZPO) beantragt wird. Somit kann auch das Gericht den Eintragungsanspruch nicht vom Nachweis einer konkreten Ranggefährdung abhängig machen. Wenn die Anordnung der vorläufigen Grundbucheintragung eines Baupfandrechts von der Glaubhaftmachung einer konkret drohenden Ranggefährdung abhängig gemacht werden könnte, so würde Art. 839 Abs. 1 ZGB wohl kaum jemals angewendet werden können und wäre deshalb zum Schicksal einer juristischen «Totgeburt» verdammt. Das Zürcher Handelsgericht durfte deshalb von der gesuchstellenden Generalunternehmerin keinen Nachweis einer konkreten Ranggefährdung verlangen. Es hätte deshalb am 29.8.2013 das Eintragungsbegehren der Generalunternehmung nicht wegen fehlender Glaubhaftmachung einer konkreten Ranggefährdung abweisen dürfen.

B) Glaubhaftmachung für den superprovisorischen Zwischenentscheid

«Bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen» (Art. 265 Abs. 1 ZPO mit dem Zwischentitel «Superprovisorische Massnahmen»). Diese *besondere* Dringlichkeit der vorläufigen Grundbucheintragung¹⁰⁹ setzt die Glaubhaftmachung einer *konkreten* Ranggefährdung voraus, sofern die besondere Dringlichkeit nicht wegen der bald oder gar unmittelbar bevorstehenden Verwirkung (Rechtsverlust) zufolge Ablaufs der Eintragsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB gegeben ist. Diese «Verschärfung» (gegenüber Art. 261 Abs. 1 ZPO) liegt darin begründet,

dass die superprovisorische Anordnung der vorläufigen Grundbucheintragung eines Baupfandrechts «sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei» erlassen wird. Dies ist eine derart schwere, ja extreme Ausnahme von dem durch die Verfassung garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 53 Abs. 1 ZPO) und damit eine Ausnahme von der «grundlegendste[n] Maxime eines jeden rechtsstaatlichen Prozesses»¹¹⁰, dass die Glaubhaftmachung einer konkreten Ranggefährdung als Erfüllung der von Art. 265 Abs. 1 ZPO geforderten Voraussetzung der besonderen Dringlichkeit verlangt werden muss. Diese Voraussetzung kann beispielsweise erfüllt werden, indem der Bauunternehmer glaubhaft macht, dass ein Notar im Auftrag des Grundeigentümers oder einer Bank bereits den Entwurf zur Begründung eines weiteren Schuldbriefs vorgelegt habe und die öffentliche Beurkundung des Grundpfandvertrags mit anschliessender Anmeldung zur Grundbucheintragung (Art. 799 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB) in den nächsten Tagen zu erwarten sei. Dadurch wird eine Vereitelungsgefahr als Beispiel der besonderen Dringlichkeit (Art. 265 Abs. 1 ZPO) glaubhaft gemacht.

Mangels der Glaubhaftmachung einer konkreten und unmittelbar bevorstehenden Ranggefährdung hat das Zürcher Handelsgericht mit Zwischenentscheid vom 23.5.2013 den Antrag auf superprovisorische Anordnung der vorläufigen Grundbucheintragung eines Baupfandrechts mit einer Pfandsomme von CHF 3 839 850.50 zu Recht abgewiesen.

¹⁰⁸ Vgl. MICHEAL TREIS, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 210, N 6 zu Art. 265 ZPO; zu den bevorzugten Arbeitsgebieten dieses Autors, auf den sich auch SUTTER-SOMM/SEILER (Fn. 107), in ihrer Fussnote 56 auf S. 648, berufen, gehören Immaterialgüterrecht, Markenrecht, Kartell- und Wettbewerbsrecht, Designrecht und Urheberrecht (gemäss Mitgliederverzeichnis 2014 des ZAV Zürcher Anwaltsverbands, S. 438).

¹⁰⁹ Vgl. SCHUMACHER (Fn. 8), Nr. 614 ff.

¹¹⁰ MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Auflage, Bern 1984, S. 74, zitiert nach GEHRI (Fn. 18), N 2 zu Art. 53 ZPO.



**Sie beherrschen das Recht –
ALAN Ihre Administration.**

ALAN Software AG | Solothurnstr. 28 | CH-3322 Schönbühl
Tel. +41 31 858 23 90 | contact@alan.ch | www.alan.ch

- marktführende Branchenlösung für Notare und Anwälte
- berücksichtigt Honorarvorschüsse MWST-rechtlich korrekt
- revisionstaugliches, vollintegriertes Rechnungswesen

Interessiert? Rufen Sie uns an.

alan

DAS NEUE RECHNUNGSLEGUNGSRECHT ALS STEUERKATALYSATOR

BERNHARD MADÖRIN

Dr. iur., zugelassener Revisionsexperte RAB, zugelassener Versicherungsvermittler FINMA Basel

Stichworte: Rechnungslegungsrecht, Steuerrecht, Massgeblichkeit, Anhang, Jahresrechnung

Die geänderte Rechnungslegung kann für Anwälte zu Steuererhöhungen führen. Um dies zu vermeiden, ist der Anhang in die Diskussion mit einzubeziehen. Anhang, Rechnungslegung und steuerlicher Abschluss sind ein notwendiges Gefüge. Insbesondere Unternehmen mit aktivierungspflichtigen angefangenen Arbeiten können damit Steuererhöhungen vermeiden. Nachfolgend wird die neue Ausgangslage allgemein umschrieben mit spezifischen Ergänzungen für die Rechnungslegung von Anwälten.

95% der Steuerentscheide gehen zulasten der Steuerpflichtigen, beim Bundesgericht sind es 90%.¹ Dies geht nicht zurück auf eine formell oder materiell schlechte Ausgangslage der Steuerpflichtigen, sondern ist ein systemimmanenter Mangel des Steuerverfahrens und des Verfahrens vor den Steuergerichten. Alle Behördenmitglieder der Verwaltung und der Gerichte sind Staatsangestellte und grundsätzlich staatsfreundlich orientiert. Das neue Rechnungslegungsrecht wird an dieser Ausgangslage nichts ändern und trotz hehrer proklamierter Steuerneutralität Abgaben erhöhend wirken.

I. Einführung

Was in anderen Rechtsbereichen gilt, zählt auch im Rechnungslegungsrecht. Während die Gesetze jahrelang der Brandung der Neuerung widerstanden und oft, wie das Aktienrecht, für eine lange Zeit Geltung hatten, wird die Spirale der Gesetzesinflation angetrieben, und Neuerung auf Neuerung folgt. Das relativ junge Rechnungslegungsrecht erwartet bereits die nächste Anpassung, doch davon später an anderer Stelle mehr. Das Gesetz ist per 1.1.2013 in Kraft getreten, und für die Geschäftsabschlüsse der AG und GmbH ist es bereits die zweite Anpassung innert weniger Jahre.² Die Übergangsfrist beträgt zwei Jahre, für die Konzernrechnungslegungsvorschriften drei Jahre. Der erste Geschäftsabschluss nach den neuen Normen ist somit derjenige für das Geschäftsjahr 2015 (auch für Personenunternehmen) und für die Konzernrechnung 2016.

Mit der Revision des Rechnungslegungsrechts wurde das Unternehmensrecht umfassend modernisiert und den wirtschaftlichen Bedürfnissen angepasst. Seit Anfang 2001 sind zahlreiche parlamentarische Vorstösse eingereicht worden, die insbesondere den Bundesrat dazu auffordern, das schweizerische Recht im Bereich «Corporate Governance» zu verbessern. Das Bundesamt für Justiz holte in der Folge verschiedene Expertenberichte ein. Im Dezember 2005 eröffnete der Bundesrat dann die Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts. Rund zwei Jahre später nahm der Bundesrat

Kenntnis von den Vernehmlassungsergebnissen und beauftragte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, eine Botschaft auszuarbeiten. Am 21.12.2007 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts.

Der Bundesrat verfolgt bezüglich des neuen Rechnungslegungsrechtes das Ziel, das sachlich veraltete Rechnungslegungsrecht umfassend zu revidieren: Das neue Gesetz schafft eine einheitliche Ordnung für alle Rechtsformen des Privatrechts (rechtsformunabhängige Rechnungslegung). Die Anforderungen werden nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens differenziert. Das Gesetz enthält allgemeine Vorschriften, die auf alle buchführungs- und rechnungslegungspflichtigen Rechtsträger Anwendung finden. Sie widerspiegeln den Status quo der Buchführung und Rechnungslegung von gut geführten KMU. Weitergehende Bestimmungen gelten für Grossunternehmen und Konzerne. Unter bestimmten Voraussetzungen muss ein Abschluss nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung (z.B. Swiss GAAP oder IFRS) erstellt werden. Dieser gibt die tatsächli-

¹ GION CLOPATH, Lohnt sich der Gang nach Lausanne?, *SteuerRevue* 60 (2005), S. 100 ff.

² BERNHARD MADÖRIN, *Die neue Rechnungslegung*, 1. Auflage 2010.

che wirtschaftliche Lage des Unternehmens wieder (sog. «fair presentation»). Ein Abschluss nach einem entsprechenden Standard ist zu erstellen, soweit dies im Interesse des Kapitalmarkts oder zum Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen erforderlich ist. Es wird die Möglichkeit geschaffen, die Jahresrechnung ausschliesslich nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung zu erstellen. Wird die Rechnungslegung in den ersten drei Geschäftsjahren nach dem Inkrafttreten der Revision umgestellt, so werden die dadurch aufgelösten stillen Reserven gestaffelt besteuert. Die Neuregelung wird im Übrigen steuerneutral ausgestaltet. So weit die Materialien.

Neu geregelt werden auch die Bestimmungen zur Rechnungslegung von Konzernen. Kleinkonzerne sind unter bestimmten Voraussetzungen von der Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung befreit. Die Konzernrechnungslegung erfolgt zwingend nach den Vorgaben eines anerkannten Standards zur Rechnungslegung.

Weitere wichtige Punkte der Neuerung: Buchführung und Rechnungslegung ist auch in einer anderen Währung als CHF möglich, die Gliederung der Bilanz und Erfolgsrechnung ist leicht angepasst, und zwar durch Aktivierbarkeit von Vermögenswerten und neue Bewertungsvorschriften, hier insbesondere der Einzelbewertung. Die Rechnungslegung erfolgt in einer der Landessprachen oder in Englisch (very good).

II. Umsatzgrenze

Für Anwälte und Anwaltskanzleien ist die Umsatzgrenze von CHF 500 000.– entscheidend. Bis zu diesem Grenzbetrag erfolgt eine vereinfachte Buchführung nach heutigem Status quo. Für Anwälte mit einer Einzelkanzlei dürfte sich somit wenig ändern, ebenso für Anwälte mit Einzelkanzlei und einer Unkostengemeinschaft. Es genügt eine Aufzeichnung der Einnahmen und Ausgaben sowie die Darstellung des Vermögensstandes. Wird die Umsatzgrenze überschritten, sind die neuen Vorschriften des Gesetzes bezüglich Rechnungslegung massgebend, welche nachfolgend beschrieben werden. Somit hat das neue Recht für Kanzleigemeinschaften und -gesellschaften einen starken Einfluss.

Für AG und GmbH: Eine weitere Umsatzgrenze von CHF 100 000.– pro Jahr entscheidet, ob Ende Jahr auf eine zeitliche Abgrenzung der Aufwände und Erträge verzichtet werden kann oder nicht (OR 958b). Ist die Limite überschritten, müssen Ende Jahr Rechnungsabgrenzungsposten erfasst werden. Die Umsatzlimite ist identisch mit dem Beginn der Mehrwertsteuerpflicht. Die Pflicht zur Abgrenzung dürfte auch die Pflicht zur Aktivierung von angefangenen Arbeiten beinhalten.

III. Die Massgeblichkeit

Die Wissenschaft bedient sich gerne des Massgeblichkeitsprinzips.³ Es besagt, dass der nach den Rechnungslegungsnormen des Obligationenrechts erstellte Geschäftsabschluss auch für die Festlegung der Gewinnsteuer

massgebend ist bzw. sein soll. Was handelsrechtlich zulässig ist, bildet die Besteuerungsgrundlage, verbunden mit der Bedingung der buchhalterischen Erfassung. Damit ist der Gewinnausweis nach Obligationenrecht der Gewinnausweis nach Steuerrecht.

Stark relativiert wird dieser Grundsatz durch die kantonalen und eidgenössischen Steuergesetze und die Wegleitungen und Kreisschreiben für deren Anwendung. Als Praktiker bin ich für die Erstellung von knapp 500 Bilanzen pro Jahr verantwortlich. Diese Bilanzen haben sich nach der gesetzlichen Rechnungslegung, aber auch immer nach den kantonalen Steuergesetzen orientiert. Allen voran die Abschreibungen auf dem Anlagevermögen divergieren je nach Kanton. Im einen Kanton ist eine Sofortabschreibung von 100% möglich, in einem anderen von 80% im ersten Jahr, im zweiten bis vierten Jahr 0% und im fünften Jahr die verbleibenden 20%, im nächsten Kanton sind eher lineare Abschreibungen gewünscht und in einem anderen progressive (auch degressive) erwünscht, erlaubt, geduldet. Massgeblich sind die Vorschriften des kantonalen Steuerrechts, die Vorschriften des Zivilrechts sind pervertiert und übernehmen ohne Not die Massgeblichkeit der Steuervorschriften. Gerade die Sofortabschreibung dürfte dem Grundsatz einer «true and fair view» widersprechen und im Lichte der IFRS-Rezeption Schatten bilden. Wo bleibt die Massgeblichkeit, wenn eine Liegenschaft in einem Kanton eine Lebensdauer von 30 Jahren hat, in einem anderen von 40, in einem dritten von 20, wobei das Land nicht abgeschrieben werden kann oder dann doch mit reduzierten Abschreibungssätzen auf der ganzen Position, usw. usf. Und dann noch die zahlreichen individuellen Wünsche der Steuerveranlager, welche Einfluss haben auf die Bilanzierung des Umlaufvermögens und des Anlagevermögens. Den Kanon der Steuerbilanzierung runden Rulings ab, die den Gewinnausweis festlegen kraft individueller Vereinbarungen.

IV. Massgeblich ist und war das Steuerrecht bei der Massgeblichkeit

Während in der theoretischen Welt der Experten der Rechnungslegung eine klare Vorstellung über die Bilanz und Erfolgsrechnung des schweizerischen Zivilrechts herrscht, beginnt die Erosion dieser Rechtsüberzeugung sofort und unmittelbar in den Bedürfnissen der Steuerverwaltung. Dem folgt auch die Steuerjustiz: 95% der Steuerentscheide gehen zulasten der Steuerpflichtigen.

Die Berufung auf die Massgeblichkeit folgt dieser zentralen Aussage. Beruft sich die Steuerverwaltung auf die Massgeblichkeit, wird sie gewährt und der Gewinnausweis korrigiert. Umgekehrt ist dann die Massgeblichkeit nicht so massgeblich und die Beurteilung der Steuerverwaltung obsiegt.

³ Anstatt vieler: RENÉ RÖTHLISBERGER, Hat das Massgeblichkeitsprinzip ausgedient?, Liber amicorum für Martin Zweifel, Basel 2013, S. 77 ff.

Das klingt vielleicht ein wenig trivial. Ich kenne jedoch keinen einzigen Steuerentscheid zugunsten eines Steuerpflichtigen, dessen Auffassung über die Rechnungslegung obsiegt hat.

Ein Beispiel: Die Transponierungstheorie hat zum Inhalt, dass das Einbringen einer Beteiligung in eine Holding über dem Nominalwert zu Einkommen bei der Privatperson führt, und zwar in der Differenz von Nominalwert zu Einbringungswert (anstelle vieler: Kreisschreiben Nr. 5 der eidgenössischen Steuerverwaltung). Diese Praxis hat dazu geführt, dass im KMU-Bereich Beteiligungen in den meisten Fällen zum Nominalwert in eine Holding eingebracht werden. Aufgrund der Differenz von Nominalwert und Verkehrswert und dann von Buchwert zu Verkehrswert entsteht ein Bilanzaktivum mit zu tiefem Wert, was dem Grundsatz einer «true and fair view» widerspricht. Der komplette Buchungsvorgang dieser gemischten Schenkung wird nicht erfasst. Trotz dieser unmassgeblichen Massgeblichkeit ist dann bei der Emmissionsabgabe der Buchungsvorgang doch nicht massgeblich, sondern es wird auf den effektiven Wert abgestellt und die Differenz zum Buchwert als verdeckte Kapitaleinlage die Emmissionsabgabe erhoben, wobei natürlich der Freibetrag zu berücksichtigen ist. Daraus das Ergebnis: Bei der Rechnungslegung ist der vertraglich vereinbarte Nominalwert massgebend, bei der Gewinnsteuer auch, und der Mehrwert wird weder als Ertrag noch als Schenkung erfasst, bei der Emmissionsabgabe ist der Buchwert nicht massgebend, bei der persönlichen Einkommenssteuer ist der Nominalwert massgebend, bei der Schenkungssteuer ebenso.

Fazit: Die Massgeblichkeit wurde bis jetzt als hehrer Grundsatz des Rechnungslegungsrechts verstanden und hat so Eingang in den Kanon der Rechtsüberzeugung gewonnen. Tatsächlich dominieren im Einzelfall die Vorschriften der Steuerverwaltung, sei es federal, kantonal oder individuell und je nach Steuerart.

V. Die neue Massgeblichkeit im neuen Rechnungslegungsrecht

Nach OR 958 soll die Rechnungslegung die wirtschaftliche Lage des Unternehmens so darstellen, dass sich Dritte ein zuverlässiges Urteil bilden können. Die «fair presentation» gewinnt damit den neuen tragenden Massstab.

Demgegenüber die Materialien und die Botschaft, welche immer und immer wieder betonen, dass die Einführung des neuen Rechnungslegungsgesetzes steuerneutral sein soll.

