

[2 | 2017]

ANWALTS

REVUE

DE L'AVOCAT

GIAN SANDRO GENNA

Sind wir Anwälte fit für die Digitalisierung? SEITE / PAGE 55

PHILIPPE VLADIMIR BOSS

L'autorisation d'exécuter un acte pour un État étranger dans la pratique récente SEITE / PAGE 77

BENOÎT CHAPPUIS/ALEXANDRE STEINER

Le secret de l'avocat dans le CPP et le CPC: entre divergence et harmonie SEITE / PAGE 87



Stämpfli Verlag

SAV  FSA



Universität St. Gallen

«Wissen schafft Wirkung»

Erweitern Sie Ihre Führungskompetenz

Unsere aktuellen Lehrgänge:

Prozessführung – Civil Litigation

April 2018 bis November 2018

Strafprozessrecht

März 2018 bis Februar 2019

Fachausbildung Haftpflicht- und Versicherungsrecht

September 2017 bis Juni 2018

Berufliche Vorsorge

April 2018 bis November 2018

Management for the Legal Profession (MLP-HSG)

Einstieg jederzeit möglich - volle Anrechenbarkeit an EMBA HSG

MEHR
INFORMATIONEN
es.unisg.ch/recht

Tel. +41 71 224 75 08

executive.school@unisg.ch

www.es.unisg.ch/recht



HAVE

Haftpflichtprozess 2017

Mittwoch, 17. Mai 2017, Kultur- und Kongresszentrum Luzern

Anmeldung und Information

Tel. 043 422 40 10

tagung@have.ch

www.have.ch

Sorgfaltspflichten des Anwalts *Frédéric Krauskopf*

Aufklärungspflichten des Anwalts und Folgen ihrer Verletzung *Barbara Klett*

Klippen des Haftpflichtprozesses wegen Anwaltsfehlern, insbesondere Schaden und

Kausalzusammenhang *Markus Schmid*

Haftung des Anwalts in Deutschland *Christian Huber*

Haftpflichtversicherung des Anwalts *Stephan Fuhrer*

Haftungsprävention – insbesondere Freizeichnung und Kanzleiorganisation (AG oder GmbH)

Franz Müller

Vom Umgang mit Fehlern *Björn Berendonk*

Tagungsleitung: Stephan Weber und Walter Fellmann

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	51
LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	53
<hr/>	
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Gian Sandro Genna Sind wir Anwälte fit für die Digitalisierung?	55
Markus Kaiser / Michael Noth Wem gehört die Schweiz? Ein Überblick über die neuen Swissness-Regeln gemäss dem revMSchG und revWSchG	63
<hr/>	
ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU	
Philippe Vladimir Boss L'autorisation d'exécuter un acte pour un État étranger dans la pratique récente	77
<hr/>	
RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE	83
<hr/>	
ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT	
Benoît Chappuis / Alexandre Steiner Le secret de l'avocat dans le CPP et le CPC: entre divergence et harmonie	87
<hr/>	
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	95

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
20. Jahrgang 2017 / 20^e année 2017
ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

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

Zitervorschlag / 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 (vl)
Bollwerk 21, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bollwerk21.ch

Kontakt Verlag / Contact maison d'édition
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Flávio Trepado, MLaw (FTr)

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 AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Auflage / Tirage
9193 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par
un notaire)

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 248.- (Print und Online);
CHF 159.-, EUR 159.- (Online)
Studenten / Etudiants: CHF 98.-
Preise inkl. MwSt. (Online 8% / Print 2,5%)
und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 26.-, 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.

Unsere zwei neusten Berner Kommentare



Die elterliche Sorge/ der Kindesschutz, Art. 296–317 ZGB Das Kindesvermögen, Art. 318–327 ZGB Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a–327c ZGB

Kurt Affolter-Fringeli, Urs Vogel

Dezember 2016, CHF 428.–

Berner Kommentar BK, 1200 Seiten,
gebunden, 978-3-7272-3378-4

Der 3. Teilband des Verwandtschaftscommentars befasst sich zentral mit Inhalt, Umfang und Bedeutung der elterlichen Befugnisse und Verpflichtungen von der Geburt bis zur Volljährigkeit des Kindes, den Möglichkeiten und Grenzen gemeinsamer elterlicher Sorge sowie deren Spannungsfeld zur eigenen Handlungsfähigkeit des Kindes. Behördliches und gerichtliches Einschreiten bei Kindeswohlgefährdung und der Einbezug des Kindes ins Verfahren werden im Kontext verfassungsmässiger Garantien und internationaler Rechtsstandards erörtert und für die Praxis erschlossen. Das hochaktuelle Werk zweier profilierter Fachspezialisten berücksichtigt die Rechtsprechung bis September 2016.

Der Besitz, Art. 919–941 ZGB

Barbara Lindenmann, Emil W. Stark

Juni 2016, CHF 298.–

Berner Kommentar BK, 4. Auflage,
500 Seiten, gebunden, 978-3-7272-3380-7

Die 4. Auflage des Kommentars zum Besitzrecht ist eine Überarbeitung des Werkes von Emil W. Stark, das vor 15 Jahren erschienen ist. In dieser Zeit ist das Zivilgesetzbuch mehrfach revidiert worden und es sind einige auch für das Besitzrecht relevante Gesetze in Kraft getreten. Zu erwähnen sind unter anderem Änderungen im Personen- und Erwachsenenschutzrecht, im Immobiliarsachenrecht und im Besitzrecht selbst. Dort wurde im Zusammenhang mit der Einführung des Kulturgütertransfergesetzes der Rechtsschutz des früheren Besitzers erweitert und ein Rückforderungsrecht für abhandengekommene Kulturgüter (Art. 934 Abs. 1 bis ZGB) eingefügt, das ein neues Kapitel in der Kommentierung zu Art. 934 ZGB erforderlich machte. Mit der Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung wurde zudem eine Überarbeitung der Verfahrensfragen des Besitzrechts notwendig. Das Werk wurde ausserdem im Licht der neueren Rechtsprechung und Literatur aktualisiert.

Bestellen Sie auch online unter:
www.staempflishop.com/bernerkommentar

Stämpfli
Verlag

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempfliverlag.com



IM FOKUS DES VORSTANDS SAV

URS HAEGI

Vizepräsident SAV und OK-Präsident Anwaltskongress

Der Anwaltskongress des Schweizerischen Anwaltsverbandes SAV-FSA gelangt in diesem Jahr zum 9. Mal zur Austragung. Er ist aus dem Veranstaltungskalender der Schweizer Anwaltschaft nicht mehr wegzudenken. Der Anlass im malerischen Luzern ist in seiner Ausgestaltung einmalig: Nirgendwo sonst in der Schweiz steht der Anwältin oder dem Anwalt eine solche Fülle von Weiterbildungsveranstaltungen (insgesamt über 90 Referate bzw. Workshops) mit höchst kompetenten Referenten zu den verschiedensten Themen zu einem derart günstigen Preis zur Verfügung. Deshalb ist das «Produkt Anwaltskongress» ein Erfolg: Bei jeder Durchführung (immer in ungeraden Jahren) nimmt eine grössere Zahl von Kolleginnen und Kollegen am Kongress teil. Das Sprichwort «les absents ont toujours tort» gilt in Anbetracht der vielfältigen Themen mehr denn je. Wie gehabt, referieren ausgewiesene Fachleute in praktisch sämtlichen klassischen juristischen Disziplinen. Daneben widmet sich der Kongress auch in diesem Jahr Herausforderungen, welchen sich die Anwaltschaft erst in jüngerer Zeit zu stellen hat. Neben Kanzlei- und Stressmanagement stehen hier Vorträge und Workshops zum aktuellen Thema «Digitalisierung der Rechtsdienstleistung» im Fokus. Ganz besonders freut uns in diesem Zusammenhang die Verpflichtung der Key-Note-Speakers, Prof. Dr. Günter Dueck, ehemals Chief Technology Officer von IBM, Deutschland, und Patrick Warnking, CEO von Google Schweiz.

Fixer Bestandteil des Programms ist darüber hinaus wiederum der Triathlon: In Kurzpräsentationen von 10 bis 12 Minuten wird die neue Rechtsprechung und Literatur in einem bestimmten Rechtsgebiet von einem ausgewiesenen Experten vorgestellt. Fünf Kurzpräsentationen sind in einem Modul von einer Stunde zusammengefasst. Jeder Weiterbildungshungrige wird an einem Triathlon von drei Modulen mit insgesamt 15 Kurzpräsentationen teilnehmen können.

Thematisch ist die Tagung dreigeteilt. Stand der Kongress im Jahr 2015 global unter dem Thema «Gewaltentrennung» wird sich dieser Kongress, quasi als Fortsetzung dazu, an prominent besetzten Plenar- und Podiumsveranstaltungen etwas spezifischer den Themen «Interaktion zwischen den Akteuren der Gerichtsbarkeit» und «Medien und Rechtsprechung» annehmen. Diese beiden Themen sollen uns Anwältinnen und Anwälten, trotz all den eher neuzeitlichen Herausforderungen wie beispielsweise Kanzleimanagement und die Digitalisierung der Rechtsdienstleistung, welche den dritten Themenkomplex bilden,

darin erinnern, dass die Anwaltschaft letztlich vor allem einen Dienst zur Befriedung der Gesellschaft leistet. Im Zusammenspiel mit den Gerichten und den übrigen Akteuren der dritten Gewalt sorgt die unabhängige Anwaltschaft dafür, dass der Rechtsunterworfenen in einem fairen Verfahren seine Ansprüche durchsetzen oder sich gegen obrigkeitliche Anordnungen wehren kann. Die unabhängige Anwältin ist eine Dienstleistungserbringerin sui generis. Der Zugang zum Recht erfordert das Zusammenspiel von unabhängigen Anwälten, von ebenso unabhängigen Richterinnen und Staatsanwälten. Der SAV ist überzeugt, dass es einen gegenseitig stets der Unabhängigkeit verpflichteten Schulterschluss der Akteure der Gerichtsbarkeit braucht, um die Unabhängigkeit der dritten Gewalt vor allem gegen Angriffe der beiden übrigen Gewalten im Staat – der Legislative und der Exekutive – verteidigen und bewahren zu können. Druck auf die Justiz wird auch über die Medien und die sozialen Netzwerke ausgeübt. Diesem Thema wird ein abschliessendes Panel am Samstag gewidmet sein.

Ersetzt künstliche Intelligenz jene von Anwälten? Wie sehr werden die künstliche Intelligenz und deren Weiterentwicklung die Arbeitsabläufe in den Kanzleien verändern? Werden neue Marktteilnehmer das Angebot anwaltlicher Leistungen beeinflussen? Diesen und ähnlichen Fragestellungen wird nach Aufzeigen von aktuellen Entwicklungen ein auserlesenes Podium unter der Leitung des anerkannten Fachexperten und Mitherausgebers des Kommentars zum Anwaltsgesetz, Prof. Dr. Walter Fellmann, nachgehen.

Ganz besonders freut uns, dass Vertreter der Sektionen der jungen Anwaltschaft aus den Kantonalverbänden von Genf, Bern, Waadt und Zürich in die Programmgestaltung miteinbezogen werden konnten. Mit dem neu geschaffenen Forum «Young Lawyers» soll spezifisch der Nachwuchs angesprochen werden. Unter dem Leitthema «Generation Y» wird an diesem Kongress der Gang in die Selbstständigkeit von jungen Anwältinnen und Anwälten von der Strategie, über das Marketing, bis hin zur Akquise durchleuchtet. Mit dem neuen Forum wurde aber auch bewusst eine Plattform geschaffen, für einen hoffentlich regen Austausch unter Berufseinsteigern, über die Sprachbarrieren hinaus.