Es gibt ein paar Rechtswohltaten der Steuerpraxis, die den Gewinnausweis markant reduzieren: keine Aktivierungspflicht der angefangenen Arbeiten, Warenlagerdrittel, Delkredere und Sofortabschreibung, um die wichtigsten zu nennen. Diese sind mit den Grundsätzen einer «fair presentation» nicht in Einklang zu bringen. Gewisse Autoren sprechen deshalb schon davon, dass das Massgeblichkeitsprinzip ausgedient haben soll, allerdings nicht bis in letzter Konsequenz.⁴

In der Tat liegt damit folgende Ausgangssituation vor: Da das frühere Rechnungslegungsrecht offener war, hätten steuerliche Rechnungslegungsvorschriften eher Platz in der Bilanz und Erfolgsrechnung, wobei die Rahmenbedingungen durch die Steuerverwaltung festgelegt wurden. Nach neuem Recht haben die gleichen steuerlichen Rechnungslegungsnormen streng genommen keinen Platz mehr, dürften aber von der Steuerverwaltung akzeptiert werden, und damit setzt wiederum die Steuerverwaltung die Rahmenbedingen fest. A prima vista dürften die Steuerneutralitätsbekundungen umgesetzt werden. Wie weit dies in der weiteren Zukunft Anwendung finden wird, ist eine offene Frage, welche ihre Antwort im Fiskalhunger der öffentlichen Hand finden wird. Es ist auch ohne Weiteres denkbar, dass auf absehbare Zeit damit Schluss ist. Die Steuerverwaltung kann sich auf klare Gesetze berufen, und die staats- und fiskalfreundlichen Gerichte werden sich ohne Not auf ein unzweideutiges Rechnungslegungsrecht berufen können. Die Steuererhöhung ist im neuen Recht eingeschlossen. Das Einzige, was dagegen spricht, sind die Materialien, die keine bindende Wirkung haben. Ob in der Auslegung das Telos der «true and fair view» oder der Steuerpraxis obsiegt, wird man sehen.

Auf dem Warenlager, ermittelt nach den Normen der Rechnungslegung und deren verschiedenen Methoden, erlaubt die Praxis der Steuerverwaltung die Bildung eines Warenlagerdrittels. Somit kann ein Warenlager z.B. zu einem Verkehrswert von CHF 9 Mio. zu CHF 6 Mio. bilanziert werden. Um CHF 3 Mio. kann der Warenaufwand erhöht werden. Eine angenehme Rechtswohltat der Steuerpraxis. Sollte die Bildung im ersten Jahr nicht möglich sein, so kann diese Reserveposition sukzessive aufgebaut werden. Es ist selbsterklärend, dass damit der steuerbare Gewinn erheblich reduziert wird, womit aber auch der Gewinn der identischen Handelsbilanz gekürzt wird und der «fair presentation» nicht mehr entspricht. Der sukzessive Aufbau des Warenlagerdrittels dürfte auch das Prinzip der Stetigkeit verletzen, sei es bei unregelmässigem Aufbau oder wenn eine Maximalgrösse erreicht ist.

Eine weitere Rechtswohltat der Steuerpraxis zeigt sich in der Gewährung eines pauschalen Delkredere auf Debitoren. Gewährt werden 5% auf Debitoren in CHF, 10% auf ausländischen Debitoren und 15% auf ausländischen Debitoren in Fremdwährung, mit kantonalen Besonderheiten. Meistens wird diese pauschale Wertberechtigung auf dem Nettobetrag der Debitoren gewährt nach Abzug der effektiv gefährdeten Debitoren. Auch hier handelt es sich um die Bildung einer stillen Reserve, welche dem Grundsatz der «true and fair view» widerspricht.

Beteiligungen, steuerliche Abschreibungssätze, Delkredere und Warenlagerdrittel sind die wichtigsten Bilanzpositionen innerhalb einer Jahresrechnung, die aufgrund der steuerlichen Rahmenbedingungen zu einer Abweichung der «fair presentation» führt. Sie sollen gemäss den

4 RENÉ RÖTHLISBERGER, *Liber amicorum* für Martin Zweifel, Basel 2013, S. 77 ff.

Erläuterungen des Bundesrates erhalten bleiben. Im Gesetz ist dies nicht erwähnt, und auch die Übergangsbestimmungen erklären nichts zu dieser Problematik.

Weitere Öse von Steuerrecht zu «fair presentation» ist die neu geforderte Bilanzierung und somit Aktivierung von noch nicht in Rechnung gestellten Dienstleistungen. Bisher war diese Bilanzposition bei KMU im Dienstleistungsbereich selten zu sehen. Üblich war und ist es, die per Geschäftsjahr in Rechnung gestellten Debitoren zu erfassen. Eine zusätzliche Bilanzposition «Angefangene Arbeiten» war unüblich. In vielen Fällen wurde bei monatlicher Rechnungsstellung der Rechnungslauf Dezember, der in der Regel im Januar erfolgt, noch als Debitorenumsatz des Berichtsjahres erfasst. Die nicht fakturierten Dienstleistungen jedoch nicht, und damit wurden stille Reserven gebildet. Sollte sich die Summe zum Vorjahr negativ verändert haben, wurden diese aufgelöst. Würde eine solche Praxis beibehalten werden, wäre dies nicht gesetzeskonform. Zum Lösungsansatz für Anwälte weiter unten mehr.

Die Steuerverwaltung erlaubt die Bildung von Garantierückstellungen oft pauschal in Prozenten des Umsatzes. Auch hier divergieren die Anknüpfungspunkte und haben in der Folge die bereits dargestellte Problematik zum Inhalt.

Die Beispiele differenzierter Optik von Steuerbilanzrecht zu altem Rechnungslegungsrecht und insbesondere zum neuen Rechnungslegungsrecht sind mannigfaltig und hier nur in den wichtigsten Bilanzpositionen erläutert. Als letztes Beispiel sei das Steuerruling erwähnt, eine Rechtswohltat der Steuerpraxis, welche als einer der wichtigsten Schlüssel für ein gut funktionierendes Steuerrecht glücklicherweise Eingang in den Steueralltag gefunden hat. Der Inhalt der Steuerrulings kann in zwei Kategorien eingeteilt werden: Die erste umfasst die Darstellung eines durchzuführenden Sachverhalts, der mit der Steuerverwaltung vorbesprochen wird, um die Steuerfolgen festzulegen. Das gibt für beide Parteien Rechtssicherheit. Diese Kategorie interessiert hier weniger, da Abläufe festgelegt werden, welche in der Regel innerhalb des Rechnungslegungsrechts Platz haben. Die zweite Kategorie betrifft Sachverhaltsvereinbarungen innerhalb der Bilanz, wie die Festlegung von Rückstellungen in Prozenten zum Umsatz, Methoden der Bewertung von Bilanzpositionen, längerfristige Währungsoptiken, Verhältnis von Lohnaufwand und Umsatz und besonders Absprachen bei der privilegierten Besteuerung von Gesellschaften.

Nachdem die Krux von Steuerneutralität und «fair presentation» aufgezeigt worden ist, stellt sich die Frage, wie die Lösungsansätze für die erwünschte und durch die Materialien garantierte Steuerneutralität rechnungslegungskonform umgesetzt werden kann. Dabei sollen hier zwei Lösungsansätze dargestellt werden: der Anhang und die duale Rechnungslegung.

VI. Der Anhang

Wer unter Abweichung der Rechnungslegungsvorschriften des neuen Rechnungslegungsrechts die bisherigen

Steuerwohltaten in Anspruch nehmen will, ist bei korrekter Umsetzung gezwungen, den Ausweis im Anhang aufzuzeigen. Damit wird die mögliche Gewinnaufrechnung im Steuerausweis geradezu impliziert, ist aber notwendige Folge einer korrekten Anwendung der Normen. Das Gesetz erlaubt einen Verzicht auf den Anhang (OR Art. 959c III). Allerdings sind bei einem Verzicht die Abweichungen der ordnungsgemässen Rechnungslegung in der Bilanz und Erfolgsrechnung darzulegen. Damit dürfte die Erstellung eines Anhanges sinnvoller sein.

Die bisherige Praxis der KMU-Rechnungslegung zeigte im Anhang wenig zu der Abweichung von steuerlich bedingter und gesetzlicher Rechnungslegung. Aufgrund der liberaleren gesetzlichen Grundlage war der Hinweis auch nicht erforderlich. Neu muss meines Erachtens die steuerlich angewendete Praxis ausgewiesen werden, soweit sie dem im Gesetz aufgenommenen Grundgedanken einer «true and fair view» widerspricht. Dabei wird sich ein Widerspruch herauskristalisieren: Erfolgt die Rechnungslegung wie bisher ohne Angabe, in der Meinung, dass die steuerliche Praxis als Grundgedanke in der neuen Rechnungslegung Platz hat, damit auch die Steuerverwaltung nicht offensichtlich auf die Differenz hinweist, oder obsiegt die Transparenz in der Hoffnung auf steuerneutrale Umsetzung. In manchen Unternehmen dürfte damit auch die Diskussion zwischen Verwaltungsrat und Revisionsstelle vorprogrammiert sein. Der KMU-Unternehmer mit einer verhaltenen, defensiven Jahresrechnung und der auf Transparenz drängende Revisor. Hinzu kommt, dass mit Einführung der Revisionsaufsichtsbehörde einem Drittel der ursprünglichen Revisoren keine Zulassung erteilt oder die provisorische bzw. definitive Zulassung entzogen wurde.⁵ Der Dialog zwischen den beiden Organen ist durch diese Behörde belastet und fordert formal korrekte Lösungen.

VII. Der Steuer neutralisierende Anhang für Anwälte

Um dem Ausweis von angefangenen Arbeiten zu entgegen, empfiehlt sich im Anhang folgender Text: «Die Rechnungslegung erfolgt nach OR und nach Steuerpraxis gemäss Materialien zum RLG.» Damit wird angezeigt, dass die bisherigen Möglichkeiten der Rechnungslegung praktiziert und keine zwingende Aktivierung von angefangenen Arbeiten ausgewiesen werden. Ich gehe davon aus, dass die Steuerbehörde aufgrund der Materialien nicht zur Aktivierung dieser Arbeiten zwingen kann.

Der im Anschluss an den Text vorgeschlagene Anhang geht auf die neuen Formvorschriften ein. Nach altem Recht war die Wiedergabe des Gesetzestextes beliebt, wobei dann pro Position entweder «keine Angabe» bzw. «keine» oder die geforderte Angabe angeführt wurde. Das neue Recht schliesst eine solche Standardvorlage

5 BERNHARD MADÖRIN, Revisionsaufsicht, 1. Auflage 2011.

eher aus, und der Anhang muss auf das Unternehmen angepasst werden. In der hier vorgestellten Variante wird dies durch die Bezeichnung «optional» erreicht. Die entsprechende Position fällt weg, nicht im Sinne von einer Angabe oder keiner Angabe, sondern sie ist hinfällig. Bei gewissen Positionen des Anhangs kann das alte Muster «keine Angabe» oder «Angabe» übernommen werden. Der Anhang ist ansonsten so weit selbsterklärend und ist ausgerichtet auf KMU, die nicht zur ordentlichen Revision verpflichtet sind.

Bei den Bilanzpositionen, welche aufgrund der bisherigen Praxis möglich waren und neu eigentlich nicht mehr wären, sind hier zwei Möglichkeiten dargestellt: In einer ersten Variante wird die betreffende Bilanzposition aufgelistet und die Methode der Rechnungslegung erläutert. Diese Variante ist transparent. Die zweite Variante ist pauschaler formuliert: «Die Rechnungslegung erfolgt nach OR und Steuerpraxis gemäss Materialien zum Rechnungslegungsrecht.» Das liest sich schön, einfach und pragmatisch, trifft den Nagel auf den Kopf und löst den gordischen Knoten. Vielleicht nicht ganz im Sinne des Gesetzes, aber des Gesetzgebungsprozesses und der Materialien.

VIII. Duale Rechnungslegung

Der zweite Lösungsansatz liegt in der dualen Rechnungslegung: Es wird eine Bilanz nach den Normen des Steuerrechts und eine nach denjenigen des Rechnungslegungsrechts erstellt, insbesondere ohne stille Reserven. Die Lösung ist radikal, aber glaubwürdig. Sie führt zu einem erhöhten Aufwand, wobei sich bei geeigneter Buchhaltungssoftware die Adaption mit vertretbarem Aufwand realisieren lässt. Sie hat zudem den Vorteil, dass sich der Widerspruch von Steuerbilanz mit tiefem Gewinn und Wirtschaftsbilanz mit Ertragskraft für Bonität und Kreditfähigkeit (Bankkredite) steuerneutral lösen lässt.

Die Frage, die sich dann stellt, ist diejenige, welche Rechnungslegung als statutarischer oder vertraglicher Abschluss dient und von der Generalversammlung oder Gesellschafterversammlung genehmigt wird. In der Regel ist es der Steuerabschluss, damit der Gewinnverwendungsvorschlag steuerkonform ist. Damit ist aber das Problem einer «fair presentation» nicht gelöst. Ist es der Handelsabschluss, wird das Massgeblichkeitsprinzip offensichtlich pervertiert. Zu Ende gedacht ist das neue Rechnungslegungsrecht nicht.

Anwaltskanzlei Cicero & Partner		
Anhang zur Jahresrechnung in CHF Teil 1		
	31.12.2013	31.12.2012
1. Rechnungslegungsgrundsätze: Die Rechnungslegung erfolgt nach OR mit folgenden Besonderheiten:		
Pauschale Inventarisierung	optional	optional
Steuerliche Warenlagerreserve	optional	optional
Steuerliches Delkredere	optional	optional
Steuerliche Abschreibungen	optional	optional
Nicht aktivierte Dienstleistungen	optional	optional
Pauschale Garantierückstellung	optional	optional
Angefangene Arbeiten/noch nicht abgerechnete Dienstleistungen	optional	optional
Garantierückstellung	optional	optional
Steuerruling		
Usw. usf.		
Variante: Die Rechnungslegung erfolgt nach OR und Steuerpraxis gemäss Materialien zum RLG		
2. Erläuterung zur Jahresrechnung	keine	keine
3. Auflösung von stillen Reserven	keine	keine
4. Weitere Angaben nach Gesetz		
Buchführung in Fremdwährung	nein	nein
Bedrohung der Unternehmensführung	keine	keine
Abweichungen vom Verrechnungsverbot	keine	keine
Regel der Konzernrechnungslegung	optional	optional
Rangrücktritt	keine	keine
Informationen grösserer Unternehmen	nicht gegeben	nicht gegeben

Anwaltskanzlei Cicero & Partner			
Anhang zur Jahresrechnung in CHF Teil 2			
	31. 12. 2013		31. 12. 2012
5. Firma, Name, Sitz	erwähnt		erwähnt
6. Vollzeitstellen (bis 10/50/250)	bis 10		bis 10
7. Wesentliche Beteiligungen	Grundkapital	Anteil	Anteil
Confoederatio Helvetica, Bern	100 000	100%	100%
Europäische Zentralbank, Frankfurt (D) in €	50 000	100%	75%
8. Eigene Aktien/Anteile (Bestand)	keine		keine
9. Eigene Aktien/Anteile (Erwerb/Verkauf)	keine		keine
10. Offene Leasingverbindlichkeiten	keine		keine
11. Verbindlichkeiten gegenüber Vorsorgeeinrichtungen (BVG)	keine		keine
12. Sicherheiten zugunsten Dritter	keine		keine
13. Sicherheiten für eigene Verpflichtungen	keine		keine
14. Nicht bilanzierte Eventualverpflichtungen	keine		keine
15. Beteiligungsrechte und Optionen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung	keine		keine
16. Erläuterungen zu a. o. Positionen	keine		keine
17. Wesentliche Ereignisse nach Bilanzstichtag	keine		keine
18. Gründe vorzeitiger Rücktritt der Revisionsstelle	n. a.		n. a.
Anwaltskanzlei Cicero & Partner			
Musterbach,		

ARBITRAGE ET TVA: QUE DE CHANGEMENTS D'UNE LTVA À L'AUTRE

JACQUES PITTET

Avocat, associé, OBERSON AVOCATS, Genève et Lausanne;
Membre du Centre de compétence TVA de la Chambre fiduciaire suisse;
enseignant à l'Académie de la Chambre fiduciaire suisse

Mots-clés: TVA, arbitrage, localisation des prestations d'arbitrage, option d'imposition

Depuis l'introduction de la TVA au 1^{er} janvier 1995, les chiffres d'affaires tirés de l'exercice de fonctions d'arbitre¹ ont toujours fait l'objet d'un traitement TVA particulier, ce qui ne va pas sans poser quelques difficultés, parfois occultées, au niveau du droit à la déduction de l'impôt préalable. L'entrée en vigueur de la LTVA² au 1^{er} janvier 2010 a sensiblement réduit la problématique TVA et le risque y relatif, sans pour autant les faire complètement disparaître.

I. Introduction

Les chiffres d'affaires d'un avocat pour du conseil juridique, notamment des prestations de représentation devant un tribunal arbitral, constituent en principe des opérations imposables au taux normal (8% jusqu'au 31.12.2016) lorsque le client se trouve en Suisse³. Ces chiffres d'affaires ne sont pas imposables lorsque le mandant est domicilié à l'étranger mais ils ouvrent cependant droit à la déduction de l'impôt préalable⁴.

L'avocat exerçant des fonctions d'arbitre aura cependant à gérer un chiffre d'affaires particulier⁵ dont les conséquences se feront sentir tant au niveau du traitement TVA du chiffre d'affaires proprement dit que de l'impôt préalable. De plus, l'introduction de la LTVA au 1^{er} janvier 2010 a changé la qualification technique de tels revenus.

Eu égard à la prescription quinquennale⁶, un contrôle TVA annoncé en 2014 portera sur les périodes fiscales 2009 à 2013, sous réserve que cette dernière période ait été finalisée et puisse donc faire l'objet d'un contrôle externe⁷: cela signifie notamment que la période fiscale 2009 est couverte par la LTVA⁸ alors que les périodes fiscales ultérieures le sont par la TVA. Or, ces deux lois TVA traitent les chiffres d'affaires d'arbitrage de manière différente. Tel est précisément l'objet de la présente analyse.

Il convient auparavant de définir ce que le droit de la TVA entend par revenus tirés de l'arbitrage: il doit en effet s'agir de chiffres d'affaires tirés de l'exercice de fonctions d'arbitrage⁹, plus précisément de *fonctions d'arbitre*, lesquelles incluent à notre sens également les fonctions de secrétaire du tribunal arbitral. A contrario, les prestations de *représentation* devant un tribunal arbitral sont de simples chiffres d'affaires imposables au taux normal, lo-

calisées au lieu du domicile ou du siège du bénéficiaire, en l'occurrence de la partie représentée¹⁰.

- 1 Dans la terminologie courante, les *activités arbitrales* regroupent (i) les fonctions d'arbitre/d'arbitrage et (ii) les fonctions de conseil devant les tribunaux arbitraux, les deux pouvant être comprises comme «fonction d'arbitrage». Pour la suite de cette contribution, nous ferons dès lors mention de *fonctions d'arbitre* alors que le droit de la TVA retient l'expression de fonctions d'arbitrage ou de fonctions arbitrales.
- 2 Loi fédérale du 12. 6. 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA; RS 641.20).
- 3 Cf. notamment Info TVA 18 concernant le secteur «Avocats et notaires» (*ci-après: ITS 18*), ch. 1.3.2 p. 10.
- 4 L'impôt préalable étant la TVA déductible, en tout ou partie, facturée (i) par un fournisseur suisse, (ii) par l'Administration fédérale des douanes en cas d'importation de biens ou (iii) à la suite de l'impôt sur les acquisitions (autotaxation ou *reverse charge mechanism* [cf. art. 45 ss LTVA]).
- 5 Par simplification, il ne sera fait mention que de *chiffre d'affaires d'arbitrage*, et non pas d'honoraires, de rémunérations d'arbitres, etc.
- 6 Art. 42 LTVA.
- 7 Art. 72 LTVA.
- 8 Loi fédérale du 2. 9. 1999 régissant la taxe sur la valeur ajoutée, en vigueur jusqu'au 31.12. 2009 (aLTVA; RO 2000 1300 et les modifications ultérieures).
- 9 Dans un arrêt 2C_807/2008 du 19. 6. 2009 (traduit à la RDAF 2010 II 51), le Tribunal fédéral a dû se pencher sur le traitement TVA afférent au chiffre d'affaires réalisé par un bureau d'avocat en relation avec la tenue, par délégation, du secrétariat du tribunal arbitral pour les comptes en déshérence («*Claims Resolution Tribunal for dormant Accounts in Switzerland*»): caractère imposable (position de l'AFC) ou non de cette délégation? Dans une argumentation un peu surprenante, voire alambiquée, et anticipant quelque peu le nouveau régime prévu par la LTVA, le Tribunal fédéral a donné gain de cause au bureau d'avocat et a annulé la reprise TVA, considérant que les prestations de secrétariat, de tenue de procès-verbaux, d'établissement des factures, etc., constituent des prestations accessoires à la prestation principale d'arbitrage.
- 10 Art. 14 al. 3 aLTVA et art. 8 al. 1 LTVA.

II. Revenus d'arbitrage selon l'aLTVA

1. Traitement TVA du chiffre d'affaires

De manière un peu surprenante, l'aLTVA traitait de l'exercice de fonction d'arbitre – *fonctions arbitrales* selon le texte légal – dans la disposition relative à l'assujettissement des collectivités publiques¹¹. Il était en effet considéré que l'exercice de telles fonctions relevait de la *puissance publique*¹². L'objet de la présente contribution n'est pas de dissertar sur la notion de puissance publique¹³: la jurisprudence s'est chargée à maintes reprises d'expliquer à plusieurs professions que, bien qu'elles croyaient exercer, souvent par délégation, une activité relevant de la puissance publique, elles ne remplissaient pas les conditions cumulatives et restrictives leur permettant d'échapper, qui à un assujettissement, qui à une imposition du chiffre d'affaires¹⁴. Car tel est l'enjeu de l'exercice d'une activité relevant de la puissance publique, l'idée étant que les opérations purement étatiques ne font pas partie du champ d'application de la TVA¹⁵: le chiffre d'affaires y relatif (i) ne provoque pas l'assujettissement de celui qui ne réalise que ce type de revenus ou (ii) n'est pas imposable si l'assujetti réalise également d'autres chiffres d'affaires.

Cela signifie donc que l'avocat qui exerce des fonctions d'arbitre réalise un chiffre d'affaires non imposable, quelle qu'en soit d'ailleurs la localisation. Autrement dit, que le siège du tribunal arbitral soit en Suisse ou à l'étranger, le chiffre d'affaires d'arbitrage continue de relever de la puissance publique. Nous verrons que désormais, sous le régime de la LTVA, l'approche a fondamentalement changé.

Ce chiffre d'affaires, apparemment «avantageux» en termes d'imposition TVA, n'est cependant pas sans conséquence – désavantageuse! – au niveau de la déduction de l'impôt préalable.

2. Gestion de l'impôt préalable

Il n'y a en effet pas de droit à la déduction de l'impôt préalable sur les dépenses (charges de matériel, de prestations de services et d'exploitation, ainsi que les investissements) destinées à la réalisation de ces chiffres d'affaires non imposables¹⁶.

Quid dès lors de l'avocat qui réalise à la fois des opérations imposables tirées de son activité de mandataire et des chiffres d'affaires résultant de l'exercice de fonctions d'arbitre? Il se trouve dans une situation de double affectation¹⁷ puisqu'il utilise des biens et des services tant pour des affectations donnant droit à la déduction de l'impôt préalable qu'à d'autres fins: il se voit dès lors contraint de réduire la déduction de l'impôt préalable proportionnellement à l'utilisation¹⁸. S'il utilise les biens et services grevés d'impôt préalable principalement, soit à plus de 50%, pour réaliser des opérations imposables, la déduction de l'impôt préalable peut être opérée intégralement dans les trois premiers décomptes trimestriels et la correction est effectuée dans le 4^e décompte TVA (Q04/...)¹⁹. A condition qu'il décompte selon la méthode effective²⁰ car s'il décompte selon la méthode des taux de la dette fiscale

nette²¹, il ne récupère pas formellement l'impôt préalable et n'est logiquement pas astreint à corriger celui-ci.

Si cette correction, anciennement plus connue sous l'acronyme REDIP²², n'est pas effectuée spontanément par l'avocat, étant rappelé que la TVA est basée sur le principe de l'auto-taxation²³, l'inspecteur TVA s'en chargera bien volontiers mais il en coûtera un décompte complémentaire – un redressement TVA – assorti du paiement d'un intérêt moratoire dont le taux reste bien éloigné des taux actuels du marché²⁴.

3. Solution de l'option d'imposition des opérations exclues du champ de l'impôt?

L'un des rares outils d'optimisation TVA est l'option d'imposition des opérations exclues du champ de l'impôt²⁵. Il permet au contribuable, qui n'est qu'un agent perceuteur de la TVA travaillant pour le compte de la Confédération, de mettre dans le champ de l'impôt un chiffre d'affaires exclu et d'augmenter d'autant sa déduction de l'impôt préalable. Accessoirement, cela peut significativement simplifier la comptabilité puisque, grâce à l'option d'imposition, si tous les chiffres d'affaires exclus peuvent être mis dans le champ de l'impôt, tout l'impôt préalable devient en principe déductible.

Cependant, l'option ne vaut qu'à l'égard des opérations exclues. Nous l'avons vu, l'exercice de fonctions d'ar-

11 Art. 23 al. 1 aLTVA.

12 La LTVA a d'ailleurs corrigé cette curieuse qualification. Cf. ch. III.1 ci-dessous.

13 Sur cette notion, cf. P. Mollard/X. Oberson/A. Tissot Benedetto, *Traité TVA*, 2009, ch. 1.1.4 p. 176 ss.

14 Cf. en particulier à l'arrêt 2A.83/2006 du 18.10.2006 des huissiers judiciaires genevois, publié à la RDAF 2007 II 440 ainsi que sous forme résumée avec commentaire aux Archives 77 p. 38. Ils ne sont pas les seuls à avoir fait les frais de cette approche restrictive: on pense également à un maître ramoneur lui aussi genevois en relation avec les contrôles spécifiques des émanations de fumée (arrêt 2A.92/1999 du 18.1.2000), à la commune de Blonay en lien avec l'élimination des ordures ménagères (arrêt du 5.10.1999 publié aux ATF 125 II 480), à une caisse de compensation (arrêt 2A.305/2002 du 6.1.2003), à la SUVA en relation avec la promotion de la sécurité au travail (arrêt 2A.197/2005 du 28.12.2005), à un établissement pénitencier (arrêt 2A.129/2005 du 16.3.2006), à un centre patronal (arrêts 2A.166/2005 et 2A.167/2005 du 8.5.2006, publiés à la RDAF 2007 II 332) et à un exploitant d'un port public de plaisance (arrêt 2A.650/2004 du 23.6.2005, publié aux Archives 76 p. 241).

15 Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. note 33 p. 176.

16 Cf. art. 38 al. 4 aLTVA et Brochure n° 17 «Avocats et notaires», valable à partir du 1^{er} janvier 2008, ch. 1.1.2 p. 8.

17 Ce qui va souvent induire une double désaffectation pour la TVA!

18 Art. 41 al. 1 aLTVA.

19 Art. 41 al. 2 aLTVA.

20 Soit TVA due moins impôt préalable.

21 Art. 59 aLTVA.

22 Pour Réduction de la Déduction de l'Impôt Préable.

23 Art. 46 aLTVA. Auto-flagellation diront d'emblée certains, ce sur quoi nous ne pouvons pas *ipso facto* leur donner tort.

24 4% à partir du 1^{er} janvier 2012 (cf. Ordonnance du DFF du 11.12.2009 sur les taux de l'intérêt moratoire et de l'intérêt rémunérateur; RS 641.207.1). Cependant, en matière de TVA, le taux de l'intérêt rémunérateur servi par l'AFIC est identique à celui de l'intérêt moratoire. Maigre consolation cependant.

25 Art. 26 aLTVA.

bitre n'est pas, sous l'aLTVa du moins, une opération exclue du champ de l'impôt: il relève de la puissance publique. Or, autoriser un avocat à imposer par option ses revenus d'arbitre reviendrait à créer une nouvelle option non prévue par le texte légal. Le *Niet* de l'Administration fédérale des contributions (*ci-après: AFC*) à cet égard est aussi catégorique que légitime.

Conclusion: l'avocat qui, sous le régime de l'aLTVa²⁶, réalise des revenus tirés de l'exercice de fonctions d'arbitre, doit immanquablement opérer une REDIP, soit sur une base trimestrielle, soit sur une base annuelle dans son dernier décompte trimestriel. Encore 10 mois et l'année 2009 sera, pour la plupart d'entre nous, couverte par la prescription quinquennale...

III. Revenus d'arbitrage selon la LTVA

L'entrée en vigueur de la LTVA au 1^{er} janvier 2010 a fondamentalement changé l'approche quant aux revenus d'arbitrage, tant en raison de la nouvelle qualification donnée à ces revenus qu'à un autre mécanisme introduit par la nouvelle loi.

1. Chiffre d'affaires désormais exclu du champ de l'impôt

La LTVA prend le contre-pied de l'aLTVa puisqu'il est désormais reconnu que la fonction d'arbitre représente un rapport entre particuliers relevant purement du droit civil et n'a aucun lien avec une activité relevant de la puissance publique²⁷. Désormais, cette fonction n'est plus réglée dans le cadre de l'assujettissement subjectif mais au niveau des conditions objectives d'exclusion du champ de l'impôt²⁸. En effet, parmi plusieurs nouvelles exclusions du champ de l'impôt figure le ch. 29 de l'art. 21 al. 2 qui a trait à l'exercice de fonctions d'arbitrage, plus précisément d'arbitre.

Cela signifie que le chiffre d'affaires y relatif n'est pas soumis à l'impôt²⁹ mais qu'en contrepartie, les prestations affectées à la fourniture de cette prestation exclue du champ de l'impôt ne donnent pas droit à la déduction de l'impôt préalable³⁰. Sauf si l'assujetti a opté pour leur imposition, nous y reviendrons plus loin. Dans certaines circonstances, il y a mieux que l'option d'imposition: c'est l'art. 60 OTVA³¹ (cf. lettre B ci-dessous).

Un élément est désormais la clé: le *lieu d'imposition des chiffres d'affaires d'arbitrage* (ch. 2 ci-dessous) car selon ce lieu, il pourra y avoir soit une exclusion du champ de l'impôt (siège du tribunal arbitral en Suisse), soit une imposition par option (siège du tribunal arbitral en Suisse; cf. 3.A ci-après), soit l'application de l'art. 60 OTVA (siège du tribunal arbitral à l'étranger; cf. 3.B).

2. Lieu d'imposition des chiffres d'affaires d'arbitrage

La LTVA consacre désormais le principe selon lequel les prestations de services sont imposables au siège du bénéficiaire³². Cependant, en présence d'un tribunal arbitral ayant son siège juridique à l'étranger mais tenant audience par exemple en Suisse, quel lieu d'imposition retenir? Dans

une réponse écrite (*ruling* TVA)³³, l'AFC a considéré que les fonctions exercées par un arbitre au sein des tribunaux arbitraux ont pour destinataire lesdits tribunaux.

Le lieu d'exercice desdites fonctions se situe ainsi *au siège du tribunal arbitral*, soit au lieu de l'arbitrage tel que fixé par la Cour internationale d'arbitrage ou les parties et qui correspond au lieu de la sentence. Cette règle de localisation s'applique également dans le cadre des arbitrages *ad hoc* (par opposition aux arbitrages institutionnels).

3. Gestion de l'impôt préalable

Si le siège du tribunal arbitral est en Suisse, l'avocat-arbitre réalise un chiffre d'affaires exclu du champ de l'impôt, ce qui a pour effet de réduire son droit à déduction de l'impôt³⁴. S'il veut mettre ce chiffre d'affaires dans le champ de l'impôt, il peut, s'il en a la possibilité concrète, imposer volontairement ce chiffre: c'est l'option pour l'imposition des prestations exclues du champ de l'impôt³⁵.

A) Option pour l'imposition des prestations exclues du champ de l'impôt

L'option d'imposition a connu un bouleversement sous la LTVA puisqu'il est désormais possible d'opter sans devoir en demander l'autorisation à l'AFC et pour presque toutes les opérations exclues du champ de l'impôt. Au surplus, le fait que le débiteur ne soit pas contribuable TVA ne joue plus aucun rôle³⁶. Il demeure impossible d'opter par exemple pour l'imposition des opérations bancaires et d'assurance³⁷. Il n'y a pas d'option non plus pour les opérations immobilières si le destinataire utilise l'objet exclusivement à des fins privées³⁸.

²⁶ Soit jusqu'au 31.12.2009.

²⁷ Message 08.053 du 25.6.2008 sur la simplification de la TVA (FF 2008 6277, p. 6354).

²⁸ A. CAMENZIND/N. HONAUER/K. A. VALLENDER/M. R. JUNG/S. L. PROBST, Handbuch zum Mehrwertsteuergesetz (MWSTG), 2012, ch. 1375, p. 501.

²⁹ Art. 21 al. 1 LTVA.

³⁰ Art. 29 al. 1 LTVA. En cas de double affectation, l'art. 30 LTVA reprend les principes de l'art. 41 aLTVa, notamment quant à la correction annuelle en cas d'utilisation prépondérante à des fins imposables (al. 2).

³¹ Ordonnance du 27.11.2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (OTVA; RS 641.201).

³² Art. 8 al. 1 LTVA.

³³ L'art. 69 LTVA a en effet formalisé (légalisé n'est pas le terme adéquat mais la pratique existait déjà sous l'aLTVa et n'était pas pour autant illégale) la pratique du *ruling* TVA.

³⁴ Cf. ITS 18 ch. 4.1 p. 16.

³⁵ Art. 22 LTVA.

³⁶ L'art. 26 al. 1 let. a aLTVa relatif à l'option d'imposition des opérations immobilières exigeait par exemple que les opérations soient fournies à des assujettis suisses. Cette exigence a disparu mais a été remplacée par une autre restriction (uniquement en matière immobilière), à savoir que le destinataire n'utilise pas l'objet exclusivement à des fins privées (art. 22 al. 2 let. b LTVA).

³⁷ Art. 22 al. 2 let. a en relation avec l'art. 21 al. 2 ch. 18 (assurance et réassurance), 19 (marché monétaire et marché des capitaux et 23 LTVA (paris, loteries, jeux de hasard).

³⁸ Art. 22 al. 2 let. b en relation avec l'art. 21 al. 2 ch. 20 et 21 LTVA.

Pour autant qu'il décompte selon la méthode effective³⁹, l'avocat exerçant des fonctions d'arbitre peut imposer volontairement, au taux normal de 8%, sa rémunération d'arbitre⁴⁰. Cela aura cependant pour effet d'augmenter de 8% le coût de son intervention, ce qui pourrait le rendre moins concurrentiel, en termes financiers s'entend, qu'un autre arbitre qui n'aurait pas opté.

Quid maintenant si le siège du tribunal arbitral est à l'étranger? Va-t-il falloir opter en facturant une TVA suisse de 8%? Non! Car entre alors en jeu l'article salvateur de l'impôt préalable: l'art. 60 OTVA.

B) Art. 60 OTVA «Déduction de l'impôt préalable pour les prestations fournies à l'étranger»

L'art. 60 OTVA énonce que: «La déduction de l'impôt préalable pour les prestations fournies à l'étranger est possible dans les mêmes proportions que pour celles fournies sur le territoire suisse et pour l'imposition desquelles il aurait été opté conformément à l'art. 22 LTVA.»

Exprimé ainsi, ce n'est assurément pas très parlant pour le non-spécialiste TVA⁴¹, mais l'art. 60 OTVA est une formidable avancée fiscale. En effet, en présence d'un chiffre d'affaires exclu du champ de l'impôt mais qui est localisé au siège étranger du bénéficiaire et pour lequel une option d'imposition eût été possible s'il eût été localisé en Suisse, ce chiffre d'affaires, sans qu'il soit vraiment nécessaire de se poser la question s'il devient alors un chiffre d'affaires non imposable ou exonéré⁴², ouvre droit à déduction de l'impôt préalable, du simple fait qu'il est localisé à l'étranger⁴³.

Encore faut-il pouvoir opter à son égard, ce qui est le cas de l'arbitrage mais ne l'est pas par exemple pour les opérations exclues du champ de l'impôt dans les domaines du marché monétaire et du marché des capitaux⁴⁴.

Enfin, le fardeau de la preuve de la non-imposition d'un chiffre d'affaires incombe toujours au contribuable: l'avocat prendra donc soin de pouvoir prouver d'une part la nature de la prestation (arbitrage au titre d'arbitre) et, d'autre part, le siège étranger du tribunal arbitral, étant précisé que la LTVA a introduit le principe de la libre appréciation des preuves⁴⁵. La facture détaillée⁴⁶ (ou qui renvoie à d'autres documents qui, eux, détaillent la nature des opérations), reste donc le moyen de preuve le plus adéquat.

4. Résumé

Pour un arbitre suisse, les hypothèses suivantes peuvent se présenter à lui, pour les périodes fiscales débutant au 1^{er} janvier 2010:

- Siège du tribunal arbitral en Suisse⁴⁷: l'arbitre réalise en principe un chiffre d'affaires exclu du champ de l'impôt, en vertu de l'art. 21 al. 2 ch. 29 LTVA:
 - S'il n'opte pas pour l'option d'imposition (art. 22 LTVA): pas de droit à déduction de l'impôt préalable⁴⁸.
 - Au contraire, s'il opte pour l'imposition (chiffre d'affaires de CHF 100 + CHF 8 de TVA ou, autre possibilité, CHF 100, TVA 8% incluse⁴⁹): droit à déduction de l'impôt préalable.

- Siège du tribunal arbitral à l'étranger: art. 60 OTVA et droit à déduction de l'impôt préalable.