Natürlich hoffen wir, dass auch Sie als Leser sich von der Fülle dieser Themen und der von uns zugesicherten Garantie ausgewiesener und spannender Referenten angesprochen fühlen und Sie in Ihren Agenden den 15. bis 17. 6. 2017 gross einkreisen werden.

Nous avons le plaisir d'annoncer que

Me Paul Hanna

est associé de l'Etude dès le 1^{er} janvier 2017

Avocat au Barreau de Genève, **Me Paul Hanna** conseille et représente ses clients en matière contractuelle, commerciale et administrative. Il s'est spécialisé au cours de sa carrière dans la gestion et la conduite de contentieux civils, notamment immobiliers.

Parallèlement à cela, il a développé une solide expérience et réputation en droit des sociétés, domaine qu'il affectionne particulièrement.

Me Paul Hanna a rejoint l'Etude Borel & Barbey en 2014, dont il a intégré le département judiciaire. En son sein, il s'occupe principalement de procédures contentieuses complexes devant les tribunaux étatiques et arbitraux.

2 RUE DE JARGONNANT · CP 6045 · CH-1211 GENEVE 6
T +41 (0)22 707 1800 · F +41 (0)22 707 1811 · WWW.BOREL-BARBEY.CH

Une vue
d'ensemble
des droits et
obligations du
praticien



La responsabilité du médecin

Aspects de droit civil, pénal et administratif

Madeleine Hirsig-Vouilloz

Février 2017, CHF 55.-

Coédité avec les Editions Médecine et Hygiène,
Chêne-Bourg, 270 pages, broché, 978-3-7272-8991-0

S'appuyant sur la jurisprudence et la doctrine la plus récente, le présent ouvrage offre une vue d'ensemble des droits et obligations du médecin et de ses rapports avec les patients. Il présente ainsi de manière complète, synthétique et structurée les droits et obligations du praticien, particulièrement le devoir d'information du patient et son corollaire, la réception du consentement libre et éclairé de ce dernier avant tout acte médical, et analyse les différents types de responsabilité dont le médecin peut faire l'objet lors d'une erreur médicale, tant du point de vue civil, pénal qu'administratif.

Sujet d'actualité par excellence, cet ouvrage s'adresse aux étudiants, juristes et avocats qui souhaitent acquérir ou approfondir leurs connaissances fondamentales en la matière, aux médecins et personnel soignant désireux de connaître leurs droits et obligations en cas de faute médicale, ainsi qu'à tout un chacun, patient actuel ou potentiel.

1507-24/17

Stämpfli
Editions

Stämpfli Editions SA

Wölflistrasse 1
Case postale
CH-3001 Berne

Tél. +41 31 300 66 77
Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com
www.staempfliverlag.com



LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA

URS HAEGI

Vice-président de la FSA et président du comité d'organisation du Congrès des avocats

Le Congrès de la Fédération Suisse des Avocats en est aujourd'hui à sa IX^e édition. Il est devenu, au fil du temps, un événement majeur de la formation continue des avocats suisses et ne saurait être manqué sous aucun prétexte. Unique en son genre, il permet de suivre, à un prix défiant toute concurrence, plus de 90 conférences et séminaires aux thèmes les plus divers et présentés par des spécialistes de premier ordre. Organisé toutes les années impaires dans le cadre idyllique de Lucerne, le concept du Congrès connaît un franc succès, puisqu'il accueille un nombre toujours plus important de participants. En raison de la multitude des thèmes abordés, chacun trouvera satisfaction dans ses domaines de prédilection, et cette grande diversité constitue l'un des facteurs de réussite de l'événement. Toutes les disciplines juridiques classiques seront représentées par d'éminents spécialistes du domaine concerné. Et le Congrès examinera aussi les défis auxquels est confronté l'avocat d'aujourd'hui: la gestion financière et opérationnelle d'une étude d'avocats, la confrontation à des périodes de surcharge de travail, la numérisation des services juridiques, etc. feront ainsi partie des questions traitées en parallèle. Dans le même registre, nous sommes particulièrement heureux de vous annoncer l'intervention de deux orateurs attendus avec beaucoup d'impatience, à savoir Monsieur le Prof. Günter Dueck, ancien directeur de la technologie pour IBM en Allemagne, et celle de Monsieur Patrick Warnking, CEO de Google Suisse.

Faisant intégralement partie du congrès, le triathlon du droit aura lieu le samedi matin. Sans faire d'exposés précis et persuasifs de dix à douze minutes, les conférenciers – là aussi d'éminents juristes triés sur le volet – commenteront la jurisprudence des deux dernières années ainsi que les questions doctrinales récemment soulevées. Le *Triathlon du droit* est composé de trois modules d'une heure, avec à chaque fois cinq exposés, de sorte que les plus assidus d'entre vous pourront suivre quinze exposés en tout. Bref, un condensé de droit qui vous permettra de vous mettre à jour le temps d'une matinée.

En parallèle, le Congrès se focalisera sur trois thèmes majeurs. L'édition de 2015 avait été placée sous celui de la *Séparation des pouvoirs*. Qui dit séparation n'exclut pas une certaine cohésion interne à chaque pouvoir, et c'est donc assez logiquement que le Congrès de 2017 abordera des thèmes comme la *Cohésion entre les acteurs de la justice* ou *Les médias et la jurisprudence*. Ces sujets seront abordés en séance plénière et lors de débats animés par des experts de première compétence. Il est essentiel de

comprendre que, malgré les défis de taille à relever par l'avocat d'aujourd'hui (comme la numérisation et la gestion toujours plus complexe d'une étude d'avocats), nous fournissons en fin de compte des services qui contribuent à la paix sociale. En relation étroite avec les tribunaux et les autres acteurs de la justice, notre profession, tout en conservant son indépendance, doit s'assurer que nos clients puissent faire valoir leurs droits dans un procès équitable et s'opposer aux décisions arbitraires.

L'avocat indépendant est un prestataire de services *sui generis*. Mais l'accès au droit nécessite également l'interaction entre avocats indépendants et juges ou procureurs tout aussi indépendants. La FSA est ainsi convaincue du fait qu'il doit y avoir une cohésion entre ces acteurs indépendants de la justice, avec pour objectif de lutter et conserver l'autonomie de la justice contre les attaques des pouvoirs législatif et exécutif. La justice est également soumise à une forte pression des médias et réseaux sociaux. Un panel final sera consacré à ce thème durant la journée de samedi.

L'intelligence artificielle remplacera-t-elle celle des avocats? Dans quelle mesure son évolution modifiera-t-elle les flux de travail dans les études d'avocats? Des tiers pourront-ils exercer une influence sur l'offre de services proposés par l'avocat? Toutes ces questions et bien d'autres seront examinées à la lumière des développements actuels. Un panel composé de plusieurs personnalités sera animé par le prof. Walter Fellmann, coéditeur du Commentaire de la loi sur la profession d'avocat.

Enfin, nous aurons le plaisir d'accueillir les représentants des *Jeunes Barreaux* de Genève, Berne, Vaud et Zurich. Avec la création du *Forum des jeunes avocats*, notre Congrès s'adresse donc aussi à la relève, et le forum permettra à la *génération Y* de débattre, entre autres, de thèmes tels que la recherche et la constitution d'une clientèle en début de carrière d'avocat indépendant. Ce nouveau forum présente l'avantage d'une plateforme qui s'affranchit des barrières linguistiques pour mettre en discussion toutes les questions qu'un jeune avocat se pose.

Nous espérons naturellement que les lecteurs de la Revue de l'avocat seront convaincus de l'intérêt à participer à ce Congrès et qu'ils réserveront dès aujourd'hui les dates du 15 au 17.6.2017. Au vu de l'impressionnant programme qui les attend, nous pouvons d'ores et déjà leur garantir qu'ils ne regretteront pas le déplacement à Lucerne.

Der erste, vollständige Kommentar zum schweizerischen Waffengesetz

Waffengesetz (WG)

Reto Sutter, Nicolas Facincani, Fatih Aslantas,
Michael Bopp, Boris Etter, Juliane Jendis,
Benjamin Leupi-Landtwig

Februar 2017, CHF 162.–

Stämpflis Handkommentar SHK, 396 Seiten,
gebunden, 978-3-7272-5156-6

Am 1. Januar 1999 ist das Schweizerische Waffengesetz in Kraft getreten. Dieses wurde in der Folge mehrere Male revidiert. Obschon das Waffengesetz in der Praxis oft Anwendung findet, fehlte es in der Schweiz weitgehend an einer diesbezüglichen juristischen Auseinandersetzung. Der vorliegende Kommentar soll diese Lücke schliessen indem er unter Berücksichtigung der aktuellsten Literatur und Rechtsprechung die heute geltenden Bestimmungen des Waffengesetzes erläutert. Dabei werden sämtliche relevanten Themenbereiche behandelt. Aufgrund der Tatsache, dass in der Schweiz viele Personen eine Waffe besitzen und sich dadurch mit Rechtsfragen rund um Waffen auseinandersetzen müssen, wird dieser Kommentar nicht nur für Juristen, sondern auch für weiter Interessierte ein wertvolles Hilfsmittel sein.

Stämpfli

Verlag

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempfliverlag.com

**Jetzt
bestellen**

Bestellen Sie auch online:

www.staempflishop.com/shk



Ich bestelle _____ Ex. 978-3-7272-5156-6

Name, Vorname _____

Firma _____

Strasse/PLZ, Ort _____

E-Mail _____

Ich abonniere den Newsletter

Datum, Unterschrift _____

Stämpflis Handkommentar

Nicolas Facincani
Reto Sutter
(Herausgeber)

**Waffengesetz
(WG)**

Fatih Aslantas • Michael Bopp • Boris Etter • Nicolas Facincani • Juliane Jendis • Benjamin
Leupi-Landtwig • Reto Sutter



Stämpfli Verlag

1507-27/17



SIND WIR ANWÄLTE FIT FÜR DIE DIGITALISIERUNG?

GIAN SANDRO GENNA¹

Dr. iur., Rechtsanwalt in Muri b. Bern und Thun, Inhaber Jusonline AG

Stichworte: Digitalisierung, LegalTech, E-Government, digitale Anwaltskanzlei

Die Digitalisierung ist in aller Munde und wälzt ganze Branchen um. Müssen sich also auch die Anwälte vor einem Geschäftsmodell à la Uber fürchten? Oder bietet die Digitalisierung für die Anwälte neue Chancen? Liegt die Zukunft tatsächlich in der voll digitalisierten Anwaltskanzlei oder in Online-rechtsdienstleistungen? Der Autor hat mit der Gründung seiner Kanzlei Jusonline AG Anfang 2016 den Schritt in die digitale Anwaltswelt gewagt und berichtet hier von seinen ersten Erfahrungen, den längst noch nicht ausgeschöpften technischen Möglichkeiten sowie den Grenzen der Digitalisierung des Anwaltsberufes.