IV. Conclusion

Il est de bon ton de casser du sucre sur la TVA⁵⁰, et ce concassage n'est pas toujours injustifié. Il faut cependant aussi mettre en exergue les progrès au niveau de la législation et de la pratique administrative.

En matière d'exercice de fonctions d'arbitre, la LTVA marque une évolution positive, en particulier grâce à l'art. 60 OTVA. Il n'en demeure pas moins que subsiste un risque de reprise TVA pour l'avocat arbitre d'un tribunal arbitral dont le siège est en Suisse et qui n'a pas opté pour l'imposition mais qui n'a pas corrigé la déduction de son impôt préalable. Pour l'avocat-arbitre qui opère cette correction, il en résulte une taxe occulte⁵¹ tout à fait désagréable dont il ne peut cependant que s'accommoder. Les collectivités publiques, grandes «supportrices» de taxe occulte, pourraient en parler longuement.

³⁹ S'il décompte selon la méthode des taux de la dette fiscale nette, l'art. 77 al. 2 OTVA le prive de l'option d'imposition de certaines opérations exclues, parmi lesquelles figure l'exercice de fonctions d'arbitre.

⁴⁰ Comment opter? En indiquant clairement sur la facture un montant de TVA de 8%. L'avocat n'oubliera pas d'indiquer ce chiffre d'affaires au chiffre 200 de son décompte trimestriel mais également – nouveauté LTVA! – au chiffre 205.

⁴¹ Ça l'était d'ailleurs aussi pour le spécialiste TVA à l'entrée en vigueur de la LTVA en 2010, tant cette nouvelle disposition peut s'avérer fiscalement favorable pour les contribuables TVA. Et pour une fois, il n'est pas exagéré d'affirmer que nous avons été «décus en bien!»

⁴² Au niveau de l'annonce de ce chiffre d'affaires dans le décompte TVA trimestriel, nous sommes d'avis qu'il n'a pas sa place au chiffre 230 «Prestations exclues du champ de l'impôt (art. 21) pour lesquelles il n'a pas été opté», car ce chiffre est là pour identifier les chiffres d'affaires qui conduisent en principe à une correction de la déduction de l'impôt préalable (dans ce sens, cf. Info TVA 15 «Décompte et paiement de l'impôt», p. 10 chiffre 230). Nous avons donc une préférence pour l'annoncer au chiffre 221 «Prestations fournies à l'étranger» et bien évidemment au préalable au chiffre 200.

⁴³ Cf. également ITS 18, ch. 4.2 p. 17.

⁴⁴ Art. 21 al. 2 ch. 19 en relation avec l'art. 22 al. 2 let. a LTVA.

⁴⁵ Art. 81 al. 3, 2^e phrase LTVA: «L'acceptation d'une preuve ne doit pas dépendre exclusivement de la présentation de moyens de preuves précis.»

⁴⁶ Cf. à cet égard les lettres a à f de l'art. 26 al. 2 LTVA, pour les mentions qu'une facture doit contenir.

⁴⁷ Plus précisément sur le territoire suisse, ce qui inclut la Principauté de Liechtenstein (art. 3 let. a LTVA).

⁴⁸ Cette correction de la déduction de l'impôt préalable s'appliquera (i) sur les charges grevées de TVA pouvant être directement affectées à la réalisation de ce chiffre d'affaires ainsi que (ii) sur les frais généraux.

⁴⁹ Chiffre d'affaires net de CHF 92.59 et TVA due de CHF 7.41.

⁵⁰ Sur l'AFC, sur l'inspecteur TVA, sur les publications TVA, sur les spécialistes TVA, sur le Tribunal fédéral, soit une palette des victimes expiatoires diverse et variée.

⁵¹ Soit la TVA non déductible qui ne peut pas être répercutée, ou que partiellement, sur le débiteur.

«CLIC INFORMATIQUE»: LA RÉMUNÉRATION DE L'AVOCAT EN BITCOINS – PERSPECTIVES LÉGALES ET DÉONTOLOGIQUES (II)

SÉBASTIEN FANTI

Avocat au Barreau valaisan, certifié OMPI, notaire, Sion

Mots-clés: avocat, rémunération, Bitcoin, risques légaux et déontologiques, blanchiment, financement d'activités criminelles, conseils prudents, jeu de l'avion, pyramide de Ponzi

Le présent article a pour but, après avoir présenté les spécificités de cette nouvelle monnaie (partie I), d'en analyser les conséquences pour les avocats en matière d'honoraires, tant sur le plan légal que déontologique (partie II).

3. Les normes légales et réglementaires applicables au Bitcoin en droit suisse

A) *Quid iuris dans le domaine bancaire et financier*

La présentation des normes a fait l'objet d'une publication qui analyse dans le détail les problématiques générées par le Bitcoin¹. Le lecteur y est renvoyé pour éviter d'inutiles redites. Quelques points précis méritent une attention soutenue à l'aune du cadre de la présente contribution.

«La monnaie électronique ... pourra servir d'instrument de blanchiment d'argent. En effet, sa déterritorialité et le fait qu'elle est indétectable lors de transferts offrent des avantages qui favorisent la criminalité économique. Sa vitesse de circulation, la sécurité et l'anonymat qu'elle garantit ne font qu'accroître cette propension².» La FINMA a déjà eu à traiter de cas relatifs à la monnaie électronique³. Elle a considéré en 2010 déjà que la vente de monnaie électronique constitue un service dans le domaine du trafic des paiements au sens de l'article 2 al. 3 let. b LBA. La monnaie électronique qui peut être transférée sans contrepartie sous forme de biens ou services d'un compte digital à un autre ne relève pas de l'exception visée à l'article 7a LBA.

Dans cette affaire, la FINMA a considéré le système mis en place dans son ensemble, soit uniformément les activités de l'ensemble des participants. Elle a ainsi soumis une société suisse qui vend à ses clients une monnaie électronique émise par des sociétés étrangères à une autorisation.

Le problème est donc principalement lié à la territorialité des actes accomplis par chacun des intermédiaires. Si une société existe en Suisse, la FINMA de même que les autres autorités (AFC) pourront agir et procéder à une analyse du respect des normes.

A défaut, et c'est l'un des principaux problèmes liés au Bitcoin, une économie virtuelle opaque va se développer

sans aucun contrôle. Il apparaît donc clairement préférable de favoriser l'émergence de structures en Suisse pour éviter une absence d'emprise sur une monnaie qui comporte des risques certains. C'est certainement ce qui a conduit l'Allemagne à adopter une position ouverte et qui se révèle en réalité pragmatique. Rien ne sert d'interdire ce qui existera alors sans régulation et constituerait un danger certain pour l'économie réelle également.

4. Les normes applicables aux avocats

A) *La rémunération de l'avocat*

D'ordinaire, c'est une somme d'argent qui constitue la rétribution de l'avocat. Il advient toutefois que l'avocat puisse bénéficier de prestations en nature ou en contre-affaires⁴. La seule restriction relative à la nature de la rémunération a trait à la préservation de l'indépendance de l'avocat⁵. Il apparaît donc, sur le principe, possible d'accepter d'être payé en Bitcoins. L'avocat en tant que professionnel du droit qui souscrirait à un tel mode de règlement

1 JEAN-DANIEL SCHMID/ALEXANDER SCHMID, Bitcoin – eine Einführung in die Funktionsweise sowie eine Auslegeordnung und erste Analyse möglicher rechtlicher Fragestellungen, in Jusletter 4. 6. 2012.

2 NICOLAS A. CUCHE, La monnaie électronique: réalité et fiction, in: La Vie Economique, 4/2001, p. 50.

3 Décision du 29. 11. 2010 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, Bulletin 3/2012, p. 148 ss.

4 FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N. 2937, p. 1158; par exemple une remise d'actions d'une société.

5 Indépendance qui ne serait pas garantie si l'avocat par exemple exerce majoritairement son activité dans les bureaux de son client; il ne semble pas qu'un tel risque puisse se concrétiser du seul fait d'accepter un paiement d'honoraires en monnaie virtuelle.

en assumera toutefois les risques et périls⁶: tant pis pour l'avocat qui accepte d'être payé en monnaie de singe diront les sceptiques! Les conséquences d'une telle acceptation ne sont malheureusement pas limitées au risque de perte de valeur de la monnaie électronique⁷. De ce point de vue, le contrat établi par l'avocat texan Jay Cohen qui, en cas de paiement en Bitcoins, sollicite de son client qu'il déclare que l'argent ne provient pas d'une source illicite⁸, est insuffisant pour exonérer le mandataire de toute incidence légale ou déontologique. Comme le rappelle le Professeur Laurent Moreillon, la première règle en matière d'honoraires est d'éviter tout paiement en espèces⁹, soit dans le cas d'espèce d'éviter un paiement dans une monnaie dont l'origine est intraçable. Les banques et les organismes financiers sont en effet tenus de procéder à des vérifications fines et hétérogènes de l'origine des fonds, ce qui garantit à l'avocat un premier filtre efficace. En l'absence de toute intervention d'une banque centrale ou d'un établissement de crédit, le Bitcoin représente par nature et initialement un risque supplémentaire évident qu'un mandataire professionnel se doit d'apprécier avec rigueur et sérieux. De nombreuses incertitudes surgissent immédiatement: comment déclarer cette rémunération¹⁰? est-elle soumise à la TVA? etc. La réponse à ces interrogations légitimes dépendra de l'édiction de normes, respectivement de l'interprétation que les régulateurs et les autorités devront conduire et qui, à ce jour, n'en sont qu'à leurs soubresauts en Suisse, comme dans les pays où le Bitcoin s'est répandu à la vitesse des bits qui le constituent¹¹.

B) Le blanchiment d'argent

Ce sujet est extrêmement vaste et complexe et il mériterait des développements conséquents qu'un article introductif tel que celui-ci proscrire¹². Seul sera donc abordé le dénominateur commun entre tous les avocats, soit l'activité traditionnelle pour laquelle une condamnation peut intervenir aux termes de l'article 305^{bis} du Code pénal, sans qu'il soit nécessaire que l'avocat soit un intermédiaire financier. L'article 305^{bis} réprime le blanchiment, soit le fait de commettre un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont l'auteur savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime. Il s'agit donc d'une infraction intentionnelle pour laquelle le dol éventuel suffit¹³. L'auteur doit vouloir ou accepter que le comportement qu'il choisit d'adopter soit propre à provoquer l'entrave prohibée. Au moment d'agir, il doit s'accommoder d'une réalisation possible des éléments constitutifs de l'infraction. L'auteur doit également savoir ou présumer que la valeur patrimoniale provenait d'un crime. A cet égard, il suffit qu'il ait connaissance de circonstances faisant naître le soupçon pressant de faits constituant légalement un crime et qu'il s'accommode de l'éventualité que ces faits se soient produits¹⁴.

L'encaissement des honoraires peut constituer, selon la doctrine¹⁵, un acte de blanchiment lorsque le client qui les paie est suspecté de la commission d'un crime dont le

produit pourrait servir à effectuer ce paiement. Cette problématique qualifiée de critique¹⁶ suscite des avis contrastés. D'aucuns¹⁷ sont d'avis que le simple encaissement d'honoraires, même d'un montant justifié, pourrait constituer un acte de blanchiment, pour autant que l'élément subjectif soit réalisé. D'autres auteurs¹⁸ sont plus réticents à l'idée de criminaliser le comportement de l'avocat qui encaisse pour ses besoins de tels honoraires. Il ne s'agirait alors ni d'un acte de dissimulation ni d'une entrave à la confiscation.

6 Il paraît à cet égard douteux (pour ne pas dire abusif) de pouvoir émettre es qualité de mandataire professionnel, nécessairement au fait des subtilités du système financier, une quelconque prétention à l'endroit d'un client qui aurait payé d'entente avec l'avocat sa facture en Bitcoins, par exemple en cas de perte de valeur importante entre le moment où la facture est établie et le moment où elle doit être payée, respectivement celui du paiement effectif: la facture est datée du 1^{er} mars et elle est payable à 30 jours; manque de chance, le 29^e jour le cours du Bitcoin perd 25% et le jour du paiement, soit le 31^e jour, le cours perd encore 10%...; l'avocat pourra en effet être en mesure, comme lorsqu'il est payé dans une monnaie étrangère, d'attendre un cours plus favorable.

7 Respectivement à la perte totale de ses Bitcoins, si l'on se réfère au récent dépôt de bilan de la plate-forme d'échange de monnaie virtuelle MtGox, victime de vols portant sur une somme de 350 millions d'euros: <http://www.bilan.ch/economie/laplate-forme-bitcoin-en-faillite-ouvre-une-ligne-telephonique>.

8 <http://www.numerama.com/magazine/25868-un-avocat-propose-d-etre-payee-en-bitcoins.html>.

9 LAURENT MOREILLON, L'avocat et l'argent du crime, Allez savoir! n° 26, juin 2003: http://www2.unil.ch/unicom/allez_savoir/as26/AS26_PDF/4_avocat_argent.pdf.

10 JEAN-JACQUES MICHALLON, Faut-il payer des impôts sur les gains en Bitcoins?: <http://www.avocat-fiscaliste-paris.j2m-online.fr/blog-j2m-avocats-fiscalistes/>; la Direction Générale des Impôts Américains (IRS) n'a pas encore émis d'avis définitif y relativement, s'interrogeant pour l'heure sur la nature du Bitcoin, une marchandise ou une monnaie: «*The heart of the issue is whether the IRS will view bitcoins as a currency or a commodity.*»: http://www.slate.com/blogs/moneybox/2014/01/27/bitcoin_taxation_irs_isn_t_sure.html.

11 Suite à l'affaire MtGox, la nouvelle présidente de la Fed, JANET YELLEN, interpellée par un sénateur, a rappelé l'impuissance de son institution en ces termes: «*Cette innovation a entièrement lieu en dehors du système bancaire. La Fed n'a tout simplement pas l'autorité pour la superviser ou la réguler.*» Le Congrès a donc été invité à se saisir du dossier avec ce bémol d'importance: «*il sera difficile de réguler le Bitcoin en raison de sa structure décentralisée*»: http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/03/01/apres-la-faillite-de-mtgox-la-pression-monte-pour-reglementer-le-bitcoin_4375967_3234.html.

12 Cf. à cet égard: BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, Le cadre législatif et les principes essentiels, Bâle 2013, p. 197 ss; FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N. 3527, p. 1383; CR LLCA-PASCAL MAURER/JEAN-PIERRE GROSS, art. 13 LLCA, N. 160 ss.

13 Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 18. 11. 2013 (6B_879 2013) considérant 2.1.

14 ATF 122 IV 211 consid. 2e.

15 BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, Le cadre législatif et les principes essentiels, Bâle 2013, p. 203 et les références citées.

16 Car susceptible de mettre en cause la faculté de défendre de manière onéreuse son mandant.

17 MARLENE KISTLER, La vigilance requise en matière d'opérations financières, thèse, Zurich 1994, 150-151.

18 BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, Le cadre législatif et les principes essentiels, Bâle 2013, p. 203 et les références citées.

Le Bitcoin est, intrinsèquement, de par son caractère anonyme un vecteur privilégié pour les activités criminelles en tous genres, qu'il s'agisse de financement du terrorisme, de trafic de drogue ou encore de blanchiment d'argent¹⁹. A Davos, le Secrétaire du Trésor américain s'inquiétait que la monnaie virtuelle ne devienne une «voie royale pour le financement d'activités illégales ou de toute activité ayant un dessein malveillant à l'instar du terrorisme²⁰». L'absence de compensation entre organismes bancaires suscite l'intérêt de tous les acteurs de la criminalité internationale. Si les défenseurs du Bitcoin ont parfaitement compris les enjeux et proclament que «le Bitcoin n'est pas un voile magique pour des transactions illicites²¹», les solutions proposées pour juguler les risques représentés ne sont objectivement pas satisfaisantes dès lors qu'elles s'inscrivent dans une démarche *a contrario* de la nature même de cette monnaie électronique.

Ad memoriam, une autre monnaie numérique, le Liberty Reserve (LR), avait été l'outil du plus gros blanchiment d'argent mis à jour aux Etats-Unis. Il s'était agi d'une somme de 6 milliards de dollars²².

Dans ces circonstances, l'avocat enclin à accepter une rémunération en Bitcoin devra faire preuve d'une prudence de Sioux. Obtenir de son mandant une déclaration selon laquelle les Bitcoins reçus n'ont pas d'origine criminelle ne le soustraira à l'évidence pas à une éventuelle poursuite pénale fondée sur l'article 305^{bis} du Code pénal, ce d'autant que le risque de blanchiment désormais matérialisé dans différentes procédures, sur le plan international, doit être considéré comme de notoriété publique. Tant qu'aucun statut légal n'aura été précisément défini en Suisse s'agissant du Bitcoin, il est douteux qu'un mandataire professionnel puisse exciper de l'avis de la doctrine majoritaire pour accepter un tel mode de paiement. Même si la doctrine est d'avis que le reproche ne peut être formulé à l'encontre d'un avocat qui perçoit un simple versement sur un compte personnel ordinaire au lieu du domicile servant aux paiements courants²³, il n'en demeure pas moins qu'avec le Bitcoin la situation diffère notablement. Toutes proportions conservées on pourrait évoquer l'hypothèse d'une monnaie traditionnelle ayant fait l'objet de l'impression de faux billets en nombre et pour laquelle une banque ou un avocat n'opérerait pas de vérification spécifique. Sauf à dire qu'en plus, ici, la vérification est rendue impossible par la nature même du Bitcoin, d'où un risque exponentiel de participer à un acte illicite. Lorsque le Conseil fédéral aura déterminé, suite aux interventions parlementaires, si des mesures doivent être prises, la situation sera plus favorable à une analyse de détail pour laquelle nombre des facteurs font encore défaut. En l'état donc, il est absolument déconseillé d'accepter de tels paiements. Les expériences récentes ont démontré que les autorités pénales étrangères n'hésitent nullement à procéder à l'arrestation d'avocats ayant participé à un acte criminel. Aux Etats-Unis, la compétence en cette matière affère notamment au Secret Service, lequel dispose de pouvoirs étendus²⁴. Finalement, l'avocat qui accepterait de percevoir des honoraires en Bitcoin prendrait éga-

lement le risque de contrevenir à la législation d'un pays étranger et de devoir répondre envers des autorités pour une violation de normes, dont il pourrait ignorer jusqu'à l'existence. Ainsi qu'il a été exposé, plusieurs pays ont tout simplement interdit le Bitcoin.

C) Les règles déontologiques

Il est également possible de sanctionner disciplinairement le mandataire qui aurait contrevenu à une norme légale. L'article 1 du Code suisse de déontologie stipule comme première exigence que l'avocat exerce sa profession dans le respect de l'ordre juridique. La clause générale de l'article 12 let. a LLCA devrait pouvoir trouver application dans l'hypothèse où un mandataire professionnel est reconnu coupable notamment de violation de l'article 305^{bis} du Code pénal. En pratique, l'autorité disciplinaire pourrait cependant considérer que la sanction pénale est suffisante pour empêcher toute réitération d'un tel acte. Demeure donc ouverte la problématique de l'absence de normes, respectivement de l'absence d'avis quant à l'application des normes existantes de référence. S'il est exact que l'avocat ne doit nullement pallier l'absence de réaction du régulateur et/ou du législateur, il apparaît dans un contexte tel que celui-ci que son expérience en matière de flux financiers et de normes doit l'inciter à refuser une rémunération de ce type. Nous ne nous trouvons pas dans une configuration où les normes font totalement défaut. Tout au plus s'agit-il d'une phase préliminaire d'analyse qui devrait se terminer avec la remise d'un rapport que le Conseil fédéral devrait rendre public dans quelques mois. Dans l'intervalle, la méconnaissance des conséquences de l'acceptation du paiement des honoraires en monnaie électronique doit conduire l'avocat à décliner toute offre de rémunération de ce type.

5. Conclusion

Pour l'heure, comme chacun l'aura compris, l'équation comporte nombre d'inconnues, de sorte qu'il n'est pas possible de déterminer précisément la nature et la portée

19 MARGAUX DUQUENNE, Bitcoin: blanchiment et autres fraudes financières à venir: <http://www.linformaticien.com/actualites/id/31853/bitcoin-blanchiment-et-autres-fraudes-financieres-a-venir.aspx>.

20 <http://www.latribune.fr/actualites/economie/international/20140124trib000811668/qui-est-l-invite-surprise-a-davos-le-bitcoin.html>.

21 Cf. Déclaration de PATRICK MURCK, le représentant de la Fondation Bitcoin, au Sénat: <http://www.la-croix.com/Actualite/Economie-Entreprises/Economie/Le-bitcoin-monnaie-virtuelle-ne-veut-plus-etre-l-argent-du-crime-2013-11-19-1062671>.

22 http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/05/29/le-site-de-paiement-en-ligne-liberty-reserve-accuse-de-blanchiment_3419963_3234.html.

23 BENOÎT CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, Le cadre législatif et les principes essentiels, Bâle 2013, p. 204, qui cite la SJ 1999 I 193.

24 <http://m.radio-canada.ca/nouvelles/International/2014/02/12/012-bitcoins-floride-argent-blanchiment-secret-service.shtml>.

des règles légales et réglementaires en matière de Bitcoin²⁵. Cependant, l'avocat, à l'aune de ses connaissances et de son expérience, doit se projeter quelque peu et tenter de circonscrire les risques que comporte cette monnaie électronique. Dès lors que l'évidence du danger est communément admise, il convient, à tout le moins jusqu'à ce que la FINMA et le Département Fédéral des Finances aient communiqué leur point de vue au Conseil fédéral, de surseoir à l'acceptation de ce mode de paiement, même si la tentation est grande de faire œuvre de précurseur et de bénéficier d'une publicité aussi importante que Me Cohen. La rigueur qui doit prévaloir dans une telle situation est égale à l'importance de la place financière suisse. Les avo-

cats ont trop souvent été l'objet de critiques acerbes, alors que leur tâche relève désormais du funambulisme entre la défense des intérêts de leur mandant et le respect des normes plus précises, exhaustives et contraignantes qui régissent sa profession. Ne cédon pas à la tentation de la facilité.

²⁵ La présente contribution n'a de surcroît mis en exergue que quelques problématiques; on pourrait évoquer la violation d'autres normes pénales (recel, entrave à l'action pénale, etc.) ou civiles (action en responsabilité).

Intégralement
remis à jour
et complété

Précis de droit fiscal international

Xavier Oberson

Février 2014, CHF 110.–

Précis de droit Stämpfli PdS, 4^e édition, 452 pages, broché, 978-3-7272-2382-2

La 4^e édition du «Précis de droit fiscal international» tient compte de l'ampleur des réformes que ce domaine a subi ces dernières années.

La structure classique de l'ouvrage a été maintenue, à savoir une subdivision en six parties.

- (i) généralités;
 - (ii) règles unilatérales du droit fiscal international de la Suisse;
 - (iii) CDI conclues par la Suisse en matière d'impôts sur le revenu et la fortune;
 - (iv) les CDI en matière d'impôts sur les successions;
 - (v) aspects de procédure (y compris l'échange de renseignements) et
 - (vi) les accords bilatéraux entre l'UE et la Suisse.
- Cela dit, l'ouvrage a été intégralement remis à jour et complété sur de nombreux thèmes, tout particulièrement le chapitre sur l'échange de renseignements en matière fiscale qui a été réécrit ainsi que les problèmes de l'abus des CDI, la lutte contre la double non-imposition, la problématique des prix de transfert et l'évolution des relations entre la Suisse et l'Union Européenne.

Stämpfli

Editions

Stämpfli Editions SA

Wölflistrasse 1

Case postale 5662

CH-3001 Berne

Tél. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

editions@staempfli.com

www.staempflieditions.com

Précis de droit Stämpfli

Xavier Oberson

Précis de droit fiscal international

4^e édition



Stämpfli Editions SA Berne

588/14

www.staempflieditions.com/revue-avocat



**ZIVILRECHT, ZPO UND SCHKG /
DROIT CIVIL, CODE DE PROCÉDURE CIVILE ET
POURSUITE POUR DETTES ET FAILLITE (III)**

**Art. 152 CPC, art. 12 LLCA, art. 6 CSD; preuve
illicite, règles professionnelles de l'avocat,
confidentialité**

I^{re} Cour de droit civil, 4A_294/2013,
11 décembre 2013, X. SA c/Z. SA; publication
de l'arrêt prévue dans le RO. – condensé Bû

La Cour de justice genevoise est arrivée à la conclusion que la prescription était acquise le 13. 6. 2010, soit avant le dépôt de la demande. Elle n'a retenu aucun acte interruptif de prescription. Elle a écarté du dossier la lettre du 30. 4. 2010 adressée au conseil de la recourante par le conseil de l'intimée sous le sceau de la confidentialité et contenant une renonciation à la prescription selon la recourante.

Aux termes de l'art. 152 al. 2 CPC, le tribunal ne prend en considération les moyens de preuve obtenus de manière illicite que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant. Contrairement à la preuve irrégulière, recueillie en violation d'une règle de procédure, la preuve illicite est obtenue en violation d'une norme de droit matériel, laquelle doit protéger le bien juridique lésé contre l'atteinte en cause, dont font partie les règles professionnelles énumérées à l'art. 12 LLCA. Selon l'art. 6 CSD (Code suisse de déontologie), l'avocat ne porte pas à la connaissance du tribunal des propositions transactionnelles, sauf accord exprès de la partie adverse. Après avoir posé que le caractère confidentiel d'une communication adressée à un confrère doit être clairement exprimé, l'art. 26 CSD répète qu'il ne peut être fait état en procédure «de documents ou du contenu de propositions transactionnelles ou de discussions confidentielles». En présence d'un courrier désigné expressément comme confidentiel, dont les propositions transactionnelles avaient été caviardées, le Tribunal fédéral a posé que la règle de la confidentialité doit être interprétée dans un sens absolu et appliquée strictement (cf. réf.). A ce propos, il faut admettre qu'un courrier confidentiel ne peut pas être déposé en justice, même caviardé, à moins que, manifestement, seule une partie du texte n'ait un caractère confidentiel.

En l'espèce, le moyen de preuve litigieux est la lettre du 30. 4. 2010 adressée par le conseil de l'intimée au conseil de la recourante; ce dernier l'a produite caviardée devant le premier juge, avec l'autorisation du Bâtonnier de l'Ordre des avocats genevois.

La question est de savoir si cette preuve a été déposée en violation de la règle de la confidentialité déduite de l'art. 12 let. a LLCA et, partant, si elle est illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC. S'agissant de déterminer s'il y a eu violation d'une norme de droit fédéral, édictée dans l'intérêt public, l'avis du Bâtonnier est dénué de pertinence.

Frappé des réserves d'usage, le courrier litigieux mentionne expressément son caractère confidentiel. Conformément au principe exposé plus haut, déduit de la règle de la confidentialité appliquée strictement, un tel courrier ne peut

pas être produit en justice, sauf si la partie non caviardée ne présente manifestement pas un caractère confidentiel.

Selon l'arrêt attaqué, la déclaration visible de l'intimée figurant dans le courrier du 30. 4. 2010 est une «offre de renoncer à la prescription», «une proposition de renonciation». Pour sa part, la recourante prétend qu'il s'agit d'une renonciation unilatérale et inconditionnelle à la prescription, qui ne présente aucun caractère de confidentialité.

Les termes mêmes utilisés dans le passage en cause accréditent la qualification retenue par la cour cantonale et ne permettent en tout cas pas de retenir qu'à l'évidence, l'intimée renonçait unilatéralement et inconditionnellement à la prescription. Le conseil de l'intimée, mandataire professionnel, a écrit en effet que sa cliente était «prête à renoncer (...) à invoquer l'exception de prescription», et non simplement qu'elle renonçait à cette exception. Or, celui qui est prêt à une action n'a pas encore agi et se déclarer prêt à accomplir un acte ne signifie pas nécessairement l'exécuter par la suite sans conditions. En l'occurrence, comme le courrier produit contient des propositions transactionnelles, il n'est nullement exclu de voir dans la déclaration en cause, interprétée objectivement, une offre insérée parmi les autres propositions transactionnelles dont le contenu a été caviardé, et qui engage l'intimée uniquement si un accord global est conclu, en ce sens que les prétentions sur lesquelles les parties transigent seront dues même si elles sont prescrites. Contrairement à ce que la recourante soutient, il n'est dès lors pas manifeste que la déclaration litigieuse ait été émise indépendamment des propositions transactionnelles caviardées et, par conséquent, qu'elle présente un caractère non confidentiel.

La conclusion est identique si l'on se place sous l'angle de l'interprétation subjective, faisant appel aux éléments postérieurs à la déclaration. En effet, si le passage en cause était une renonciation pure et simple à invoquer la prescription, on ne comprend pas pourquoi le conseil de la recourante a cherché à obtenir, en date du 30. 6. 2010, une déclaration de renonciation unilatérale dénuée d'ambiguïté.

Art. 1 Abs. 2 Ziff. 1 LugÜ; sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ, erbrechtliche Vorfragen

I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_344/2013,
21. Januar 2014, X. c. Y.; nicht in der AS publiziert. –
Zusammenfassung Ha

Unter Streitigkeiten aus dem Gebiet «des Erbrechts einschliesslich des Testamentsrechts» im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Ziff. 1 LugÜ fallen alle Ansprüche des Erben «auf und an den Nachlass» (BGE 135 III 185 E. 3.4.1 S. 191). Das Auftreten erbrechtlicher Vorfragen hindert die Anwendung des LugÜ nicht. Ansprüche gegen Dritte, in die ein Erbe causa mortis nachfolgt, fallen folglich dann in den sachlichen Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens, wenn sich der geltend gemachte Anspruch bereits im Vermögen des Erblassers befand, mithin nur die Aktivlegitimation des Erben auf einem erbrechtlichen Titel beruht. In solchen Fällen ist der Bestand und Inhalt des gel-

tend gemachten Anspruchs nicht nach dem Erbstatut, sondern nach einem anderen vermögensrechtlichen Statut zu beurteilen und nur die Aktivlegitimation wird durch das Erbrecht im Sinne einer Vorfrage bestimmt (BGE 135 III 185 E. 3.4.2 S. 191).

Die Vorinstanz hielt fest, dass der Beschwerdeführer und der verstorbene Ehemann der Beschwerdegegnerin am 1.4.1997 bei der Sparkasse N. ein Nummerndepot eröffneten. Gemäss den Vorbringen der Beschwerdegegnerin habe der Beschwerdeführer dieses Depot am 19.5.2008 aufgelöst und die darin befindlichen Vermögenswerte im Betrag von EUR 365 505,60 an sich genommen. Die im Depot enthaltenen Vermögenswerte seien jedoch ausschliesslich im Eigentum ihres Ehemannes gestanden, weshalb die Beschwerdegegnerin nunmehr den ihr als Erbin zustehenden Anteil fordere. Demgegenüber mache der Beschwerdeführer geltend, er sei alleiniger Depotinhaber gewesen und das sich darin befindliche Geld stamme ausschliesslich von ihm.

Gestützt auf diese Vorbringen hat die Vorinstanz zutreffend geschlossen, dass sich die Beschwerdegegnerin in ihrer Klage nicht auf einen erbrechtlichen Titel stützt, sondern einen Anspruch geltend macht, der bereits dem Erblasser gegenüber dem Beschwerdeführer am Depot zustand. Die Beschwerdegegnerin leitet mithin lediglich ihre Aktivlegitimation aus Erbrecht ab, stützt sich aber in der Hauptsache auf einen vermögensrechtlichen Titel, in den sie gemäss ihrer Darstellung *causa mortis* nachgefolgt ist. Die erbrechtliche Frage, ob und inwieweit die Beschwerdegegnerin tatsächlich in den Nachlass ihres Ehemannes sukzediert ist, bildet in der vorliegenden Auseinandersetzung lediglich eine Vorfrage, welche zuständigkeitsrechtlich irrelevant ist (vgl. SVEN RÜETSCHI, *Vorfragen im schweizerischen Zivilprozess*, Diss. Basel 2011, Rz. 181). Für den sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ massgeblich ist die Hauptfrage, welche vorliegend nicht erbrechtlich ist. Die Vorinstanz ist damit zu Recht zum Schluss gelangt, dass die vorliegende vermögensrechtliche Auseinandersetzung nicht vom sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ ausgenommen ist, womit das Bezirksgericht Luzern gestützt auf Art. 2 Ziff. 1 LugÜ international zuständig ist.

STRAFRECHT, STPO UND STRAFVOLLZUG / DROIT PÉNAL, CPP ET EXÉCUTION DES PEINES (IV)

Art. 9 Abs. 1 und 325 Abs. 1 StPO; Anklagegrundsatz, Bestandteile der Anklageschrift

Strafrechtliche Abteilung, 6B_604/2012, 6B_613/2012, 16. Januar 2014, X. und Y. c. Schweizerische Bundesanwaltschaft, A. F. und B. F., C. F. und D. F., E. F., G., H., I., J.; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Ha*

Nach dem aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und b EMRK abgeleiteten

und nunmehr in Art. 9 Abs. 1 StPO festgeschriebenen Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion). Sie hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Zugleich bezweckt das Anklageprinzip den Schutz der Verteidigungsrechte der angeschuldigten Person und garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion). Das Gericht ist an den in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt, nicht aber an die darin vorgenommene rechtliche Würdigung gebunden (Art. 350 Abs. 1 StPO; vgl. BGE 133 IV 235 E. 6.2f.; 120 IV 348 E. 2b).

Art. 325 Abs. 1 StPO listet die Bestandteile der Anklageschrift abschliessend auf (NIKLAUS SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung [StPO], Praxiskommentar*, 2. Aufl. 2013, Art. 325 N. 1). Diese bezeichnet unter anderem möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung (lit. f) und die nach Auffassung der Staatsanwaltschaft erfüllten Straftatbestände unter Angabe der anwendbaren Gesetzesbestimmungen (lit. g).

Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin ist die Anklageschrift nicht unklar, auch wenn sie teilweise allenfalls unsystematisch aufgebaut ist, Wiederholungen enthält und etliche Punkte auflistet, die im Hinblick auf ein allfällig strafbares Verhalten irrelevant sind. Sie umschreibt den wesentlichen Sachverhalt und ordnet diesen den jeweiligen Tatbestandselementen der Art. 117, Art. 125 Abs. 1 und Art. 225 StGB zu. Sie bezeichnet die den Beschwerdeführern vorgeworfenen Handlungen, Unterlassungen und Sorgfaltspflichtverletzungen im Einzelnen. Indem die Anklageschrift ausführt, das Abschneiden der Zünderdrähte erhöhe das Risiko einer ungewollten Zündung von elektrischen Sprengzündern wesentlich und die eingekürzten Zünderdrähte könnten in die Kapselhohlräume anderer pyrotechnischer Zünder gelangen und so den schlag- und reibempfindlichen Primärsatz mechanisch belasten, legt sie hinreichend dar, inwieweit das Verhalten der Beschwerdegegnerin kausal für den Erfolg gewesen sein soll.

Der Einwand der Beschwerdegegnerin, eine hinreichende Verteidigung sei verunmöglicht worden, da die Explosionsursache nicht klar sei, geht an der Sache vorbei. Strafuntersuchungen vermögen bisweilen nicht sämtliche Sachverhaltselemente zu klären. Dies kann indessen nicht zur Folge haben, dass die Sache überhaupt nicht an das Gericht überwiesen wird. Die Staatsanwaltschaft kann eine Alternativanklage oder für den Fall der Verwerfung der Hauptanklage eine Eventualanklage erheben (Art. 325 Abs. 2 StPO), wenn eindeutige tatsächliche Feststellungen zwar nicht möglich sind, aber doch feststeht, dass die beschuldigte Person sich in jeder der in Betracht fallenden Sachverhaltsalternativen schuldig gemacht haben könnte (vgl. Urteil 1P.461/2002 vom 9.1.2003 E. 2.3 mit Hinweisen). Es obliegt anschliessend dem Sachgericht, die Be-

weise zu würdigen und den Sachverhalt verbindlich festzustellen.

Art. 134 Abs. 2 StPO; Wechsel der amtlichen Verteidigung, Wahl der Verteidigungsstrategie

I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B_398/2013, 22. Januar 2014, X. c. Y.; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Ha

Ist das Vertrauensverhältnis zwischen der beschuldigten Person und ihrer amtlichen Verteidigung erheblich gestört oder eine wirksame Verteidigung aus anderen Gründen nicht mehr gewährleistet, so überträgt die Verfahrensleitung die amtliche Verteidigung einer anderen Person (Art. 134 Abs. 2 StPO). In den Grenzen einer sorgfältigen und effizienten Ausübung des Officialmandates ist die Wahl der Verteidigungsstrategie grundsätzlich Aufgabe des amtlichen Verteidigers. Zwar hat er die objektiven Interessen des Beschuldigten möglichst im gegenseitigen Einvernehmen und in Absprache mit diesem zu wahren. Der Officialverteidiger agiert jedoch im Strafprozess nicht als blosses unkritisches «Sprachrohr» seines Klienten. Insbesondere liegt es im pflichtgemässen Ermessen des amtlichen Verteidigers, zu entscheiden, welche Prozessvorkehren und juristischen Standpunkte er (im Zweifelsfall) als sachgerecht und geboten erachtet

(vgl. BGE 126 I 26 E. 4b/aa S. 30, 194 E. 3d S. 199; 116 Ia 102 E. 4b/bb S. 105; Urteile 1B_110/2013 vom 22.7.2013 E. 4.3; 1B_197/2011 vom 14.7.2011 E. 1.4; 1B_67/2009 vom 14.7.2009 E. 2.2–2.3). [...]