I. Digitalisierung für Anwälte – eine Einführung

Noch vor ein paar Jahren ging wohl manch einer in unserer Branche davon aus, dass der Anwaltsberuf kaum von der Digitalisierung betroffen sein würde, geschweige denn, dass Anwälte durch Software ersetzt werden könnten. Heute jedoch muss man davon ausgehen, dass sich der Anwaltsberuf durch die Digitalisierung zumindest massiv verändern wird. Wir stecken mitten in technischen und gesellschaftlichen Entwicklungen, die sich nicht aufhalten lassen und die mehr als nur einen vorübergehenden Trend bilden. Die Frage ist dabei nur noch, ob wir Anwälte gewillt und in der Lage sind, die Chancen der Digitalisierung für uns zu nutzen oder ob wir schon bald unseren Platz innovativeren, flexibleren Tech-Unternehmen überlassen müssen.

1. Die ersten Schritte...

Vor rund zwei Jahren begann ich nach einigen Jahren Berufstätigkeit in einer traditionellen, technisch kaum über Word/Excel hinausgekommenen mittelgrossen Kanzlei, mich intensiv mit der Frage zu befassen, was die Digitalisierung für uns Anwälte bedeuten und wie sie unsere Arbeit verändern könnte. Was mir dabei sofort auffiel: Unsere Branche ist generell wenig affin für Innovationen und technische Entwicklungen. Viele Anwaltskanzleien und Einzelanwälte agieren im Wesentlichen gleich wie vor 20 Jahren, d. h. grösstenteils papierbasiert und kaum präsent in der digitalen Welt. Höchstens das E-Mail hat heute flächendeckend Einzug in die Anwaltsbüros gehalten.

Ich kam zum Schluss, dass auch – oder gerade – der Anwaltsberuf eigentlich dafür prädestiniert wäre, die technischen Entwicklungen zu nutzen und dadurch einen

Mehrwert für die Kunden² zu generieren. Daher gründete ich Anfang 2016 die Kanzlei Jusonline AG. Der Name (Jus-online) ist Programm: Wir versuchen, so viele unserer Leistungen und Arbeitsschritte wie nur möglich «online» – d. h. digital – abzuwickeln, angefangen mit der Mandatsakquisition und dem Marketing, fortgesetzt mit der Kundenkommunikation und den gerichtlichen Eingaben (E-Government) und abgeschlossen mit sämtlichen internen Administrativ- und Unterstützungsprozessen (digitale Dossierführung, elektronische Recherche- und Informationsbeschaffung, automatisierte Rechnungsstellung und Buchhaltung). Heute bin ich aufgrund meiner ersten Erfahrungen überzeugt: Die digitale Anwaltskanzlei funktioniert. Sie ist nicht nur wesentlich effizienter und kostengünstiger als eine «traditionelle» Kanzlei, sondern – und das ist wohl das Wichtigste – schafft auch einen echten Mehrwert für den Kunden, nämlich einen unkomplizierten Zugang zum Recht, schnellere Reaktions- und Antwortzeiten, tiefere Anwaltsrechnungen aufgrund nachvollziehbarer Preismodelle und mehr Transparenz über die geleistete

¹ Der Autor dankt MLaw Selma Duc für die Mitarbeit an diesem Beitrag sowie Franz Kummer, Gründer und Mitinhaber der Weblaw AG, Bern, für seine wertvollen Hinweise.

² Ich verwende konsequent den Begriff «Kunde» und nicht «Klient» (oder «Mandant»). «Klient» tönt nach einem paternalistischen Abhängigkeitsverhältnis zum Anwalt, der «Kunde» ist demgegenüber eine selbstständig denkende Person, die den Anwalt gezielt als Dienstleister aussucht, um ein bestimmtes Problem mit seiner Hilfe zu lösen.

Arbeit. Selbstverständlich hat dieser Mehrwert nicht nur mit der Digitalisierung zu tun, aber diese ist hierfür zweifellos ein massgeblicher Treiber.

2. ... und viele Stolpersteine

Trotz den beschriebenen positiven Erfahrungen bestehen natürlich auch diverse Stolpersteine für eine digitale Anwaltskanzlei.

Ein eigentliches Ärgernis für jeden digital affinen Anwalt ist etwa das Thema «E-Government». Es ist erschreckend, wie wenig digitalisiert die Gerichte und Behörden in unserem Land heute nach wie vor sind. Elektronische Dossierführung oder Akteneinsicht via einen gesicherten Onlinedatenraum sind weitgehend Fehlzanzeige. Selbst elektronische Eingaben mit digital signierten Dokumenten und via sicheres E-Mail sind nicht überall möglich oder werden mit bürokratischen Hürden sogar aktiv behindert.³ Nach wie vor dominiert König Papier die Gerichts- und Behördenwelt.⁴

Aber nicht nur die Gerichte, sondern auch erstaunlich viele Kunden – und zwar nicht nur ältere Semester – sind nach wie vor kaum digital unterwegs. Sie mögen zwar Whatsapp, Facebook oder E-Mail im Alltag nutzen, geht es aber darum, dem Anwalt bestimmte Dokumente zu übergeben oder mit ihm in Kontakt zu treten, nutzt immer noch eine relativ grosse Anzahl die klassischen Kommunikationsmittel wie Briefpost, Telefon und natürlich das persönliche Gespräch. Das mag für den «Digitalisierungsfanatiker» ab und zu frustrierend sein, liegt aber wohl in der Natur der Sache: Die anwaltliche Dienstleistung hat – gerade in den für Privatpersonen (Scheidungen, Erbrecht, Strafrecht, Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Nachbarrecht etc.) und KMU (Umstrukturierungen, Nachfolgeregelungen etc.) relevanten Bereichen – nach wie vor einen sehr *persönlichen Charakter*, der «menschliche» Aspekt überwiegt den «digitalen». Jedoch hilft uns die moderne Technik dabei, unsere Dienstleistungen noch persönlicher, effektiver und kostengünstiger zu erbringen. Die Digitalisierung liegt daher auch im Kundeninteresse.

3. Zur Nachahmung empfohlen!

Die Digitalisierung ist in vollem Gange, wir können sie nicht aufhalten, aber mitgestalten. Mit meinen nachfolgenden Ausführungen aus der Praxis einer digitalen Anwaltskanzlei möchte ich allen Berufskolleginnen und -kollegen Mut machen, die Digitalisierung der eigenen Kanzlei zur Chefsache zu erklären und darin gerade auch neue unternehmerische Chancen zu erkennen. Ich bin überzeugt, dass sich unser Beruf durch die Digitalisierung stark verändern wird, und zwar zum Guten: Dank technischen Hilfsmitteln und Software aus der Cloud, die uns ungeliebte Fleissarbeiten wie juristische Recherche, Sachverhaltsermittlung, Validierung, Datenerfassung, Auswertungen, Berechnungen, Administration, IT, Datensicherheit, Buchhaltung etc. kostengünstig und zuverlässig abnehmen, können wir uns noch fokussierter auf unser Kerngeschäft konzentrieren, nämlich auf die individuelle Problemlösung für unsere Kunden, indem wir beraten, ge-

stalten, mitdenken, mitfühlen und gegebenenfalls prozedieren.

II. Der digitale Anwalt – eine Auslegeordnung

Was benötigt nun aber eine digitale Anwaltskanzlei konkret, wie wird man gewissermassen zum digitalen Anwalt? Im Nachfolgenden mache ich den Versuch einer nicht abschliessenden Auslegeordnung.

1. Digitales Denken

Der wichtigste Prozess bei der digitalen Transformation einer Anwaltskanzlei ist die Veränderung des Denkens, und zwar nicht nur bei den Partnern, sondern bei sämtlichen Mitarbeitenden. Das Denken der Kanzlei muss «digitalisiert» werden, bevor überhaupt an den technischen Umbau der IT-Infrastruktur gedacht werden soll.

Was bedeutet digitales Denken? Es ist zunächst einmal der Versuch, sich von der traditionell papierbasierten, administrationslastigen Anwaltswelt zu trennen und das eigene Universum radikal digital neu zu denken: papierloses Büro, digitale Dossierführung, kollaboratives Arbeiten (in der Cloud), Nutzung von E-Government, automatisierte Rechnungsstellung und Buchhaltung sowie starke Marketingpräsenz im virtuellen Raum. Es ist aber auch eine Umschichtung von internen Ressourcen, weg von administrativen Schreibkräften hin zu mehr Automatisierung und Technologisierung im Kanzleialltag und Konzentration auf das anwaltliche Kerngeschäft. Kurz gesagt: Alles, was digitalisiert und automatisiert werden kann und dadurch effizienter erbracht wird, soll man auch digitalisieren.

2. Technische Infrastruktur

Grundlage für die digitale Anwaltskanzlei ist eine hochstehende technische Infrastruktur, mithin die Hard- und Software⁵. Auch wenn hier gewisse Anfangsinvestitionen unumgänglich sind, wird man rasch feststellen, dass gerade zuverlässige Software aus der Cloud⁶ kaum noch ein grosser Kostenfaktor für eine Kanzlei darstellt. Auch elektronische Speicherkapazitäten und Rechenleistungen sind günstig und rund um die Uhr verfügbar. Ich empfehle gerade kleineren und mittelgrossen Kanzleien, unbedingt

³ Lobenswert sind in diesem Zusammenhang aber die Gerichte der Zivil- und Strafjustiz im Kanton Bern, wo das E-Gov-System schrankenlos funktioniert (von den Anwälten offenbar aber kaum genutzt wird, wie mir Insider berichten).

⁴ Richtig ist daher die Forderung des SAV nach der Erarbeitung einer gesamtschweizerischen Lösung für die elektronische Aktenführung; vgl. RENÉ RALL, Schulterschluss, auch im elektronischen Rechtsverkehr (ERV), *AnwaltsRevue* 10/2016, S. 403 f.

⁵ Vgl. dazu WOLFGANG STRAUB, «Durchklick»: Was bringt die IT in der Anwaltskanzlei? (Teil 1), *AnwaltsRevue* 11-12/2012, S. 521 ff. sowie WOLFGANG STRAUB, «Durchklick»: Was bringt die IT in der Anwaltskanzlei? (Teil 2), *AnwaltsRevue* 1/2013, S. 21 ff.

⁶ Vgl. URSULA SURY/YVES GOGNIAT, Umzug einer Kanzlei in die Cloud, *AnwaltsRevue* 5/2015, S. 201 ff., insbesondere mit Hinweisen auf das anwaltliche Berufsgeheimnis und den Datenschutz.

auf Standardprodukte, die durchaus auch branchenfremd sein dürfen, zu setzen und sich keine teuren Individualanfertigungen programmieren zu lassen. Wir machen etwa beste Erfahrungen mit der Schweizer Cloud-Software Bexio⁷, die Kundenverwaltung (CRM), Leistungserfassung, Rechnungsstellung und automatisierte Buchhaltung in einer Lösung enthält und unschlagbar günstig ist. Diese Software wurde zwar nicht spezifisch für Anwälte entwickelt, lässt sich aber problemlos und ohne vertieftes technisches Wissen für ein Anwaltsbüro konfigurieren.

Leitlinie bei der Beschaffung der Kanzleisoftware muss sein, dass man *jederzeit von jedem beliebigen Endgerät* mit einem sicheren Loginverfahren auf die Daten und Dokumente zugreifen kann. Weiter ist entscheidend, dass die Kanzleisoftware eine Kollaboration aller Kanzleimitarbeitenden und gegebenenfalls Dritten (Kunden, externe Partner etc.) zulässt, sodass man z. B. Rechtsschriften oder Verträge gemeinsam in Echtzeit bearbeiten kann. Schliesslich muss eine rasche elektronische Durchsuchbarkeit aller Dokumente, E-Mails, Korrespondenzen etc. sichergestellt sein.