Aus seiner Weigerung, mit der Officialverteidigung sachgerecht zu kooperieren, ergibt sich kein grundrechtlicher oder bundesgesetzlicher Anspruch des Beschuldigten auf Auswechslung des Verteidigers (vgl. BGE 126 I 26 E. 4b/aa S. 30, 194 E. 3d S. 199; 120 Ia 48 E. 2 S. 50 ff.; 116 Ia 102 E. 4b/bb S. 105; Urteile 1B_110/2013 vom 22.7.2013 E. 5.2.1; 1B_197/2011 vom 14.7.2011 E. 1.7; 1B_67/2009 vom 14.7.2009 E. 2.2–2.3). Dies muss besonders im vorliegenden Fall gelten, zumal der Beschwerdeführer einräumt, bereits im März 2013 die Abberufung seiner damaligen amtlichen Verteidigerin erwirkt zu haben. Anders zu entscheiden hiesse, dass der Beschuldigte durch ständige Obstruktion und anschliessende Gesuche um Auswechslung der Officialverteidigung das Strafverfahren in rechtsmissbräuchlicher Weise komplizieren und verlängern könnte. Dem Beschwerdeführer steht auch kein Anspruch auf (ersatzlose) Abbestellung des amtlichen Verteidigers zu, weil er es (im Eventualstandpunkt) vorzöge, sich alleine zu verteidigen. Vielmehr schreibt das Gesetz bei einer Anklage wegen vorsätzlicher Tötung (evtl. Mord) die notwendige Verteidigung durch einen Rechtsanwalt oder eine Anwältin zwingend vor (Art. 130 lit. b StPO i. V. m. Art. 111 f. StGB).

DIE PRAXIS		
BUNDESGERICHT EGMR		
Die Februar-Ausgabe 2014 der Praxis enthält neben den Übersetzungen ins Deutsche von BGE und nicht in der Amtlichen Sammlung publizierten Entscheiden umfassende Hinweise auf die aktuellsten Leitentscheide des Bundesgerichts, die innerhalb der letzten Monate im Internet zugänglich gemacht worden sind.		
BGE	Praxis	Gegenstand
139 II 451	Nr. 12	Internationale Amtshilfe in Steuersachen mit den Vereinigten Staaten von Amerika; Ausmass des geforderten Beweises, um den Verdacht eines Steuerbetrugs zu entkräften und die Übermittlung von Informationen an den ersuchenden Staat zu verhindern (DBA-USA 96; VO DBA-USA; Art. 10 Abs. 2 RVUS; Art. 12 Abs. 2 und 15a Abs. 2 BG-RVUS; Art. 38 Abs. 4 BEHG; Art. 4 Abs. 3 StAHiG).
139 III 257	Nr. 13	Anhörung der Person, die fürsorgerisch untergebracht wurde (Art. 450e Abs. 4 ZGB).
139 III 327	Nr. 14	Feststellung, dass ein Grundstück vom Anwendungsbereich des BGGB ausgeschlossen ist (Art. 6 Abs. 1 und Art. 84 BGGB).
4A_466/2012	Nr. 15	Konkurrenzverbot: Verbindlichkeit für den Arbeitnehmer, örtlicher Geltungsbereich, Konventionalstrafe (Art. 163, 340 Abs. 1 und 2, 340a Abs. 1, 340b Abs. 2 OR).
139 III 444	Nr. 17	Prüfungsbefugnis des Rechtsöffnungsrichters (Art. 80 ff. SchKG).
139 III 384	Nr. 18	Beschwerdelegitimation des Drittschuldners im Konkursverfahren (Art. 15, 17, 22, 190 Abs. 1 Ziff. 2, 260, 290 SchKG; Art. 2 Ziff. 6, 80 KOV; Art. 2 Abs. 2 VFFR; Art. 41, 757 Abs. 2 OR; Art. 66, 68, 95 BGG; Art. 2 Abs. 2 ZGB; Art. 146 StGB; Art. 6 EMRK; Art. 29 BV).
139 III 391	Nr. 19	Prozessführungsbefugnis des Abtretungsgläubigers (Art. 260 SchKG).
139 IV 290	Nr. 20	Mündliches bzw. schriftliches Berufungsverfahren (Art. 405 und 406 StPO).
139 V 422	Nr. 21	Haftung des Kantons für den Schaden, welcher der Erwerbersatzversicherung aus der Tätigkeit von Rechnungsführern des Zivilschutzes entstanden ist (Art. 21 Abs. 2 und 3 EOG; Art. 70 Abs. 1 AHVG).
Die Praxis – 103. Jg. 2014 – ISSN 1017-8147 – erscheint monatlich; www.legalis.ch; Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel		

L'ARRÊT DU TRIBUNAL FÉDÉRAL DU 6 DÉCEMBRE 2013 ET LE DROIT DE L'UE

GEORGES-ALBERT DAL

Avocat, Dal & Veldekens, Bruxelles, ancien bâtonnier de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, ancien président du Conseil des barreaux européens (CCBE) et ancien président de la Fédération des barreaux d'Europe; www.dalveldekens.eu

ANAÏS GUILLERME

Avocate aux barreaux de Paris et de Bruxelles (liste E)

Mots-clés: société d'avocats, avocat salarié, liberté d'établissement, indépendance, discrimination à rebours, égalité de traitement, droit de la concurrence

Commentaire dans une perspective européenne de l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 6 décembre 2013 (2C_433/2013) concernant la demande d'inscription au registre genevois d'une avocate – de nationalité allemande – titulaire d'un brevet suisse en tant qu'employée d'une société américaine ayant ouvert un bureau à Genève. Le Tribunal fédéral se montre intransigeant sur la question de l'indépendance des avocats.

Certains pourraient être tentés de dénoncer, après une lecture sommaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 6.12.2013, une restriction injustifiée à la libre circulation des avocats et d'y voir une sorte de mise en pratique anticipée des résultats de la votation du 9 février et de son impact sur l'accord de libre circulation des personnes entre l'Union et la Suisse.

La présente décision mérite pourtant une étude plus approfondie et des conclusions moins hâtives.

En l'espèce, une citoyenne allemande qui possède un diplôme d'avocat suisse souhaite s'inscrire au barreau du canton de Genève.

Précision non négligeable, la requérante demandait son inscription en tant qu'employée d'une société prenant la forme d'une LLP¹ organisée selon le droit de l'Etat du Delaware aux Etats-Unis et appartenant à une structure mondiale. Cette société avait en effet ouvert un bureau à Genève.

Soulignons également que les associés de cette structure ne sont pas inscrits au barreau du canton de Genève ou en Suisse mais sont tous des avocats admis personnellement à exercer leur activité professionnelle dans les Etats où ils pratiquent, dont certains Etats membres de l'Union européenne.

Sur la base de ces éléments, la Commission du barreau du canton de Genève a refusé l'inscription de l'avocate, estimant que son inscription au registre genevois des avocats ne satisfaisait pas à l'exigence d'indépendance. En effet, l'article 8 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) dispose que les avocats salariés, pour

pouvoir exercer en toute indépendance, ne peuvent être employés que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal.

Si cet arrêt du Tribunal fédéral pose certaines questions en termes d'application et d'appréciation du droit de l'Union européenne, l'évaluation de la situation litigieuse par le Tribunal fédéral apparaît soutenable car celle-ci peut être justifiée par certains objectifs d'intérêt général et passer le test de proportionnalité.

Il n'est pas inutile, à titre liminaire, de faire le point sur le cadre juridique du présent litige. La Suisse n'est pas membre de l'Union européenne, ni de l'Espace économique européen. Les directives «avocats» de l'Union sont tout de même applicables au sein de son territoire grâce à la conclusion de l'accord UE/Suisse sur la liberté de circulation des personnes en 1999 et entré en vigueur en 2002.

Ainsi, les avocats ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et de Suisse peuvent profiter de conditions de circulation optimales, tant en termes de prestations de services² que d'établissement³. Pour l'heure, cela signifie, notamment, que les avocats ayant acquis leur titre dans les Etats membres de l'Union ou de l'AELE peuvent s'installer dans un barreau Suisse sous leur

¹ Limited Liability partnership.

² Directive 77/249/CEE visant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats.

³ Directive 98/5/CEE visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise.

titre d'origine, sous réserve du maintien de l'inscription dans ce barreau d'origine (et inversement). Notons en passant qu'en vertu de ces textes, les avocats ressortissants européens et suisses doivent bénéficier du droit de vote dans le barreau d'accueil.

A priori, le droit de l'Union ne s'appliquerait pas au cas d'espèce puisqu'il n'existe pas de problématique liée à la liberté de circulation pour la requérante. En effet, bien que citoyenne allemande, celle-ci a obtenu son titre d'avocat en Suisse et souhaite s'établir dans ce même pays.

Il s'agirait, ici, d'une question suisse-suisse liée aux garanties d'indépendance exigées de la part des avocats salariés et, plus particulièrement, des employeurs de ces avocats. La décision du Tribunal fédéral peut toutefois aisément être analysée au regard des principes de droit européen développés dans ce domaine par les juridictions de l'Union (I).

Dans un second temps, la partie requérante se réfère largement au droit européen pour invoquer la problématique intéressante de la discrimination à rebours. En effet, et ce n'est pas contesté par le Tribunal fédéral, le refus d'inscription qui lui est opposé ne lui permet pas d'exercer au sein du barreau de Genève alors que d'autres avocats employés par la LLP dans ses bureaux européens pourraient exercer, via le principe de la libre prestation de services, dans le barreau suisse (II).

Enfin, l'argument de l'avocate selon lequel la décision de refus de l'inscrire au registre cantonal viole les règles de droit de la concurrence peut également être étudié au travers du prisme du droit de l'Union européenne (III).

I. Les restrictions à la liberté d'établissement et l'indépendance de l'avocat salarié

Comme l'a indiqué la Cour de justice de l'Union européenne, les règles professionnelles et déontologiques en vigueur dans les Etats membres, contrairement à celles portant sur les conditions préalables requises pour l'inscription, n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation⁴.

Elles peuvent donc diverger d'un Etat membre à l'autre.

L'article 8 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats dispose que, pour être inscrit au registre cantonal, l'avocat doit notamment être en mesure de pratiquer en toute indépendance. En conséquence, l'avocat ne peut en principe être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal. En effet, le Tribunal fédéral souligne que l'avocat salarié exerce dans un cadre très particulier puisqu'il doit, conformément à ses obligations contractuelles, sauvegarder les intérêts de son employeur, ainsi que des clients de ce dernier. Ainsi, l'avocat salarié est, par définition, dans une relation de subordination avec son employeur.

C'est cette particularité qui justifierait que la législation suisse exige de l'employeur d'un avocat que celui-ci soit lui-même inscrit dans un registre cantonal. En effet, l'employeur étant, de cette manière, soumis à la loi suisse et à la surveillance disciplinaire, il n'utilisera pas sa position hiérarchique pour influencer son collaborateur dans

un sens contraire aux intérêts du client. Pour le Tribunal, c'est ainsi le statut de l'employeur de l'avocat salarié qui garantit l'indépendance de ce dernier.

En l'espèce, bien que l'interprétation de la loi Suisse par le barreau du canton de Genève soit assez stricte, le Tribunal fédéral suisse a pu légitimement la considérer comme justifiée dès lors que, conformément à la jurisprudence des juridictions de l'Union, «*l'absence de conflits d'intérêts est indispensable à l'exercice de la profession d'avocat et implique, notamment, que les avocats se trouvent dans une situation d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics et des autres opérateurs dont il convient qu'ils ne subissent aucune influence*»⁵.

C'est en ce sens que s'était prononcée la CJUE en 2010 pour considérer comme justifiée l'interdiction imposée par une loi italienne aux avocats inscrits en Italie d'être employés, même à temps partiel, par une entité publique⁶.

A priori, cette décision apparaît donc fondée sur une application logique de critères déontologiques liés à l'indépendance d'une avocate salariée dont les employeurs ne sont pas inscrits au sein du même barreau.

Naturellement, conformément au principe de proportionnalité, de telles règles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de prévention des conflits d'intérêts.

Or, la décision du Tribunal fédéral n'apparaît pas forcément disproportionnée dès lors que la juridiction interprète assez largement l'article 8 de la LLCA en admettant que l'exigence d'indépendance puisse être satisfaite dans la mesure où l'avocat est employé par une organisation qui, bien que non inscrite à un registre cantonal, présente les mêmes garanties sous l'angle de l'indépendance qu'un engagement par un ou plusieurs avocats inscrits.

En l'espèce, le Tribunal note que les associés de la LLP sont soumis aux règles professionnelles de leurs barreaux respectifs, qui comportent certaines différences avec la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, notamment concernant le principe d'indépendance. L'argument de la requérante selon lequel l'ensemble des associés de la LLP s'astreignent à respecter les règles professionnelles des différentes juridictions dans lesquelles la structure possède des locaux ne convainc pas les juges que l'engagement de la requérante par la LLP présente les mêmes garanties d'indépendance que si elle était employée par un ou plusieurs avocats inscrits dans un registre cantonal. En effet, le Tribunal souligne que les associés de la LLP ne sont pas strictement tenus d'observer l'ensemble des règles professionnelles applicables dans l'ensemble des lieux d'implantation de la structure et ne sont pas soumis à la surveillance disciplinaire d'une autorité cantonale suisse.

4 CJUE, 2.12.2010, Edyta Joanna Jakubowska, aff. C-225/09, point 57.

5 CJCE, 19.2.2002, Wouters, aff. C-309/99, points 100-102.

6 CJUE, aff. C-225/09, précitée, point 61.

En outre, plusieurs solutions étaient ouvertes à la requérante et aux associés de la LLP pour organiser leurs relations de travail (inscription de la requérante en tant qu'avocate non salariée ou inscription d'au moins un associé de la structure au barreau de Genève) qui n'apparaissent pas de nature disproportionnée selon la juridiction suisse.

Le Tribunal fédéral ayant validé le caractère justifié et proportionné de la décision de refus de son inscription au registre cantonal, la requérante développe des arguments complémentaires relatifs à la violation des principes de non-discrimination et du droit de la concurrence. Sur ces questions aussi, des parallélismes avec le raisonnement des juridictions de l'Union sont naturellement nécessaires.

II. Discrimination à rebours et violation du principe d'égalité de traitement

En l'espèce, la requérante invoque une discrimination à rebours dès lors que les règles qui lui sont imposées ne sont pas imposées aux avocats établis dans les Etats membres de l'Union européenne et qui interviendraient au sein du barreau Suisse en tant que prestataires de services.

Le Tribunal fédéral balaie cet argument, considérant que la question de la discrimination à rebours doit uniquement être examinée à la lumière du droit interne. Or, du point de vue du droit suisse, cette discrimination trouverait une justification dans l'importance que revêt l'indépendance de l'avocat, qui est d'intérêt public⁷.

Cette argumentation semble pouvoir être soutenue par la jurisprudence de la CJUE, selon laquelle les dispositions du droit de l'Union en matière de libre circulation ne trouvent pas à s'appliquer dans une situation interne, sauf en cas de discriminations à rebours et si le principe même de la discrimination à rebours à l'encontre des nationaux est interdit par le droit de l'Etat membre concerné⁸.

Toutefois, il est opportun de souligner ici la récente jurisprudence de la CJUE. Il s'agissait ici d'un cas de discrimination à rebours dans le cadre de l'application de la directive 98/5/CEE. Un fonctionnaire exerçant concomitamment la profession d'avocat avait été radié de l'ordre des avocats de Pérouse (Italie) à la suite d'un changement législatif. La CJUE, interrogée sur la compatibilité de la législation italienne avec le droit de l'Union européenne, s'est notamment prononcée sur la notion de discrimination à rebours au regard des règles de libre établissement des avocats au sein de l'Union⁹.

Ainsi, la Cour a précisé que *«la règle énoncée à l'article 8 de la directive 98/5 n'a pas seulement pour objet d'accorder aux avocats inscrits dans un Etat membre d'accueil sous leur titre professionnel obtenu dans un autre Etat membre les mêmes droits que ceux dont jouissent les avocats inscrits dans cet Etat membre d'accueil sous le titre professionnel obtenu dans celui-ci. En effet, cette règle assure également que ces derniers ne subissent pas une discrimination à rebours, ce qui pourrait survenir si les règles qui leur sont imposées n'étaient pas appliquées aussi aux*

avocats inscrits dans ledit Etat membre d'accueil sous un titre professionnel obtenu dans un autre Etat membre».

On comprend donc que la discrimination à rebours est interdite par principe dans le texte même de la directive 98/5/CE. L'argumentation du Tribunal fédéral sur l'admissibilité de cette discrimination au regard du droit interne apparaît, par conséquent, fragilisée.

Toutefois, il conviendrait d'examiner s'il existe réellement, en l'espèce, une discrimination avérée puisque la requérante met en perspective deux situations sensiblement différentes, l'une relevant de la liberté d'établissement, l'autre de la libre prestation de services.

Ainsi, conformément au principe de non-discrimination, des situations comparables ne doivent pas être traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée¹⁰.

Or, la requérante souhaitant s'établir en Suisse n'est pas dans une situation tout à fait comparable à celle d'avocats établis dans d'autres Etats membres et qui prestent leurs services en Suisse, pour une durée limitée à 90 jours par an. La réalité d'une discrimination, définie en tant que principe général du droit de l'Union, doit être examinée.

La requérante soutient, enfin, que le principe d'égalité de traitement n'a pas été respecté dès lors que, avant elle, plusieurs avocats employés par des LLP américaines ont été inscrits au registre du canton de Genève. Le Tribunal fédéral estime que le changement de pratique récent des autorités suisses visant à se mettre en conformité avec les dispositions légales applicables est fondé sur des motifs sérieux et objectifs. Dès lors, une hiérarchie est établie entre le principe d'égalité de traitement et le principe de légalité, le premier devant céder le pas devant le second.

Ce raisonnement pourra trouver un soutien important auprès de la jurisprudence des juridictions de l'Union, selon laquelle *«le respect du principe d'égalité de traitement doit se concilier avec le respect du principe de légalité selon lequel nul ne peut invoquer, à son profit, une illégalité commise en faveur d'autrui»*¹¹.

Reste l'argument lié à la violation des règles applicables en matière de droit de la concurrence. Ici encore, aux fins de l'analyse, certains rapprochements peuvent être effectués avec le droit de l'Union.