3. Digitale Dossierführung

Dreh- und Angelpunkt jeder digitalen Kanzlei bildet die *digitale Dossierführung*⁸. Über jeden Kunden bzw. jeden Fall ist eine vollständige elektronische Akte anzulegen, die sämtliche Korrespondenzen, Dokumente, Verträge, Gerichtsurkunden etc. enthält und auf welche für die Berechtigten zu jederzeit und von jedem Endgerät aus ein gesicherter elektronischer Zugriff erfolgen kann. Es ist die (fast) komplette Verabschiedung vom Papier als Arbeits- und Speichermedium. Immerhin bewahren wir in unserer Kanzlei gewisse unentbehrliche Originalunterlagen nach wie vor in Papier auf (z. B. Gerichtsurteile, Verträge etc.), vollständig und gegliedert sind aber nur noch unsere elektronischen Dossiers.

Jedes Papierdokument, das unserer Kanzlei zugestellt wird (und leider erhalten wir nach vor sehr viel Papier, v. a. von Gerichten und Behörden, aber auch von Anwaltskollegen und Kunden), wird *eingescannt und elektronisch abgelegt*. Einem Kunden, der dies wünscht, geben wir elektronischen Zugriff auf seine digitale Akte und sorgen so für grösstmögliche Transparenz über unsere Arbeit.

4. Digitale Kommunikation

Nichts geht im Anwaltsberuf ohne digitale Kommunikationskanäle. E-Mail ist dabei nur einer davon, aber nach wie vor der wichtigste und am weitesten verbreitete.

A) E-Mail und Onlinekontaktformular

Praktisch alle Kunden und Berufskollegen wünschen heute die Zustellung der Korrespondenz per E-Mail. Auch erhalten wir die überwiegende Anzahl der Kundenanfragen oder Anwaltskorrespondenzen per E-Mail. Zusätzlich bieten wir unseren Kunden über das Kontaktformular auf unserer Website eine einfache Möglichkeit der Kommunikation mit uns und des verschlüsselten Hochladens von Dokumenten. Wir garantieren, dass solche Onlineanfra-

gen innert 24 Stunden beantwortet werden. Durch dieses Tool haben wir schon das eine oder andere neue Mandat generiert; allerdings gibt es zuweilen auch Anfragen, die offensichtlich nur dem Zwecke einer Gratisrechtsauskunft dienen. Solche beantworten wir, indem wir sofort einen Pauschaltarif für die Beantwortung der gestellten Frage offerieren. Wenn der Kunde an unserer Dienstleistung interessiert ist, wird er zusagen, andernfalls kann er es ohne Kostenfolgen bleiben lassen.

B) VoIP-Telefonie und Chat

Die *telefonische Erreichbarkeit* ist für eine Anwaltskanzlei auch in der digitalen Welt unersetzbar. Wir haben die Art und Weise, wie wir telefonieren, digitalisiert: Unsere Telefoninfrastruktur besteht ausschliesslich aus Mobiltelefonen, die mit einer VoIP-App unseres Telefonanbieters ausgerüstet sind. So kann ich über unsere Festnetznummer telefonieren, ungeachtet dessen, ob ich nun tatsächlich im Büro bin, mit dem Rennvelo trainiere oder mich in Italien am Strand erhole. Unseren Kunden bieten wir zudem die Kontaktaufnahme via Skype (Videotelefonie und Chat) an; diese Möglichkeit wird jedoch noch (zu) selten genutzt.

Intern in unserem Team kommunizieren wir übrigens nicht per E-Mail oder Telefon, sondern via einen Chatdienst, mit welchem auch Dateien, Fotos, Hyperlinks, Telefonnummern etc. direkt übermittelt werden können. Dieser Chat hat unsere Arbeit viel effizienter gemacht und insbesondere die interne E-Mail-Flut stark reduziert.

C) E-Government

Wie bereits ausgeführt, bestehen nach wie vor (ärgerliche) Hürden bei der elektronischen Kommunikation mit Gerichten und Behörden (E-Government). Zwar haben die entsprechenden Möglichkeiten in den letzten Jahren erfreulicherweise zugenommen. Das E-Government steckt in der Schweiz allerdings noch immer in den Kinderschuhen, verglichen mit den führenden Nationen wie Estland, Malta oder Norwegen⁹. Von einer Digitalisierungswelle in den Amtsstuben kann jedenfalls keine Rede sein, der Begriff «E-Government» bleibt weitestgehend ein inhaltsleeres Etikett¹⁰.

Ein Beispiel: Wenn ich via digitale Eingabe (elektronisch signiert mit «SwissID») und verschickt mit dem verschlüsselten E-Mail-Service «IncaMail» der Schweizer

⁷ www.bexio.ch.

⁸ Vgl. dazu IVAN OPPLIGER/CHRISTOPHE V. WERDT, Digitale Aktenablage und digitales Archiv in der Anwaltskanzlei, *AnwaltsRevue* 11/12/2016, S. 494 ff., und THOMAS GFRÖRER/SEBASTIAN QUIMBACH, Das ABC der modernen Fallbearbeitung; ein Erfahrungsbericht aus der Praxis, *AnwaltsRevue* 5/2015, S. 197 ff.

⁹ Vgl. Netzwoche, Schweiz muss bei E-Government noch deutlich aufholen, 3.10.2016.

¹⁰ Löbliche Ausnahmen sind etwa zahlreiche Steuerverwaltungen, namentlich auch die ESTV, sowie sämtliche Betriebs- und Konkursämter dank des zentralen digitalen eSchKG-Briefkastens (www.e-service.admin.ch/sis/app/mandant/schkgbk).

Post) um Akteneinsicht bei einem Gericht ersuche, so wird mein Schreiben gerichtsintern zuerst ausgedruckt (oft sogar mehrfach und auch noch für die übrigen Prozessparteien), und anschliessend wird mir auf dem Postweg ein Paket mit Akten zugestellt, welche wir einscannen und – wiederum auf dem Postweg – zurückschicken müssen.

Dass ein derart ineffizientes Prozedere von vorgestern ist, liegt auf der Hand. Technisch wäre es ohne Weiteres möglich, einen sicheren Datenraum (analog E-Banking-Standard) für Gerichtsfälle zu schaffen, zu welchem nur die im Fall involvierten Richter und Anwälte via eine überprüfte digitale Identität (z.B. SwissID) Zugang erhalten. Akteneinsicht auf Papier würde sich damit erübrigen, und digitale Eingaben wären ebenfalls direkt via diese Plattform möglich, wobei sofort ein automatisches Informationsmail an die übrigen Fallbeteiligten erfolgen könnte. Sogar Gerichtsverhandlungen oder zumindest gewisse Teile davon wären problemlos digitalisierbar, z.B. in der Form einer Videokonferenz oder eines Chats.

Leider ist dies alles noch ferne Zukunftsmusik, das Engagement der Gerichte und Behörden für mehr Digitalisierung und weniger Papier ist für mich in der Praxis kaum spürbar, im Gegenteil, es werden teilweise gar bewusst Schikanen eingebaut.¹¹ Ich bin aber überzeugt, dass die Digitalisierung auch vor gerichtlichen Prozessen nicht Halt machen wird: Entweder wird sich die staatliche Justiz in diese Richtung bewegen, oder es werden im Internet effiziente Formen der (zivilrechtlichen) Streitbeilegung entstehen, analog zur Schiedsgerichtsbarkeit, nur viel günstiger, einfacher und zugänglicher. Dadurch würde der Druck auf die staatlichen Gerichte steigen, rasch geeignete digitale Formen des (Zivil-)Prozesses zu schaffen.¹²

5. Digitales Marketing

Die grösste wirtschaftliche Chance für uns Anwälte liegt wohl im digitalen Marketing. Erstaunlicherweise gibt es nur wenige Kanzleien, die konsequent auf verschiedenen digitalen Kanälen und sozialen Netzwerken präsent sind. Wenn wir uns jedoch vergegenwärtigen, welche umfangreichen Kundenkreise wir dadurch nicht erreichen, kann man nur von einer verpassten Chance sprechen.

A) Neue Kundenkreise ausserhalb des Kanzleistandorts erschliessen

Bisherige Marketingstrategien von Kanzleien, sofern solche überhaupt vorhanden waren, gingen meist von einem sehr eng begrenzten geografischen Umkreis aus. In diesem kleinen Teich versuchte man seine Kunden zu fangen. Durch Einsatz digitaler Marketingmethoden öffnet sich auf einmal ein viel grösserer potenzieller Kundenkreis, der weit über die angestammte Region hinausreicht. Gerade ein spezialisierter Anwalt – und der Trend zur Spezialisierung nimmt in unserer Branche laufend zu – kann so seine Leistungen landesweit oder zumindest sprachregional anbieten und wird dafür auch Kundschaft finden. Denn für den modernen Kunden spielt es keine Rolle, ob sein Anwalt nun in Zürich, Bern oder Altdorf seinen Sitz hat, sofern er auf seinem Gebiet einer der Besten ist.

B) Weniger ist mehr

Wie überall gilt jedoch auch beim digitalen Marketing: Weniger ist mehr. Gerade das aktive und professionelle Bewirtschaften von sozialen Medien benötigt viel Zeit. Es empfiehlt sich daher, sich auf ein paar wenige Kanäle zu konzentrieren, diese dafür voll auszuschöpfen. Mit meiner Kanzlei bin ich beispielsweise stark auf Facebook präsent, habe eine suchmaschinenoptimierte, ständig aktualisierte Website und versende regelmässig einen elektronischen Newsletter an rund 1500 Kunden und Geschäftspartner. Demgegenüber bin ich weder auf Twitter präsent, noch schreibe ich einen Blog. Eine gewisse Zeit lang haben wir mit «Google Adwords» gearbeitet und dadurch zahlreiche Besucher auf unsere Website geholt. Eine genaue Auswertung hat dann jedoch ergeben, dass der Nutzen von «Google Adwords» nicht ausreichend war. Etwas erfolgreicher dürften demgegenüber bezahlte Posts auf Facebook sein, da diese ganz gezielt an ein bestimmtes Publikum gerichtet werden können. Wir verzichten zurzeit allerdings auf diese Art von bezahlter Werbung und beschränken uns auf einen «normalen» Facebook-Account sowie auf Xing und LinkedIn.

III. Zunehmende Konkurrenz und neue Chancen

Wenn man sich in Anwaltskreisen umhört, wird die Digitalisierung selten als Chance wahrgenommen. Meist überwiegt Skepsis oder gar Ignoranz. Zu was eine solche Haltung führen kann, zeigt uns drastisch das Beispiel von Uber im Taxigewerbe: Neue, technologiegetriebene Start-ups, die meist branchenfremd und jung sind, mischen traditionelle Branchen auf und fegen alte Gewohnheiten weg. Man spricht auch von sog. Disruption.¹³

Vieles deutet darauf hin, dass auch die Anwaltsbranche von *disruptiven Vorgängen* erfasst und sich dadurch das wirtschaftliche Umfeld für unseren Beruf rasant und tiefgreifend verändern wird. Bereits sind auch in der Schweiz einige Start-ups am Markt, die juristische Dienstleistungen neu denken und auf eine attraktive Art dem Publikum präsentieren.¹⁴ Das ist gut so, denn – wie das Beispiel von Uber zeigt – sind dadurch für ein breites Publikum bessere Dienstleistungen zu günstigeren Tarifen zu erwar-

¹¹ Z. B. indem man aufgefordert wird, die elektronische Eingabe noch auf Papier nachzureichen.

¹² Vgl. zum Thema «eJustice» den Tagungsband zur Tagung für Informatik und Recht 2016 (<https://rechtsinformatik.ch/tagungsband-zur-tagung-fuer-informatik-und-recht-2016>).

¹³ Vgl. WOLFGANG WEISS, Zukunft des Anwaltsberufs, *Anwalts-Revue* 9/2015, S. 360 ff., mit Hinweisen auf die Thesen von Richard Susskind.

¹⁴ Für die Schweiz zu nennen sind etwa NextLex AG (www.nextlex.ch), Papiertiger GmbH (www.papiertiger.com) oder der Beobachter (www.guider.ch). In Deutschland ist das Angebot naturgemäss viel umfangreicher; erfolgreich sind etwa Leverton (www.leverton.de), Smartlaw (www.smartlaw.de) oder Legalbase (www.legalbase.de). Der eigentliche Pionier war vor rund 15 Jahren in den USA die Firma LegalZoom (www.legalzoom.com).

ten. Es bedeutet aber auch, dass Anwaltskanzleien gefordert sind, ihre heutigen Geschäftsmodelle, Organisationsformen und Kostenstrukturen fundamental anzupassen: Anwälte müssen zu Unternehmern werden, sie müssen sich mit Lust und Freude dem Wettbewerb stellen und sich dabei auf ihre ureigenen Stärken – unabhängige, persönliche und qualitativ hochstehende Rechtsberatung und Prozessvertretung – besinnen, diese jedoch mit modernen Technologien und unternehmerischen Organisationsformen in Verbindung bringen. Nur so können wir ausserhalb des engen forensischen Monopolbereiches¹⁵ auf mittlere Frist gegen die neue Konkurrenz bestehen.

1. Neue Konkurrenz durch LegalTech-Unternehmen

Die Konkurrenz für die traditionellen Anwaltsbüros nimmt laufend zu. Durch die Liberalisierung des Rechtsberatungsmarktes – bis auf den Kernbereich der forensischen Tätigkeit (Anwaltsmonopol) sind die Anwälte heute in völlig freien Märkten tätig – nimmt nicht nur der Konkurrenzdruck durch Treuhänder, Rechtsagenten, gewerbsmässige Gläubigervertreter¹⁶, Inkassobüros, Rechtsschutzversicherungen, Banken, Beratungsfirmen etc. zu, es steigen vermehrt auch junge, technologieaffine Rechtsberatungsunternehmen («LegalTech») ins Rennen um die rechtssuchende Kundschaft. Diese bieten online standardisierbare Rechtsberatung (z. B. Vertragserstellung¹⁷, Durchsuchen/Analysieren von Dokumenten¹⁸, einfache Rechtsauskünfte¹⁹), Vermittlung von Anwälten²⁰, juristische Recherche²¹ oder die Abwicklung bestimmter rechtlicher Angelegenheiten (z. B. Flugverspätungen²², Schadensregulierungen²³, Betreibungen²⁴, Scheidungen²⁵ oder Gründungen²⁶) an.

A) LegalTech-Firmen machen es vor

Die neuen LegalTech-Unternehmen sind effizienter, spezialisierter und günstiger als die traditionellen Anwaltskanzleien, die oft mit hohen Fixkosten für angestellte Anwälte, Sekretariat und Geschäftsräume an guten Standorten kämpfen und moderne Technologien kaum gewinnbringend einsetzen. Die neuen Onlineanbieter konzentrieren sich demgegenüber meist *auf ein eng begrenztes Rechtsgebiet* bzw. einen Anwendungsfall davon (z. B. Flugverspätungen, Konventionalscheidungen oder Strafbefehle²⁷), sind mithin extrem spezialisiert und setzen ganz auf Digitalisierung und Standardisierung ihrer Leistungen. Sie brechen damit komplett mit dem in der Anwaltsszene immer noch weit verbreiteten Generalistentum.

Wenn die traditionellen Anwälte gegen diese dynamische Konkurrenz mithalten wollen, dann müssen sie sich bewegen, und zwar rasch. Denn alles spricht dafür, dass sämtliche Standardfälle des Rechtsalltags – Konventionalscheidungen, Standardverträge, Gründungen, Betreibungen sowie einfache Gerichtsverfahren wie Forderungsinkasso, Mietzinsherabsetzung oder Eheschutzgesuche – vollständig zu LegalTech-Firmen abwandern werden. Warum etwa soll ein Kunde für eine Konventionalscheidung beim Anwalt mehr als CHF 2000.– ausgeben,

wenn er online die gleiche Leistung für rund die Hälfte bekommt?

B) Trends: Digitalisierung, Spezialisierung und Effizienzsteigerung

Was sollen wir Anwälte angesichts dieser unvermeidlichen Entwicklungen tun? Eigentlich haben wir zwei Möglichkeiten: Entweder werden wir selbst zu LegalTech-Unternehmern und bieten unsere Dienstleistungen standardisiert und digitalisiert an bzw. schliessen uns entsprechenden Plattformen an. Oder aber wir konzentrieren uns auf unsere Kernkompetenzen in komplexen Fällen, wo juristisches Spezialwissen, persönliche Beratung, schlagfertiges Verhandlungsgeschick oder schlaue Prozessführungstaktik nach wie vor – oder gar noch stärker denn je – gefragt bleiben. Denn klar ist, dass sich diese Tätigkeiten des Anwalts zumindest aus heutiger Sicht kaum digitalisieren lassen. Dementsprechend werden LegalTech-Unternehmen nur schwer in diesen Bereich der anwaltlichen Tätigkeit vorzudringen vermögen.

Dies bedeutet aber auch, dass wir Anwälte noch spezialisierter werden müssen, indem wir uns entweder auf einige wenige Rechtsgebiete oder auf bestimmte Kundengruppen (z. B. Privatpersonen, KMU, öffentliche Institutionen etc.) konzentrieren. Die zunehmende Konkurrenz und der Druck der Digitalisierung werden auch zu sinkenden Anwaltshonoraren führen, zumal die Leistungen und Preise der Anwälte in der digitalen Welt transparent werden und einer ständigen Bewertung durch die Kundschaft unterliegen. Nur wer spezialisierte Leistungen zu vernünftigen Preisen anzubieten vermag, wird im Konkurrenzkampf bestehen. Konkurrenzfähige Preise anbieten kann aber nur, wer seine Kanzlei schlank und effizient organisiert. Es wird unweigerlich zu einem Abbau von administrativem

¹⁵ Faktisch umfasst der anwaltliche Monopolbereich nur noch die persönliche Vertretung vor Gericht in Straf- und Zivilsachen. Sämtliche vor- und nachgelagerten Arbeiten wie Sachverhaltsermittlung, Durchsuchen von grossen Datenmengen, juristische Recherche, Erstellen von Schriftsätzen, Fallmanagement etc. lassen sich problemlos digitalisieren und durch spezialisierte nicht anwaltliche Dienstleister erledigen.

¹⁶ Ab 1.1.2018 ist die gewerbsmässige Gläubigervertretung durch Personen ausserhalb des Anwaltsmonopols im gesamten SchKG-Zwangsvollstreckungsverfahren (Rechtsöffnung, Arrest, Konkursöffnung, Nachlassverfahren etc.) zulässig.

¹⁷ www.nextlex.ch.

¹⁸ www.leverton.de.

¹⁹ www.guider.ch.

²⁰ Pionier in der Schweiz ist www.advonaut.ch.

²¹ www.weblaw.ch. Die Weblaw AG versteht sich (auch) als Dienstleisterin für Anwaltskanzleien.

²² www.flightright.de.

²³ www.schadenanwaelte.ch. Das ist zwar kein «LegalTech»-Unternehmen im engeren Sinn, jedoch ein Beispiel für eine hochspezialisierte, in der ganzen Deutschschweiz tätige und im Internet stark präsente Anwaltskanzlei.

²⁴ www.tilbago.ch. Dieses Start-up wurde kürzlich von PostFinance übernommen.

²⁵ www.scheidungsagentur.ch. Der Verfasser ist Partneranwalt dieses Onlineangebots.

²⁶ www.startups.ch.

²⁷ www.geblitzt.de.

Personal kommen, denn Schreibarbeiten²⁸, Buchhaltung oder Dossierführung erledigen sich weitgehend automatisiert und ohne ausgebautes Sekretariat. Das Scannen/Digitalisieren der Briefpost sowie die telefonische Erreichbarkeit lassen sich zudem an externe Dienstleister outsourcen.²⁹ Möglicherweise wird dereinst in der Schweiz sogar eine auf solche Dienstleistungen für Anwälte und Notare spezialisierte Unternehmung entstehen. Marktpotenzial dafür wäre sicher vorhanden.

Jedenfalls wird es in den nächsten Jahren zu einer eigentlichen Flurbereinigung in der Schweizer Anwaltszene kommen, gerade mit dem bevorstehenden Abgang der «Babyboomer»-Generation: Traditionelle Einzelpersonen-Allgemeinpraxen werden von der Bildfläche verschwinden, Kleinkanzleien werden sich nur durch eine konsequente Spezialisierung und Fokussierung halten können (eine solche Ausrichtung kann übrigens auch die Allgemeinpraxis für den Rechtsalltag sein, analog zur Gemeinschaftspraxis von medizinischen Grundversorgern), die mittelgrossen «Gemischtwarenläden» kommen unter starken Druck, da die Grosskanzleien aufgrund der zunehmenden internationalen Konkurrenz auch in deren Gefilden zu fischen beginnen. Zudem werden die absehbaren Investitionen in die IT zu einer Konsolidierung im Markt führen. Ich bin zudem davon überzeugt, dass wir in der Schweiz bald eine neue, technologiegetriebene Grosskanzlei sehen werden, die sich nicht wie die herkömmlichen Grosskanzleien an (börsenkotierte) Unternehmen und Superreiche richtet, sondern ihr Angebot gezielt und weitgehend digitalisiert auf Privatpersonen oder KMU fokussieren wird.

2. Generation Y einbinden

Fundamental umdenken müssen wir Anwälte nicht nur in Bezug auf die Digitalisierung im engeren Sinn, sondern auch in Bezug auf die heutigen Anstellungs- und Karriereemodelle. Denn die «Generation Y» (also die nach 1980 Geborenen, die sog. «Digital Natives») haben diesbezüglich ganz andere Vorstellungen. Die traditionelle Anwaltskarriere – zuerst ein paar Jahre als Angestellter verrechenbare Stunden sammeln, denn eventuell Partner werden oder aber rausfliegen – ist für die junge Juristengeneration nicht mehr attraktiv. Gerade für Frauen (aber auch Männer), die neben dem Beruf Zeit für ein Familienleben haben wollen, kommen herkömmliche Anwaltskarrieren kaum mehr infrage. Wenn wir also nicht ganze Generationen von talentierten, digital affinen Juristinnen und Juristen an konkurrenzierende Unternehmen, Konzerne oder die Verwaltung verlieren wollen, müssen wir handeln.