III. Les effets anticoncurrentiels de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats

La requérante soulève, enfin, que la décision de la commission de recours refusant de l'inscrire au registre cantonal viole les règles de droit de la concurrence, portant ainsi

⁷ Point 5.2.3 de l'arrêt.

⁸ CJUE, 21 juin 2012, Susisalo e. a., aff. C-84/11, point 21.

⁹ CJUE, aff. C-225/09, précitée, points 31 et 32.

¹⁰ Arrêt du Tribunal de l'UE, 11 décembre 2003, Breton/Cour de justice, T-323/02, point 99.

¹¹ Voir, notamment, TPICE, 22.12.2005, Gorostiaga Atxalandabaso/Parlement, T-146/04, point 141.

une atteinte grave à sa liberté économique. En effet, celle-ci serait désavantagée eu égard aux autres avocats inscrits et salariés de LLP américaines. Par ailleurs, une telle décision aurait pour effet d'affaiblir la place suisse dans le domaine de l'arbitrage international.

Les règles suisses relatives au droit de la concurrence étant comparables à la législation de l'Union dans ce domaine, ce dernier argument peut également être analysé au travers du prisme du droit de l'Union européenne et, notamment, de la jurisprudence relative aux ordres professionnels et au droit de la concurrence.

Conformément à une jurisprudence constante de la CJUE, les ordres professionnels possèdent un double visage. D'un côté, les ordres peuvent intervenir dans le cadre de prérogatives d'ordre public. Leurs décisions échappent alors au champ d'application du droit de la concurrence. De l'autre, les ordres peuvent être considérés comme des associations d'entreprises lorsque les réglementations qu'ils arrêtent leur sont exclusivement imputables et constituent l'expression de la volonté de représenter les membres d'une profession tendant à obtenir de ceux-ci qu'ils adoptent un comportement déterminé dans le cadre de leur activité économique. C'est dans cette seconde hypothèse qu'un comportement anticoncurrentiel peut éventuellement être reproché à un ordre professionnel, dans la mesure où celui-ci ne serait pas justifié par un objectif d'intérêt général.

En l'espèce, un éventuel comportement anticoncurrentiel de la commission du barreau du canton de Genève est immédiatement écarté par le Tribunal fédéral. Se référant à l'article 8 de la LLCA, celui-ci souligne que la restriction à la liberté économique dispose d'une base légale et rappelle son raisonnement selon lequel la protection de l'indépendance de l'avocat salarié représente un intérêt public qui justifie le fait que seul un avocat engagé par un autre avocat lui-même inscrit au registre cantonal puisse figurer audit registre.

On en déduit donc que, aux yeux du Tribunal fédéral, la décision de refus de la Commission du barreau du canton de Genève est fondée sur des prérogatives d'ordre public puisque prise en application de la loi. Celle-ci ne peut donc être analysée comme une décision d'association d'entreprise ayant un effet anticoncurrentiel au sens du droit de la concurrence.

Dans ce contexte, le Tribunal fédéral refuse de s'écarter des règles posées par le législateur et invite les acteurs du marché concerné à s'organiser en conformité avec la législation fédérale.

Il découle de cette lecture comparative que les garanties d'indépendance telles qu'attendues par la commission du barreau du canton de Genève peuvent être considérées comme justifiées au regard du droit européen et de la jurisprudence dans ce domaine.



TAS / CAS
TRIBUNAL ARBITRAL DU SPORT
COURT OF ARBITRATION FOR SPORT

**PREMIÈRE CONFÉRENCE DU TAS
SUR LA MÉDIATION – 16 MAI 2014,
MUSÉE OLYMPIQUE, LAUSANNE**

But de la conférence: cette première conférence du Tribunal Arbitral du Sport (TAS) sur la médiation se propose de promouvoir la résolution des litiges sportifs par la médiation en explorant le cadre juridique, les aspects pratiques ainsi que les perspectives de la médiation dans le domaine du sport.

Public visé: les avocats et les juristes qui exercent leurs activités dans les domaines de la résolution des litiges sportifs ainsi que toute autre personne intéressée par la médiation dans le domaine du sport.

Lieu et langue: la conférence aura lieu à l'Auditorium du Musée Olympique à Lausanne et les présentations seront données en anglais ou en français, avec traduction simultanée dans l'autre langue. Pour plus d'informations sur le programme ainsi que pour l'inscription: www.tas-cas.org/seminaires



**Qui œuvre
dans les
coulisses?**

www.staempflieditions.com

AUGENMASS BEIM ERV – ZWEI WICHTIGE ENTSCHEIDE

GEORGES CHANSON

Lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich¹

Stichworte: elektronischer Rechtsverkehr (ERV), Fristwahrung bei Eingaben, Nachfordern elektronischer Eingaben in Papierform

Massgebend für die Fristwahrung bei einer elektronischen Eingabe ist gemäss BGE 139 IV 257 nicht die Entgegennahme durch die adressierte Behörde, sondern die quittierte Annahme durch die Zustellplattform. Nach einem Entscheid des Schwyzer Kantonsgerichts vom 21.1.2014 sollten die Gerichte bei elektronischen Eingaben nicht generell das Nachreichen in Papierform verlangen.

I. Fristwahrung bei Eingaben

Das Bundesgericht hat bereits im letzten Sommer in einem inzwischen amtlich publizierten Entscheid² klargestellt, dass es bei der Fristwahrung bei elektronischen Eingaben nicht darauf ankommt, wann die adressierte Behörde das ihr elektronisch zugegangene Dokument öffnet, speichert und den Empfang bestätigt. Fristwährend ist nach der Formulierung in der Regeste vielmehr, wenn das Informatiksystem der (Straf)behörde dem Absender vor Ablauf der Frist eine Bestätigung zustellt, dass die Eingabe auf ihrer elektronischen Plattform eingegangen ist.

1. Fehlentscheid einer Genfer Behörde

Konkret ging es um die Fristwahrung bei einem Rekurs eines Genfer Anwalts gegen einen Haftentscheid des Zwangsmassnahmengerichts, d.h. im Anwendungsbereich von Art. 91 Abs. 3 StPO, der ähnlich formuliert ist wie Art. 143 Abs. 2 ZPO und Art. 48 Abs. 2 BGG. Diese Bestimmungen erklären die Frist als gewahrt, wenn der Empfang bei der entsprechenden Zustelladresse durch das «betreffende Informatiksystem» bestätigt worden ist. Er hatte seine elektronische Eingabe am letzten Tag der Frist, am Freitag, 31.5.2013 um 21.02 Uhr, IncaMail übergeben, worauf sie von der Beschwerdekammer in Strafsachen des Genfer Gerichtshofes am Montagmorgen um 08.05 Uhr geöffnet worden ist. Dies löste (allerdings mit 08.02 Uhr als massgebende Zeit) die Empfangsquittung von IncaMail³ aus, welche der Anwalt auf Verlangen der Beschwerdekammer später eingereicht hatte. Gestützt auf diese Quittung, mit Verweis auf Art. 91 Abs. 3 StPO und ohne vertiefte rechtliche Begründung hat die Genfer Behörde den Rekurs als verspätet abgewiesen⁴. Sie hielt mit Verweis auf einen Entscheid des Bundesgerichts⁵ fest, die

Partei, die von ihrer Zustellplattform keine Empfangsbestätigung erhalte, müsse ihre Eingabe noch innert Frist der Post übergeben.

2. Korrektur durch das Bundesgericht

Das Bundesgericht ergänzte vorerst⁶ den Sachverhalt von Amts wegen dahin, dass IncaMail dem Anwalt bereits am 31.5.2013 um 21.09 Uhr die Annahme seiner Eingabe quittiert hatte⁷, was aus dem angefochtenen Entscheid nicht ersichtlich war. Dann bestätigte es seinen von der Vorinstanz zitierten Entscheid mit ausführlicher Begründung und führte aus, dass beim elektronischen Rechtsverkehr nicht wie beim postalischen Verkehr das Expeditionsprinzip⁸, sondern ein Empfangsprinzip gelte (E. 3.1).

- 1 Mitglied der Technologiegruppe des Schweizerischen Anwaltsverbands, Beauftragter des Vorstands des Zürcher Anwaltsverbands für den elektronischen Rechtsverkehr, Betreuer von www.erv.arbeitsrechtler.ch (Informationen und Dokumente, darunter Entscheide, zum ERV).
- 2 BGE 139 IV 257 (1B_222/2013 vom 19. 7. 2013, französisch), mit dem Hinweis, dass sämtliche in diesem Beitrag behandelten Entscheide auf www.erv.arbeitsrechtler.ch abrufbar bzw. verlinkt sind.
- 3 «Quittance de réception», welche die Annahme durch den Adressaten bescheinigt.
- 4 Cour de justice, Chambre pénale de recours, Entscheid vom 12. 6. 2013 (ACPR/268/2013), über <https://ge.ch/justice/cour-de-justice-cour-penale> mit der Prozessnummer abrufbar.
- 5 BGer 6B_691/2012 vom 21. 2. 2013.
- 6 E. 2, gestützt auf Art. 105 Abs. 2 BGG.
- 7 Von IncaMail als «Versandquittung» (quittance d'expédition) bezeichnet.
- 8 Vgl. dazu CHANSON, Fristwahrung auf elektronischem Weg (Anwaltsrevue 5/2012, S. 248, Reihe «Durchklick»), mit Übersetzung ins Französische, und dort unter «Intentionen des Gesetzgebers», mit dem Hinweis, dass alle hier zitierten Aufsätze ebenfalls unter www.erv.arbeitsrechtler.ch abrufbar sind.

Mit Empfang sei allerdings nicht der Zeitpunkt gemeint, an dem die adressierte Behörde die Eingabe öffnet – dieser sei irrelevant –, sondern dann, wenn die Zustellplattform die ordnungsgemässe Annahme einer Eingabe quittiert. Sache des Absenders sei es, sich zu vergewissern, dass seine Dokumente ordnungsgemäss auf der Plattform deponiert sind und ab diesem Zeitpunkt der adressierten Behörde zur Verfügung stehen⁹. Damit wies es den Fall zur Beurteilung des Rekurses an die Genfer Behörden zurück.

3. *Beurteilung des Entscheids*

Der Genfer Behörde fehlte im konkreten Fall das Augenmass und wohl auch das nötige Know-how zum elektronischen Rechtsverkehr, was das Bundesgericht korrigiert hat. Es kann nicht sein, dass – anders als bei postalischer Zustellung – die Frist erst gewahrt wäre, wenn die adressierte Behörde beliebt, die elektronische Eingabe abzuholen. Persönliche Erfahrungen des Autors zeigen, dass dies keineswegs immer unverzüglich passiert und dass Eingaben sogar überhaupt nicht abgeholt werden, was anfänglich auch im nachstehend behandelten Schwyzer Fall geschah. Massgebend für die Fristwahrung kann aus der hier vertretenen Sicht nur sein, wann die (Erst)plattform die ordnungsgemässe Annahme bescheinigt¹⁰.

Im vorliegenden Fall fand die Zustellung innerhalb von IncaMail statt. Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht bis heute nicht entschieden, wie es sich mit der Einhaltung der Frist verhält, wenn die Zustellung der Eingabe im sog. interoperablen Verkehr über zwei Plattformen geschieht, d.h. beispielsweise von PrivaSphere zu IncaMail oder umgekehrt oder von IncaMail/PrivaSphere zur KAIO-Plattform des Kantons Bern. Ein kürzlich höchstrichterlich beurteilter Fall¹¹ betraf zwar eine interoperable Zustellung, wo der Beschwerdeführer – ein Laie – daran scheiterte, dass IncaMail als Zweitplattform seine bei der Dateigrösse zu gewichtige Eingabe nicht weiterleiten konnte, was ihm zwar mit «unzustellbar» quittiert wurde, er aber nicht beachtet hatte.

4. *Folgerung für die Anwaltsarbeit*

Der elektronische Rechtsverkehr in der heutigen Form, d.h. mit einer mailbasierten Lösung über vorgegebene Zustellplattformen, setzt auf Absender- und Empfängerseite ein Minimum an Know-how und idealerweise auch eine regelmässige Anwendung voraus. Wer als Anwalt Problemfelder wie

- die versehentliche Unterzeichnung der Eingabe mit dem Authentifizierungszertifikat statt mit der qualifizierten Signatur
- den – wohl nur theoretischen – Ausfall der Erstzustellplattform¹²
- die Grössenlimiten auf Empfängerseite¹³
- gelegentliche Friktionen im interoperablen Verkehr¹⁴
- die meist auf fehlendem Know-how basierenden Probleme auf Empfängerseite
- die oft ungenügende mentale Akzeptanz des elektronischen Wegs auf Empfängerseite

- die Bedeutung der ausgestellten Quittungen, namentlich den Vorrang der Versandquittung der (Erst)plattform gegenüber der Empfangsquittung der Zustellplattform des Empfängers,¹⁵

kennt und darauf Rücksicht nimmt, so weit es in seinem Einflussbereich liegt, kann aus der Möglichkeit, elektronisch zu postulieren, durchaus Vorteile ziehen. Dieser Weg eignet sich nicht für aktenmässig umfangreiche Prozesse, hat aber für Eingaben mit prozessleitendem Charakter, für einfache Klagen, für Stellungnahmen etc. durchaus seine Vorteile, weil die für ein Verfahren bestimmten Dokumente – aufgrund der zunehmenden Verlagerung der Kommunikation vom Briefverkehr weg – häufig ohnehin elektronisch vorliegen und bloss noch zusammengetragen werden müssen. Elektronische Eingaben sind ortsunabhängig und machen auch dort Sinn, wo von aussen auf die eigenen Daten zugegriffen werden kann, was sich vermehrt verbreitet.

Ob man sich in sehr fristsensitiven Angelegenheiten auf den elektronischen Weg begeben will, ist eine andere Frage. Wenn z.B. das Arrestgesuch vom Gericht nicht sofort vom Mailserver abgeholt wird, weil die zuständige Person, die das Passwort kennt, gerade frei hat und die zweite in den Ferien weilt¹⁶, dürfte sich die Expresspost oder mindestens das Nachreichen auf diesem Weg aufdrängen. Andererseits sind aber elektronische Eingaben viel schneller am Ziel, was bei vorsorglichen Massnahmen vorteilhaft sein kann oder erlaubt, die Rechtshängigkeit schneller zu begründen, was beim sog. Forumshopping Sinn machen kann. Dass im konkreten Fall, den das Bundesgericht zu entscheiden hatte, der Rekurs auf Haftentlassung während rund zweier Monate materiell unbehandelt blieb, war für den Anwalt objektiv nicht vorzusehen und spricht deshalb nicht gegen den elektronischen Weg.

⁹ E. 3.2, S. 261: «... que les documents sont correctement déposés sur la plateforme – et sont dès lors accessibles dès ce moment à l'autorité, qui n'a toutefois pas à en prendre connaissance immédiatement», eine Beschreibung, die technisch ungenau ist, weil jedenfalls IncaMail die Eingaben nicht speichert, sondern nur verschlüsselt transportiert und an den Mailserver des Empfängers ausliefert.

¹⁰ Vgl. dazu CHANSON, Technische Mängel beim ERV oder Fehlurteil? (Anwaltsrevue 9/2012, S. 427, Reihe «Durchklick»), mit Übersetzung ins Französische.

¹¹ BGer 1C_811/2013 vom 13. 11. 2013 sowie der (ablehnende) Entscheid 1F_1/2014 vom 20. 1. 2014 über die dagegen erklärte Revision.

¹² Was auch gegen 5-vor-12-Eingaben spricht.

¹³ Die zum Teil noch bei 10 MB liegen, was im interoperablen Verkehr nur die halbe Nutzgrösse erlaubt.

¹⁴ Die nicht häufig sind, aber im Verkehr mit der Berner Plattform signifikanter auftreten.

¹⁵ Wo heute im interoperablen Verkehr für den gleichen Zeitpunkt zum Teil unterschiedliche Zeiten bescheinigt werden, was sich mit der Anpassung des Kriterienkatalogs ändern soll.

¹⁶ Was der Autor bei der unproblematischen Zustellung einer Vollmacht an ein Landgericht erlebt hat.

II. Nachfordern elektronischer Eingaben in Papierform

Augenmass zeigte auch das Schwyzer Kantonsgericht, indem es kürzlich die Verfügung eines Einzelgerichts aufhob¹⁷, mit der dem Anwalt für das Ausdrucken seiner «e-Stellungnahme» zur Anerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils Kosten von CHF 64.– aufgebürdet worden waren.

1. Fehlendes Augenmass eines lokalen Gerichts

Diese Stellungnahme des Anwalts vom 27.5.2013 war gar nicht angenommen worden, weshalb er sie am 11.6.2013 – nach Nachfrage beim Gericht – nochmals elektronisch stellte, worauf die Bezirksgerichtskasse ihm persönlich und nicht etwa seiner Partei gleichentags eine Rechnung stellte. Das Gesuch um deren Stornierung wies das Einzelgericht mit Verfügung vom 27.6.2013 ab, ohne allerdings den Anwalt als Partei im Rubrum zu nennen. Es berief sich in dieser Verfügung auf seine angeblich bekannte Praxis, wonach bei elektronischer Eingabe verlangt werde, dass die Eingaben und Beilagen in genügender Anzahl nachgereicht würden.

Diesen Entscheid focht der Anwalt aus eigenem Recht und namens seiner Partei¹⁸ im Rahmen einer Kostenbeschwerde beim Kantonsgericht Schwyz an. Er hatte dem Einzelgericht vor Erlass dieser Verfügung – erfolglos – dargelegt, dass seine elektronische Eingabe korrekt erfolgt sei, es keine Aufforderung zur Nachreichung gegeben habe und dass er lediglich Parteivertreter und nicht selber Partei sei, weshalb allfällige Kosten nur den Parteien selbst und nicht deren Vertretern überbunden werden könnten. Den Kostenvorschuss des Kantonsgerichts von CHF 800.– leistete er fristgemäss.

2. Kantonsgerichtliche Korrektur

Das Kantonsgericht stellte vorab klar, dass nur der Anwalt mit diesem Kostenentscheid beschwert sei, weshalb es auf die Beschwerde (und eventualiter erhobene Aufsichtsbeschwerde) der Partei nicht eintrat.