Und hier kommt wieder die Digitalisierung ins Spiel: Noch nie waren alternative Arbeits- und Karrieremodelle so einfach zu ermöglichen wie heute. Homeoffice dank Cloudsoftware mit papierlosem Büro, gegebenenfalls verbunden mit Teilzeitarbeit, ist nur eines davon. Möglich ist etwa, dass man sich via eine digitale Plattform als Selbstständigerwerbender dem Publikum anbietet (so das Modell von Skuani³⁰ oder auch die Plattformen Xing und LinkedIn) oder bloss projektbezogen oder zeitlich befristet

als Anwalt zum Einsatz gelangt (so das Angebot von Axiom³¹). Solche Über-ähnlichen Geschäftsmodelle werden sich in den nächsten Jahren stark verbreiten, da das Bedürfnis nach Flexibilität, Abwechslung, Projektarbeit statt einer Lebensstelle und nach Vereinbarkeit von Familie und Beruf in den jungen Generationen weiter zunehmen wird. Lineare Anwaltskarrieren, in welchen man sich von ganz unten nach oben arbeitet, werden verschwinden. Junge, talentierte Juristen, die moderne Technologie einzusetzen wissen, werden demgegenüber selbst zu Unternehmern und neue Angebote auf dem Rechtsmarkt schaffen oder sich entsprechenden Onlineplattformen anschliessen. Die junge Generation will Verantwortung tragen, aber sie sucht vermehrt auch den Sinn in der Arbeit. Kanzleien, die als moderne Unternehmen und mit einer optimalen technischen Infrastruktur die junge Generation partnerschaftlich einzubinden vermögen, werden gegenüber traditionellen, hierarchisch organisierten Büros im Vorteil sein.

3. Aus Kanzleien werden Unternehmen

Der technologische Wandel in der Anwaltsbranche wird nur gelingen, wenn wir Anwälte uns vermehrt als Unternehmer verstehen und uns entsprechend positionieren. Dies mag nicht unserer konservativen DNA des «freien Berufes» entsprechen, aber letztlich tun wir nichts anderes als viele andere Dienstleister in der Wirtschaftswelt auch: *Wir lösen für unsere Kunden Probleme gegen Entgelt*, nicht mehr und nicht weniger. Es ist in einer modernen Dienstleistungsgesellschaft wenig zielführend, den Anwaltsberuf als besonders «edel» oder «ehrenhaft» zu betrachten. Dieser Imagewandel mag für einige Traditionalisten schmerzhaft sein, aber letztlich ist es gerade aus Sicht der Kunden nur gut, wenn das Bild des unanfechtbaren, in höheren Sphären schwebenden Anwaltes Risse bekommt, so wie auch das Bild des Arztes als «Halbgott in Weiss» längst überholt ist. Denn viele Leute fürchten sich heute panisch davor, zum Anwalt zu gehen, oder sie warten bis zur allerletzten Sekunde oder noch länger damit. Warum? Weil sie offenbar denken, dass ein Anwalt erstens nicht rasch verfügbar ist, zweitens (zu) viel kostet und drittens das Problem wohl auch nicht zu lösen vermag bzw. eventuell sogar noch daran interessiert ist, das Problem hochzuspielen, um daran zu verdienen. Man nimmt uns Anwälte also oft nicht als Problemlöser, sondern als Problemschaffer wahr. Nicht nur aus Kundenkreisen höre ich diese Kritik, sondern – wohl nicht ganz zu Unrecht – auch von Vertretern aus Behörden und Justiz. Zu häufig scheint man es dort offenbar mit Anwälten zu tun zu

²⁸ So könnte die Digitalisierung sogar dem altehrwürdigen Diktat zu einem unverhofften Revival verhelfen, jedoch in der Form von intelligenter Spracherkennungssoftware (wie z. B. www.nuance.de). Abtippen wird damit unnötig.

²⁹ Etwa an die Schweizerische Post (www.swisspostsolutions.ch).

³⁰ www.skuani.com.

³¹ www.axiomlaw.com.

haben, die mehr an die eigene Kasse denken als an das objektive Interesse des Kunden.

Wir Anwälte müssen also Unternehmer werden, unsere Kanzleien Unternehmen. Ziel jedes Unternehmens ist die Ausrichtung des Angebots an den Bedürfnissen der Kunden. Wir sollten deshalb aufhören, nur von Mandat zu Mandat zu denken, sondern uns eine unternehmerische Strategie geben und dieser im Kanzleialltag konsequent nachleben. Wir sollten unsere Kanzleien organisatorisch als Unternehmen strukturieren, also klare Rollenverteilungen und Netzwerke schaffen sowie einen starken Fokus auf Marketing, Kundenpflege und Technologie legen. Hierfür müssen wir auch bereit sein, Partnerschaften mit Nichtanwältinnen wie Betriebswirtschafterinnen, IT-Fachleuten oder Marketingspezialistinnen einzugehen. Nur so wird es uns gelingen, den digitalen Strukturwandel erfolgreich mitzugestalten und uns dem verschärften Wettbewerb zu stellen.

4. Moderne Kunden haben neue Bedürfnisse

Die bevorstehende «Entzauberung» des Anwaltsberufes ist stark durch die heutigen Kunden getrieben. Kritische, übers Internet gut informierte Personen lassen sich einen Apfel nicht mehr für eine Birne verkaufen. Oder anders gesagt: Kunden suchen sich heute gezielt aus, welchen Dienstleister sie wann kontaktieren und welchen Preis sie dafür zu zahlen bereit sind. Sie stützen sich dabei namentlich auf Referenzen aus dem privaten Umfeld, aber zunehmend auch auf Internetsuche, Onlinebewertungen und Empfehlungen via Social Media.

A) Spezialisierte Dienstleistung zu fairem Preis

Der moderne Kunde will vom konsultierten Anwalt vor allem eines, nämlich eine für ihn nützliche Dienstleistung zu einem fairen Preis. Ständige Erreichbarkeit durch moderne Kommunikationsmittel, ein informativer Internetauftritt der Kanzlei und fachliche Kompetenzen setzt der Kunde ohnehin voraus.

Der moderne Kunde ist auch ein Treiber der Spezialisierung: Die Rechtsprobleme werden immer komplexer, das Dickicht der Gesetzgebung immer undurchschaubarer. Es ist deshalb unerlässlich, dass wir Anwälte Spezialwissen intern oder extern verfügbar machen können. Der Kunde, so meine Erfahrung, schätzt nach wie vor den «One-Stop-Shop», also eine einzige Anlaufstelle für sämtliche seiner Rechtsprobleme. Es interessiert ihn am Schluss auch nicht, wer sein Rechtsproblem löst, sondern dass sein Problem gelöst wird. Und hier kommt wieder die Digitalisierung ins Spiel: Noch nie war es für Anwälte und andere Dienstleister einfacher, sich zu Netzwerken zusammenzuschließen und weit über die eigene Region, wenn nicht sogar über die Landesgrenze, hinaus zusammenzuarbeiten, ohne dass man hierzu physischen Kontakt zu haben braucht und juristisch-organisatorisch unter dem Dach einer Unternehmung verbunden sein muss. Derjenige Anwalt, bei dem die Fäden zusammenlaufen und der den Kontakt mit dem Kunden und den involvierten Netzwerkpartnern hält, ist der «*Legal Project Manager*» (oder

Generalunternehmer). Er ist ein Generalist im guten Sinne, der Probleme rasch erkennen kann und weiss, welche Spezialisten in seinem Netzwerk diese zu lösen imstande sind. Der Projektmanager filetiert die Rechtsfragen zu einzelnen Arbeitsschritten, vergibt diese an die verschiedenen Netzwerkpartner und setzt am Schluss das Gesamtergebnis zusammen und kommuniziert es dem Kunden. Das ist moderne Netzwerkarbeit, wie sie in den nächsten Jahren dank Digitalisierung und Spezialisierung Verbreitung finden wird. Die heutigen Generalisten und Allgemeinpraktiker wären die geborenen Projektmanager und Generalunternehmer, sofern sie sich ein entsprechendes Spezialistennetzwerk aufzubauen vermögen und sich Managementkompetenzen sowie digitales Wissen aneignen.

B) Transparente Preismodelle

Was der moderne Kunde für selbstverständlich hält, er in unserer Branche aber noch kaum antrifft, sind transparente Preismodelle. Nach wie vor thront der Stundenansatz über allem, obschon dieser dem Kunden genau nichts darüber aussagt, wie hoch am Schluss die Rechnung ausfallen wird.

Auch hier hilft uns die Digitalisierung weiter: Produktpreise wie in einem Onlineshop (z. B. einen Vertrag oder gar eine Rechtsschrift zu einem Fixpreis), Pauschalpreise für klar definierte Leistungen (z. B. für sämtliche Bemühungen des Anwalts bis und mit Schlichtungsverhandlung) oder Kostendachvereinbarungen (mit Rechtsschutzversicherungen heute bereits üblich) werden zum branchenweiten Standard. Durch die zunehmende Konkurrenz und Preistransparenz im Internet wird vermehrt der Kunde bestimmen, welchen Preis er für unsere Leistungen zu bezahlen bereit ist. Auch erwartet er – konditioniert durch die Fülle an (Gratis-)Angeboten im Internet – «*More for Less*», also mehr anwaltliche Leistung für weniger Entgelt (z. B. online verfügbare, unentgeltliche Standardverträge oder Verzicht auf Verrechnung von Sekretariatsleistungen, Reisespesen etc.). Das ist gut so und wird uns zu effizienteren Leistungen im Interesse der Kunden anspornen: Nicht der Anwalt, der am meisten Stunden mit einem Fall verbringt, soll profitieren, sondern derjenige, der für seinen Kunden das Problem am schnellsten, effizientesten und erfolgreichsten löst. Genau das erwarten die Kunden von uns, und genau dafür können wir die Instrumente der Digitalisierung perfekt einsetzen. Dank der Digitalisierung haben innovative, flexible Anwälte nie da gewesene Chancen und Möglichkeiten: Wir können unsere Leistungen effizienter erbringen, uns von administrativen Arbeiten weitgehend entlasten, uns auf unser Kerngeschäft spezialisieren und neue Angebote lancieren, die ein viel breiteres, präziser definiertes Kundensegment ansprechen als im üblichen regionalen Radius von 10 km rund um die eigene Kanzlei.

5. Wo sind die anwaltlichen Innovationen?

Innovation ist heute ein Schlagwort, das jeder Beruf, jede Branche und jedes Unternehmen für sich beansprucht. Interessanterweise hört man das Wort im Zusammenhang

mit Anwälten oder von Anwälten selbst selten bis nie,³² Schade! Wo sind unsere Innovationen? Warum haben nur wenige Anwälte den Mut, mit altbewährten Konzepten zu brechen und Neues zu wagen? Möglicherweise schränken uns Normen wie Standesregeln und Standesrecht, Werbebeschränkungen oder ungeschriebene Berufskonventionen und Traditionen zu stark ein und verengen unser Denken. Möglicherweise geht es uns einfach nach wie vor zu gut, und wir profitieren von einer gewissen Monopolrente sowie scheinbar nie endendem Mandatszufluss. Also mussten wir bisher kaum innovativ sein und uns um neue Kunden bemühen. Doch die jungen LegalTech-Unternehmen werden diese wohlige Gemütlichkeit in unserer Branche bald durchbrechen!

A) Digitalisierung ermöglicht Innovationen, aber nicht nur

Die Digitalisierung wird Innovationen im Feld der Rechtsberatung breit möglich machen und belohnen. Einige aktuelle Beispiele hierfür wurden bereits genannt.³³ Doch es müssen nicht immer «digitale» Geschäftsmodelle sein, die man ausprobieren könnte. Warum nicht eine «Anwaltsbar» an einem gut frequentierten Standort in der Stadt eröffnen, wo sich Rechtssuchende unkompliziert bei Kaffee und Kuchen an einen Anwalt wenden können? Warum nicht in belebten Geschäften wie Einkaufszentren, Fitnessstudios oder Bahnhöfen kleine Beratungsräume als «Shop-in-Shop»-Kanzlei schaffen? Warum nicht günstige Walk-in-Sprechstunden oder Chat/Video-Beratungen für spezifische Zielgruppen (Unternehmensgründer, Unfallopfer, scheidungswillige Eheleute, Erben etc.) aufbauen? Warum nicht Schulungsvideos oder Webinare anbieten? Das Bedürfnis, auf neue Weise mit dem Anwalt in Kontakt zu treten, wäre bei den Kunden auf jeden Fall vorhanden. Denn unsere Gesellschaft und mit ihr das Recht wird immer komplexer, praktisch nichts geht mehr ohne vorgängige juristische Absicherung und Beratung.

B) Besser, effizienter, kundenfreundlicher und günstiger
Und da wären wir wieder beim Punkt: Wir Anwälte sollten als vertrauensvolle Berater und effiziente Problemlöser wahrgenommen werden, nicht als eine abgehobene Spezies, die sich eine goldene Nase mit unnötigen Prozessen verdient. Ich mag mich mit einer solchen Aussage bei Berufskollegen unbeliebt machen, aber leider höre ich diesen Vorwurf im Alltag sehr oft (und zwar meist von Personen, die selbst negative Erfahrungen mit Anwälten gemacht haben).

Innovativ sein heisst, sich mit der eigenen Berufsrealität intensiv auseinanderzusetzen und nach ungewöhnlichen Möglichkeiten zu suchen, seine Dienstleistungen noch besser, effizienter, kundenfreundlicher und günstiger anzubieten. Innovativ sein heisst auch, die Bedürfnisse der bestehenden und potenziellen Kunden genau zu analysieren und gestützt darauf entsprechende Angebote zu entwickeln. Und innovativ sein heisst, ab und zu die Filterblase des eigenen Standes zu verlassen und von anderen Branchen zu lernen, z. B. der Maschinenindustrie, dem Gesundheitswesen oder der Finanz- und Versicherungswelt. Viele dieser Branchen haben in den letzten Jahren, getrieben durch die Digitalisierung und Spezialisierung, einen echten Innovationsschub erlebt, während ich den Eindruck habe, dass wir traditionellen Anwälte heute nur unwesentlich moderner agieren als noch vor 20 oder 30 Jahren (wenigstens sind die Schreibmaschinen fast überall aus den Kanzleien verschwunden...). Ich wünsche mir daher für die nächsten fünf Jahre einen digitalen Innovationsschub in der Anwaltsbranche und in der Justiz!

IV. Schöne neue Anwaltswelt

Überwiegende Skepsis oder gar offene Ablehnung gegenüber der Digitalisierung sind nach meinen Erfahrungen als «digitaler Anwalt» völlig unangebracht. Vielmehr gilt es, die sich bietenden Chancen der Technik zu nutzen. Noch nie war es möglich, sich so einfach neue Kundenkreise zu erschliessen. Noch nie war es einfacher, in ständigem Kontakt mit seinen Kunden und Netzwerkpartnern zu stehen, ungeachtet der geografischen Distanzen. Noch nie war es einfacher, eine Anwaltskanzlei als schlankes, effizientes und kostengünstiges Unternehmen zu führen. Noch nie war es einfacher, eine spezialisierte Dienstleistung weit über die angestammte Region hinaus zu vermarkten. Noch nie war es einfacher, neue Geschäftsmodelle für Rechtsberatung und anwaltliche Tätigkeit umzusetzen. Und noch nie waren Homeoffice, Teilzeitarbeit oder juristische Projektarbeit so einfach einzuführen. All diese Errungenschaften ermöglicht uns die Digitalisierung. Willkommen in der schönen neuen Anwaltswelt!

³² Vgl. BRUNO MASCELLO, Innovation als Strategie bei Rechtsmarktveränderungen, *AnwaltsRevue* 2/2015, S. 57 ff.

³³ NextLex, Guider, Skuani, Axiom, Papiertiger etc.

WEM GEHÖRT DIE SCHWEIZ?

EIN ÜBERBLICK ÜBER DIE NEUEN SWISSNESS-REGELN GEMÄSS DEM revMSchG UND revWSchG

MARKUS KAISER*

lic. iur., LL. M., Rechtsanwalt

MICHAEL NOTH*

Dr. iur., LL. M., Rechtsanwalt

Stichworte: Swissness, Markenschutzgesetz, Wappenschutzgesetz, Herkunftsangaben

Am 1. Januar 2017 trat die viel und jahrelang diskutierte Swissness-Vorlage in Kraft. Der Name der Vorlage reflektiert deren Hauptziel, nämlich den verbesserten Schutz der Herkunftsangabe «Schweiz» und des Schweizerkreuzes. Dieser Name darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Vorlage gleichermassen andere in- und ausländische geografische Herkunftsangaben betrifft. Die Autoren geben im Folgenden einen Überblick über die neue Regelung.

I. Einleitung**

[Rz. 1] In einer zunehmend globalisierten Welt kommt der Herkunft eines Produkts eine immer grössere Bedeutung zu. Schweizer Produkte geniessen im In- und Ausland einen sehr guten Ruf, der für Qualität bürgt sowie Vertrauen schafft und damit einen Wettbewerbsvorteil darstellt.¹ Insbesondere sind Konsumenten bereit, für Schweizer Produkte mehr zu bezahlen; im Gegenzug erwarten sie, dass ein mit Schweizer Herkunft angepriesenes Produkt auch effektiv aus der Schweiz stammt. Dieser *Mehrwert* der Schweizer Herkunft (Swissness) wurde in der Vergangenheit immer häufiger missbraucht. Vor diesem Hintergrund sah sich der Gesetzgeber zu einer Neuregelung des Rechts über Schweizer und andere Herkunftsangaben veranlasst.

[Rz. 2] Die Swissness-Vorlage umfasst namentlich die Änderung der folgenden zwei Gesetze und die Anpassung bzw. den Erlass der folgenden Verordnungen, welche am 1.1.2017 in Kraft traten:²

- Revision des Bundesgesetzes über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen (revWSchG);
- Revision des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (revMSchG):
 - Im 1. Titel betreffend Marken: Einführung der geografischen Marke als neuen Markentyp;
 - Im 2. Titel betreffend Herkunftsangaben:
 - Einführung eines Registers für nicht landwirtschaftliche geografische Angaben;
 - Einführung präziserer Regeln zur Definition der Herkunft von Waren und Dienstleistungen;

- Im 3. Titel betreffend Rechtsschutz: Einführung von Massnahmen und Instrumenten zur verbesserten Durchsetzung des Rechtsschutzes für Herkunftsangaben im In- und Ausland;
- Revision der Verordnung über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen (revWSchV);
- Revision der Markenschutzverordnung (revMSchV), welche neu auch Bestimmungen zu Herkunftsangaben enthält;
- Erlass der Verordnung über die Verwendung der schweizerischen Herkunftsangaben für Lebensmittel (HasLV);
- Erlass der Verordnung über das Register für Ursprungsbezeichnungen und geografische Angaben *nicht* landwirtschaftlicher Erzeugnisse (GUB/GGA-Verordnung für *nicht* landwirtschaftliche Erzeugnisse);
- Revision der Swiss-Made-Verordnung für Uhren, Erlass einer Swiss-Made-Verordnung für Kosmetika und wei-

* Beide Autoren sind Partner der Kanzlei TIMES Attorneys, einer auf die Bereiche Technology, Intellectual Property, Medical, Entertainment und Sport spezialisierten Kanzlei mit Büros in Zürich und Lausanne.

** Leicht überarbeitete Fassung folgender Publikation: MARKUS KAISER/MICHAEL NOTH, Wem gehört die Schweiz?, in: Jusletter 7.11.2016.

1 Vgl. etwa die oft zitierten Swissness-Studien der Universität St. Gallen, auf welche auch die Botschaft, BBl 2009 8549, verweist.

2 Zu den Übergangsbestimmungen siehe Art. 60a revMSchV sowie Art. 11 HasLV und zur zweijährigen Abverkaufsfrist siehe hinten Rz. 25.

terhin Möglichkeit des Erlasses weiterer Branchenverordnungen durch den Bundesrat.³

[Rz.3] Im Folgenden wird zunächst kurz das revidierte Wappenschutzgesetz vorgestellt (II.). Es folgt eine ausführlichere Darstellung der Anpassungen des Markenschutzgesetzes und der gestützt darauf erlassenen Verordnungen (III.), nämlich der Bestimmungen über die neu eingeführte geografische Marke (III.1.), der neuen Regelung betreffend die nicht landwirtschaftlichen geografischen Angaben (III.2.), der neuen Regeln für Herkunftsangaben (III.3.), des Verhältnisses zum UWG (III.4.) sowie der wichtigsten Änderungen verfahrens- und strafrechtlicher Bestimmungen (III.5.). Nicht Gegenstand dieser Publikation ist hingegen das im Rahmen der Swissness-Vorlage ebenfalls neu eingeführte Lösungsverfahren für nicht rechterhaltend gebrauchte Marken, das nur am Rande mit dem Thema Herkunftsangaben zu tun hat.⁴

[Rz.4] Weil für verschiedene geografische Zeichen verschiedene Begrifflichkeiten verwendet werden, lohnt es sich, einen kurzen Überblick über die wichtigste Terminologie voranzustellen.

- *Geografische Zeichen* wird nachfolgend als Sammelbegriff für alle Namen, Adjektive, Bilder, Symbole und weiteren Zeichen verwendet, welche unmittelbar oder mittelbar auf ein Land, eine Gegend, einen Ort oder einen Ortsteil Bezug nehmen, wobei es keine Rolle spielt, ob sie vom Verkehrskreis als geografischer Hinweis aufgefasst werden.⁵ In der Literatur wird hierfür teils auch der Begriff «*Geografische Bezeichnungen*» verwendet.⁶
- *Herkunftsangaben* sind gemäss MSchG geografische Zeichen, die so verwendet werden, dass das Publikum diese als Hinweis auf die geografische Herkunft einer Ware oder einer Dienstleistung versteht, ohne zwingend eine (implizite oder explizite) Aussage über deren Qualität zu machen.⁷ Dies ist bei Weitem nicht bei jeder Verwendung geografischer Zeichen der Fall: Bezeichnungen wie «Café de Paris», «Paella Alicantina», «Spaghetti Napoli», «Bündner Gerstensuppe», «Chinos», «Baskenmütze» oder «Eau de Cologne» etwa haben sich zu Gattungsbezeichnungen entwickelt und werden weder als Herkunftsangaben verwendet noch als solche verstanden. Bei anderen geografischen Zeichen wird z.B. ein fantasiehafter oder dekorativer Gehalt von den Konsumenten ohne Weiteres erkannt und das Zeichen deshalb nicht als Herkunftsangabe verstanden.⁸ Ob ein geografisches Zeichen als Herkunftsangabe aufgefasst wird, ist nach dem Gesamteindruck des Zeichens, der gekennzeichneten Ware bzw. Dienstleistung sowie der gesamten Umstände zu beurteilen: Dient das Matterhorn als Hintergrundbild für eine Autowerbung, wird das Publikum deswegen nicht von einer Schweizer Herkunft des betreffenden Fahrzeugs ausgehen.⁹ Die Abbildung des Matterhorns auf einer Schokoladenschachtel könnte demgegenüber tatsächlich den Eindruck erwecken, dass es sich um Schweizer Schokolade handelt.
- *Geografische Angaben* (einschliesslich geschützter geografischer Angaben; GGA) sind eine Teilmenge der