Die Beschwerde gab dem Kantonsgericht Gelegenheit, sich mit Art. 130 Abs. 3 und Art. 131 ZPO zu befassen. Die erstere Bestimmung sieht vor, dass das Gericht bei elektronischer Übermittlung verlangen kann, dass die Eingabe und die Beilagen in Papierform nachgereicht werden. Art. 131 ZPO bestimmt, dass Eingaben und Beilagen in Papierform je in einem Exemplar für das Gericht und die Parteien eingereicht werden müssen und das Gericht andernfalls eine Nachfrist setzen oder die notwendigen Kopien auf Kosten der Partei erstellen kann. Weil der Anwalt im konkreten Fall nie aufgefordert war, seine elektronische Eingabe in Papierform einzureichen, waren die Voraussetzungen für einen Kostenentscheid nicht erfüllt und die Kostenaufgabe erfolgte zu Unrecht. Dabei konnte offen bleiben, ob die Kopierkosten dem Anwalt überhaupt hätten persönlich auferlegt werden dürfen oder ob eine Nachreichung in Papierform nur in Ausnahmefällen verlangt werden kann.

Zum letzten Thema äusserte sich das Gericht dennoch in einem «obiter dictum»¹⁹. Es verwies auf den Wider-

spruch zwischen der Botschaft und der Meinung einiger Kommentatoren einerseits und den Erläuterungen des Bundesamts für Justiz zu den sog. Übermittlungsverordnungen²⁰ andererseits, wo festgehalten ist, dass die Gerichte nicht standardmässig die Nachreichung elektronischer Eingaben in Papierform verlangen dürften, was auch von verschiedenen Kommentatoren vertreten wird. Zusammenfassend hielt das Kantonsgericht fest, eine generelle Aufforderung zur Nachreichung in Papierform sei wohl eher abzulehnen und sollte sich insbesondere auf umfangreiche Eingaben oder Beilagen beschränken. Die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass ohne Ansetzung einer Frist die Nachreichung einer elektronischen Eingabe in Papierform per se verlangt werden könne.

Mit der Gutheissung der Kostenbeschwerde wurden die Verfahrenskosten von CHF 800.– auf die Staatskasse genommen und der Anwalt mit CHF 1000.– entschädigt.

3. Beurteilung des Entscheids

Man wird, wenn man sich diesen Fall vor Augen führt, den Eindruck nicht los, das Einzelgericht habe dem Anwalt über die Rechnungsstellung deutlich zu verstehen geben wollen, dass elektronische Eingaben einfach nicht erwünscht sind. Dass dieser die CHF 64.– nicht pragmatisch beglich, sondern – mit einem mehrfach höheren Kostenrisiko – die Sache vor höherer Instanz beurteilen liess, ist verdienstvoll. In der Sache war klar, dass es gegen das Gesetz verstösst, einfach automatisch den Ausdruck der Eingabe zu fakturieren. Die Bedeutung des Entscheids liegt insbesondere darin, dass er den Automatismus des Nachforderns von ERV-Eingaben in Papierform infrage stellt. Da mancherorts gewissermassen flächendeckend die Nachreichung elektronischer Eingaben in Papierform verlangt wird²¹, hilft dieser Entscheid vielleicht, die Fronten aufzulockern und darüber zu reflektieren, in welche Richtung der elektronische Rechtsverkehr sich bewegen soll.

Dabei darf man nicht vergessen, dass der ERV im heutigen Zeitpunkt den Gerichten und manchen Behörden wenig Vorteile und zusätzlichen Aufwand bringt, weil die Dossiers immer noch in Papierform geführt werden und die Umwandlung in dieses Medium (einschliesslich Validierung der Signaturen) einen Mehraufwand bringt. Erst wenn ein Gericht oder eine Behörde auf die elektronische

¹⁷ Beschluss Kantonsgericht SZ, 2. Zivilkammer, vom 21.1.2014 (ZK 2013 55 und 56), bisher unpubliziert, über www.erv.arbeitsrechtler.ch/files/KGSZ_140121_ZK2_2013_55-56.pdf abrufbar.

¹⁸ Für die er die unentgeltliche Prozessführung und Bestellung eines Rechtsbeistands in seiner Persona beantragt hat.

¹⁹ E. 5, S. 5/6 im Entscheid.

²⁰ Verordnungen über die elektronische Übermittlung, Erläuterung der einzelnen Bestimmungen, dort S. 5/13, auch abrufbar über www.erv.arbeitsrechtler.ch.

²¹ Was der Autor dieses Beitrags in seiner Funktion als ERV-Beauftragter gelegentlich erfährt und was auch die Anweisung eines Zürcher Bezirksgerichtspräsidenten sein soll.

Aktenführung umgestellt hat²², macht es richtig Sinn, auch Eingaben in dieser Form zu erhalten. Umgekehrt sehen die Verfahrensgesetze diesen neuen Postulationsweg schon heute ausdrücklich vor, und die Gerichte und Behörden dürfen ihn nicht damit torpedieren, indem sie alles in Papierform nachfordern. Dann wird nämlich auch der Aufwand auf Anwaltsseite ein doppelter. Ganz abgesehen davon kostet der Erlass einer – wenn möglich noch eingeschrieben zugestellter – Verfügung bei Einrechnung aller nötigen Ressourcen ein Mehrfaches als das zweite Drücken auf den Printknopf des Computers und die dabei anfallenden Druckauslagen.

4. Verhaltensregeln für die Beteiligten

Wenn man sich als Anwalt oder Anwältin der aktuellen Interessenlage der Gerichte bewusst ist, muss man ebenfalls Augenmass bewahren und beim Einreichen sehr umfangreicher Eingaben auf elektronischem Weg Zurückhaltung üben. Deshalb wird hier postuliert, dass im Regelfall nur auf diesem Weg eingereicht werden soll, was in einer einzigen Datei Platz hat und deshalb auch auf einmal ausgedruckt werden kann. Wer dem Gericht eine ERV-Eingabe mit 20 oder mehr separaten Beilagen schickt²³, wird kaum auf Gegenliebe stossen, weil deren Ausdrucken die zuständige Person über längere Zeit absorbiert. Mit dieser Verhaltensregel ist der Autor dieses Beitrags stets gut gefahren, und es wurde ihm bisher erst einmal – von einer übereifrigen Kanzleimitarbeiterin während der Ferienabwesenheit des Vorsitzenden – eine Nachreichungsverfügung geschickt. Selbstverständlich wurde dieser Aufforderung brav Folge geleistet, aber das Thema später im Gespräch mit dem Vorsitzenden aufgenommen.

Aufseiten der Gerichte und Behörden ist zu wünschen, dass elektronische Eingaben, auch wenn sie noch nicht so häufig und deshalb ungewohnt sind, nicht als Störung oder Belästigung empfunden werden, sondern als Teil einer neuen Regelung, die irgendwann auch einmal produktive Früchte zeigen wird.

III. Künftige Entwicklung

Bis der elektronische Rechtsverkehr im Verhältnis zwischen Parteien/Anwälten und den Gerichten etabliert und auch beidseits geschätzt sein wird, wird noch einige Zeit

vergehen. Derzeit gibt es, wie auch die bisher bekannten und hier z. T. angeführten Entscheide zeigen, immer noch einige Problemfelder, die der Entwicklung nicht förderlich sind. Heute ist der ERV faktisch auch noch eine Einbahnstrasse von den Parteien zur Behörde, während es kaum Zustellungen auf umgekehrtem Weg gibt, obwohl dort auch für die Gerichte Potenzial für Kosteneinsparungen liegt.

Gewisse Klärungen zur Frage, wann eine Eingabefrist gewahrt ist, verspricht die derzeit laufende Anpassung des Kriterienkatalogs für die Anerkennung der Zustellplattform, wofür die Zuständigkeit seit letztem Jahr auf das Bundesamt für Justiz übergegangen ist. Hier sind auf Mitte 2014 auch Anpassungen der VO über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren²⁴ zu erwarten, und es soll vorgegeben werden, dass die Versandquittung, die der Absender erhält, sogleich an die adressierte Behörde weitergeleitet werden muss. Dann sieht diese (wie beim Poststempel), wann genau der Versand der Eingabe erfolgte.

Der Schweizerische Anwaltsverband steht weiterhin für die Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs ein, was sich auch in der Unterstützung der Motion Bischof zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs²⁵ niederschlägt. Daneben bearbeitet er in einer noch kleinen Arbeitsgruppe die Frage, wie sich der ERV noch technisch verbessern und benutzerfreundlicher machen liesse²⁶.

²² Was verschiedenorts, z. B. bei der Bundesverwaltung, bei den Gerichten von Basel-Stadt, bei Strafbehörden, schon geschehen ist.

²³ Wie wir es bei unseren Klienten ja auch gelegentlich antreffen.

²⁴ VeÜ-ZSSV, SR 272.1.

²⁵ Siehe in Curia Vista: www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20124139 sowie auf der SAV-Website bei den News zum elektronischen Rechtsverkehr: www.sav-fsa.ch/News.1422.0.html.

²⁶ Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Bernische Anwaltsverband zusammen mit dem Verband bernischer Notare einen «Support elektronische Kanzlei» anbietet, um entsprechendes Know-how zu sammeln und auszutauschen.



Venghaus & Partner Zürich
Immobilienkanzlei®
seit 1998

Streulistrasse 28 CH-8032 Zürich
Telefon 044 380 32 08
www.immobilienkazlei.ch



Gerichtsexpertisen | Bewertungsgutachten

DER SAV TEILT MIT

Schweizerischer Anwaltstag vom 13. bis 14. Juni 2014 in Lausanne

Das detaillierte Programm inkl. Anmeldeformular ist auf unserer Website unter www.sav-fsa.ch, Rubrik «Veranstaltungen» aufgeschaltet. Die SAV-Mitglieder erhalten dieses ebenfalls per Post. Das Programm in Kürze:

13. Juni 2014

- Referate zum Thema «Verfahren vor dem Bundesgericht» im Hotel Beau-Rivage Palace mit folgenden Referenten: Susanne Leuzinger, Präsidentin der Ersten sozialrechtlichen Abteilung; Martha Niquille, Mitglied der Ersten zivilrechtlichen Abteilung; Christian Denys, Mitglied der strafrechtlichen Abteilung; François Chaix, Mitglied der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung
- 113. Delegiertenversammlung im Olympischen Museum
- Möglichkeit der Besichtigung des Olympischen Museums
- Apéro und Dîner im Olympischen Museum

Das Programm für die Begleitpersonen sieht einen Besuch der Hotelfachschule in Lausanne vor.

14. Juni 2014

- Ausflug in die Weinberge des Lavaux

Bitte reservieren Sie sich das Datum schon heute.

Weiterbildungstage des SAV vom 12. und 13. September 2014 in Bern

Vorankündigung: Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) führt am 12. und 13. 9. 2014 im Stade de Suisse in Bern zum ersten Mal die Weiterbildungstage des SAV durch. Für den Freitag, 12. 9. 2014, sind «SAV-Club-Sessions» für verschiedene Zielgruppen (z.B. Young and Senior Lawyers etc.) geplant. Im Rahmen dieser Weiterbildungsveranstaltung ist für Samstagmorgen, 13. 9. 2014, wiederum, d.h. wie am Anwaltskongress 2013, die Durchführung eines Triathlons über die Rechtsgebiete vorgesehen. Bitte notieren Sie sich das Datum bereits heute. Details und Anmeldeunterlagen folgen im April 2014.

Seminar TAS/SAV – 5./6. September 2014

In Zusammenarbeit mit dem Tribunal Arbitral du Sport (TAS) organisiert der SAV das Seminar «Schiedsgerichtsbarkeit in der modernen Sportwelt».

Das Seminar findet am 5./6. 9. 2014 im Hotel Beau-Rivage Palace in Lausanne statt. Das detaillierte Programm und den Anmeldetalon finden Sie auf unserer Website unter: <http://www.sav-fsa.ch/Manifestations.123.0.html>.

Bitte reservieren Sie sich diese Daten bereits heute.

4. Europäischer Handels- und Gesellschaftsrechtstag

Der 4. Europäische Handels- und Gesellschaftsrechtstag findet am 23. und 24. 5. 2014 im Hotel Radisson Blu in Basel statt. Bei Vorliegen des definitiven Programms wird dieses auf der Website des Schweizerischen Anwaltsverbandes (www.sav-fsa.ch) unter der Rubrik «Veranstaltungen» aufgeschaltet.

Mitteilungen der Selbstregulierungsorganisation des SAV/SNV

Unsere Seminare über das Geldwäschereigesetz (GwG) und die Finanzintermediation für Anwälte und Notare finden statt am:

10.09.2014	in Genf	Grund- und Weiterbildung (Französisch)
15.10.2014	in Lugano	Grund- und Weiterbildung (Italienisch)
29.10.2014	in Zürich	Grund- und Weiterbildung (Deutsch)
12.11.2014	in Genf	Weiterbildung (Französisch)
26.11.2014	in Basel	Weiterbildung (Deutsch)

Die Anmeldetalons können auf unserer Homepage www.sro-sav-snv.ch unter der Rubrik «Ausbildung», Seiteninhalt «Anmeldetalon 2014» heruntergeladen werden.

LA FSA VOUS INFORME

Journées des Avocats Suisses du 13 au 14 juin 2014 à Lausanne

Vous trouverez le programme détaillé et le formulaire d'inscription sur www.sav-fsa.ch, rubrique «Manifestations». Les membres de la FSA recevront ces documents également par courrier postal. Voici les points marquants du programme:

13 juin 2014

- Série de conférences sur le thème «Procédures devant le Tribunal fédéral» à l'hôtel Beau-Rivage Palace. Conférenciers: Susanne Leuzinger, présidente de la première Cour de droit social; Martha Niquille, membre de la première Cour de droit civil; Christian Denys, membre de la Cour de droit pénal; François Chaix, membre de la première Cour de droit public
- 113^e Assemblée des délégués au Musée Olympique
- Possibilité de visiter le Musée Olympique
- Apéritif et dîner au Musée Olympique

Les accompagnants pourront profiter d'une visite de l'Ecole Hôtelière de Lausanne.

14 juin 2014

- Excursion dans le vignoble du Lavaux

Merci de réserver ces dates dès aujourd'hui.

Journées de formation continue de la FSA du 12 au 13 septembre 2014 à Berne

La Fédération Suisse des Avocats (FSA) a le plaisir d'annoncer qu'elle organisera, pour la première fois au Stade de Suisse à Berne, deux journées de formation continue les 12 et 13 septembre 2014. Les «FSA-Club-Sessions», destinées aussi bien aux jeunes avocats qu'aux avocats pratiquant depuis longtemps, auront lieu le 12 septembre

2014. Quant au 13 septembre, sur le modèle de ce qui a été proposé lors du Congrès des avocats de 2013, il sera consacré à un «triathlon du droit» offrant toute une série de brefs exposés juridiques. Veuillez d'ores et déjà réserver ces deux dates. Nous vous communiquerons de plus amples renseignements à partir d'avril 2014.

Séminaire TAS/FSA – 5 et 6 septembre 2014

En collaboration avec le Tribunal Arbitral du Sport (TAS), la FSA organise le séminaire «Arbitrage des litiges dans le monde sportif moderne» les 5 et 6 septembre 2014 à l'hôtel Beau-Rivage Palace à Lausanne.

Vous trouverez les conditions d'inscription sur le site de la FSA, rubrique «Manifestations».

Nous vous remercions d'avance de bien vouloir déjà réserver ces dates.

Information de l'organisme d'autorégulation de la FSA/FSN

Nos séminaires concernant la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) et l'intermédiation financière auront lieu:

- | | | |
|------------|----------|---|
| 10.09.2014 | à Genève | Formation de base et continue (en français) |
| 15.10.2014 | à Lugano | Formation de base et continue (en italien) |
| 29.10.2014 | à Zurich | Formation de base et continue (en allemand) |
| 12.11.2014 | à Genève | Formation continue (en français) |
| 26.11.2014 | à Bâle | Formation continue (en allemand) |

Les formulaires d'inscription peuvent être téléchargés sur www.sro-sav-snv.ch → Formation → Talon d'inscription 2014.



Die Steuern der Schweiz

Herausgeber: Eidgenössische Steuerverwaltung

Nachschlagewerk zum Steuerrecht der Kantone umfassend, laufend aktualisiert

- Gesetzestexte
- Verordnungen
- wesentliche Regierungsrats-Beschlüsse
- synoptische Darstellungen
- ausgewählte Rechtsquellen des Bundes

Loseblattsammlung + Volltextsuche Online

Verlag für Recht und Gesellschaft AG

Ringstr. 75 • CH-4106 Therwil • Telefon +41 61/726 26 26
www.vrg-verlag.ch • e-mail: info@vrg-verlag.ch





Alles, was ein Business-Ultrabook™ braucht

HP EliteBook Folio 1040

Das superflache Business-Ultrabook™ EliteBook Folio 1040, ausgestattet mit einem Intel® Core™ i5-4200U Prozessor, kommt jetzt eleganter und robuster denn je daher. Mit nur 15,9 mm und 1,5 kg ist es das flachste und leichteste EliteBook überhaupt.



Ref. H5F64EA

HP EliteBook Folio 1040
inkl. Beats by Dr. Dre Kopfhörer

CHF 2 299.–¹

inkl. MwSt. / inkl. vRG

Gratis für Sie:

 **beatsaudio.**

Beats by Dr. Dre

im Wert von CHF 359.–²

Weitere Informationen unter:
www.business-ultrabook.ch/baggenstos

A. Baggenstos & Co. AG
Neugutstrasse 14 | 8304 Wallisellen
Tel. 044 832 66 66 | Fax 044 832 66 60
info@baggenstos.ch | www.baggenstos.ch

Baggenstos

IT Services and Solutions

 **Platinum Partner**



HP UltraSlim Side Docking Station

Komfortable Docking Lösung mit allen Anschlüssen und Multi-Monitor Lösung.

CHF 179.– inkl. MwSt. / Ref. D9Y32AA



HP Care Pack

HP 4 Jahre Abhol- und Bringservice am nächsten Arbeitstag.

CHF 129.– inkl. MwSt. / Ref. U7860E

¹ Empfohlener HP Richtpreis/Strassenpreise (inkl. MwSt./inkl. vRG). Nähere Informationen und spezielle Projektpreise auf Anfrage.
² Offizieller Verkaufspreis/Listenpreis.

Angebot kann nicht mit anderen Promotionen kumuliert werden. Gültig für HP Golden Offers Angebote (Ref. Nr. H5F64EA / Ref. Nr. H5F66EA) bis 30. April 2014 oder solange Vorrat. Pro Kunde können max. 10 Beats Kopfhörer bezogen werden. Allfällige Änderungen vorbehalten. Ultrabook, Celeron, Celeron Inside, Core Inside, Intel, Intel Logo, Intel Atom, Intel Atom Inside, Intel Core, Intel Inside, Intel Inside Logo, Intel vPro, Itanium, Itanium Inside, Pentium, Pentium Inside, vPro Inside, Xeon, Xeon Phi, und Xeon Inside sind Marken der Intel Corporation in den USA und anderen Ländern.