Herkunftsangaben. Mit Herkunftsangaben wird nicht zwingend eine besondere Qualität oder bestimmte Eigenschaft in Verbindung gebracht. Dies ist bei geografischen Angaben anders. Man spricht auch von qualifizierten Herkunftsangaben. Gemäss GUB/GGA-Verordnungen handelt es sich dann um eine geografische Angabe, wenn der geografischen Herkunft eines Produkts eine bestimmte Qualität, ein bestimmter Ruf oder eine andere bestimmte Eigenschaft zugeschrieben wird (etwa Zuger Kirschtorte oder St. Galler Bratwürste).¹⁰

- *Geschützte Ursprungsbezeichnungen (GUB)* gehen noch einen Schritt weiter. Bei solchen müssen die Qualität oder andere Eigenschaften des Produkts den geografischen Verhältnissen zu verdanken sein und alle Produktionsschritte in diesem Gebiet erfolgt sein (z.B. Sbrinz oder Munder Safran).¹¹
- *Öffentliche Zeichen* sind die gemäss WSchG geregelten Zeichen, die auf ein bestimmtes Gemeinwesen und damit allenfalls eine bestimmte Herkunft hinweisen, sprich: (i) Hoheitszeichen (z.B. Schweizerkreuz oder Kantonswappen), (ii) amtliche Bezeichnungen (z.B. die Begriffe «Eidgenossenschaft» oder «Kanton») und (iii) nationale Bild- und Wortzeichen (z.B. die Bezeichnung «Helvetien»).¹²

II. Revision des Wappenschutzgesetzes

[Rz.5] Das Wappenschutzgesetz regelt die Verwendung des Schweizerkreuzes sowie in- und ausländischer Wap-

³ Verordnung über die Benützung des Schweizer Namens für Uhren vom 23.12.1971; SR 232.119; Verordnung über die Verwendung von schweizerischen Herkunftsangaben für kosmetische Mittel vom 23.11.2016; SR 232.112.3.

⁴ Vgl. Art. 35 lit. e revMSchG; zum Lösungsverfahren siehe D. ASCHMANN, Das neue administrative Lösungsverfahren im Gefüge des Markenrechts, in: sic! 2016, 196 ff.

⁵ Für einen Überblick über mögliche Fallgruppen von geografischen Zeichen siehe auch M. NOTH, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Art. 2 lit. c N 40. Zur Unterscheidung zwischen mittelbarer/indirekter und unmittelbarer/direkter Herkunftsangabe vgl. etwa S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Art. 47 N 4 ff.

⁶ S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Vorb. Art. 47-51 N 1 m. w. H.

⁷ Vgl. Art. 47 Abs. 1 und 2 MSchG.

⁸ Vgl. hierzu die Yukon-Praxis gemäss BGE 128 III 454 ff., in der das Bundesgericht sechs nicht abschliessende Kategorien beschreibt, bei denen ein geografisches Zeichen keine Täuschungsgefahr hinsichtlich geografischer Herkunft schafft. Zum dekorativen Gebrauch vgl. B. SCHMIDT, Kennzeichenmässig oder dekorativ? in: Bundi/Schmidt (Hrsg.), Gedanken zum Schutz von geografischen Zeichen – Festschrift für J. David Meisser, Bern 2012, 160.

⁹ Vgl. Botschaft, BBl 2009 8533, 8582, wonach der Richter dieses Beispiel unter Würdigung aller Umstände im Einzelfall beurteilen müsste.

¹⁰ Art. 2 lit. b GUB/GGA-Verordnung für nicht landwirtschaftliche Erzeugnisse; Art. 3 Abs. 1 lit. b GUB/GGA-Verordnung für landwirtschaftliche Erzeugnisse und verarbeitete landwirtschaftliche Erzeugnisse.

¹¹ Art. 2 lit. a GUB/GGA-Verordnung für nicht landwirtschaftliche Erzeugnisse; Art. 2 Abs. 1 lit. b GUB/GGA-Verordnung für landwirtschaftliche Erzeugnisse und verarbeitete landwirtschaftliche Erzeugnisse.

¹² Vgl. Art. 1-7 revWSchG und Art. 1, 6 und 7 aWSchG.

pen und weiterer öffentlicher Zeichen.¹³ Ob ein Zeichen jeweils als öffentliches Zeichen i. S. des revWSchG zu qualifizieren ist, muss im Einzelfall entschieden werden. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das IGE neu ein elektronisches Verzeichnis der öffentlichen Zeichen der Schweiz und der öffentlichen Zeichen, die ihm ausländische Staaten mitgeteilt haben, führt.¹⁴ Ist ein Zeichen in diesem Verzeichnis aufgeführt, so wird die widerlegbare Vermutung geschaffen, es handle sich um ein öffentliches Zeichen i. S. d. Wappenschutzgesetzes; demgegenüber muss der Schutz eines öffentlichen Zeichens, das nicht im Verzeichnis enthalten ist, gestützt auf die entsprechende Bestimmung erst nachgewiesen werden.¹⁵

[Rz. 6] Nach dem bis am 31.12.2016 geltenden Recht war es an sich verboten, das Schweizerkreuz, das Schweizerwappen oder Kantonswappen zu geschäftlichen Zwecken, namentlich als Herkunftsangaben auf *Waren* oder deren Verpackung, anzubringen.¹⁶ Zulässig war hingegen der rein *dekorative* Gebrauch wie etwa die Verwendung des Schweizerkreuzes auf T-Shirts, Taschen, Kaffeetassen oder Souvenirs.¹⁷ Nicht möglich war es nach altem Recht überdies, Marken, welche ein Hoheitszeichen als Bestandteil enthielten, für Waren zu hinterlegen.¹⁸ Die erstgenannte Regel wurde (zumindest in Bezug auf das Schweizerkreuz) faktisch jedoch bereits seit Jahren nicht mehr durchgesetzt, wie etwa ein Blick in die Lebensmittelregale der Schweizer Detailhändler eindrücklich belegte: Auf Dutzenden Lebensmittelprodukten war (und ist) ein Schweizerkreuz abgebildet.¹⁹

[Rz. 7] Bereits erlaubt war die Verwendung des Schweizerkreuzes im Zusammenhang mit *Dienstleistungen* schweizerischer Herkunft (zur Definition der Herkunft von Dienstleistungen vgl. unten Rz. 54 ff.).²⁰

[Rz. 8] Das revWSchG lässt die Verwendung des Schweizerkreuzes nicht nur für Dienstleistungen, sondern neu auch auf Waren und deren Verpackung zu. Lediglich das *Schweizerwappen*, also das Schweizerkreuz auf dem Dreieckschild (vgl. unten Abb. 1), bleibt der Eidgenossenschaft vorbehalten. Ebenso dürfen die Wappen von Kantonen, Bezirken und Gemeinden oder deren charakteristischen Bestandteile nur von den betreffenden Gemeinwesen gebraucht werden.²¹ Die vorgenannten Regeln erstrecken sich selbstverständlich auch auf verwechselbare Zeichen, wobei die Verwechselbarkeit auch gemäss dem revWSchG im Allgemeinen und nicht bloss im heraldischen Sinne zu verstehen ist.²²

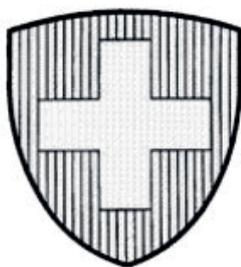


Abb 1: Schweizerwappen (für die Farbdefinition vgl. Anhang 1 revWSchG)

[Rz. 9] Aufgrund der neuen Regelung wäre es für ein privates Unternehmen somit nicht mehr zulässig, das Schweizerwappen auf roten Taschenmessern abzubilden. Hierzu wollte das Parlament jedoch mit einer «*Lex Victorinox*» eine Ausnahme schaffen: Wer das Wappen mindestens 30 Jahre lang verwendet und ein schutzwürdiges Interesse an der Weiterbenützung hat, kann beim EJPD einen Antrag auf Weiterbenützung des Schweizerwappens stellen.²³

[Rz. 10] Wie das Schweizerkreuz dürfen neu auch die Schweizerfahne (vgl. unten Abb. 2) sowie andere nationale Bild- oder Wortzeichen der Schweiz für Waren gebraucht werden – und zwar ohne Erfordernis einer Bewilligung oder Lizenz.²⁴ Ebenso dürfen sie grundsätzlich als Bestandteil einer Marke eingetragen werden, soweit die allgemeinen Voraussetzungen für die Verwendung schweizerischer Herkunftsangaben eingehalten werden.²⁵

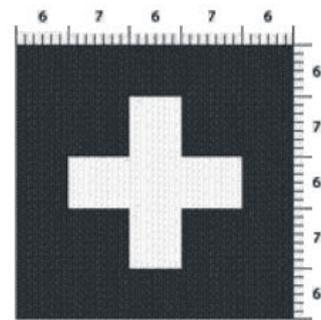


Abb. 2: Schweizerfahne (für die Farbdefinition vgl. Anhang 2 revWSchG)

[Rz. 11] Unter nationalen Bild- oder Wortzeichen der Schweiz versteht das revWSchG Zeichen, welche sich auf nationale Symbole wie Wahrzeichen, Heldengestalten, Stätten oder Denkmäler der Schweiz beziehen.²⁶ Dazu ge-

¹³ Für einen Überblick über die verschiedenen Arten von Hoheitszeichen unter dem aWSchG siehe M. NOTH, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Art. 2 lit. d N 39.

¹⁴ Art. 18 revWSchG; Art. 3 revWSchG.

¹⁵ Wappenschutzverordnung, Anhang IV – Erläuternder Bericht zum «Swissness»-Ausführungsrecht, S. 4.

¹⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 aWSchG.

¹⁷ Zur Abgrenzung des dekorativen Gebrauchs von einer Herkunftsangabe vgl. BGE 83 IV 108 E. 3, dekorativer Gebrauch bejaht (Kaffeelöffel); BGE 139 III 424 E. 2.3, dekorativer Gebrauch verneint (Uhr).

¹⁸ Art. 1 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 aWSchG.

¹⁹ Siehe auch Botschaft, BBI 2009 8533, 8562.

²⁰ Art. 2 Abs. 1 aWSchG *e contrario*.

²¹ Art. 8 Abs. 1 revWSchG. Die kantonalen und kommunalen Hoheitszeichen werden durch das kantonale Recht bestimmt (Art. 5 revWSchG).

²² Art. 8 Abs. 1 revWSchG; Botschaft, BBI 2009 8533, 8556 und 8576. So schon unter dem aWSchG, s. M. NOTH, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Art. 2 lit. d N 46.

²³ Art. 35 revWSchG; siehe auch Art. 8 Abs. 4 lit. f revWSchG.

²⁴ Vgl. Art. 1–3 revWSchG, Art. 10 und 11 revWSchG.

²⁵ Art. 14 revWSchG *e contrario*.

²⁶ Art. 7 revWSchG.

hören etwa die «Helvetia» oder die Tellskappelle, aber auch das Akronym CH oder das Matterhorn.²⁷

[Rz.12] Unzulässig ist der Gebrauch des Schweizerkreuzes, der Schweizerfahne sowie von nationalen Bild- oder Wortzeichen nur, wenn er (i) irreführend ist oder (ii) gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder geltendes Recht verstösst.²⁸ Diese Terminologie entspricht derjenigen von Art. 2 lit. c und Art. 2 lit. d MSchG und die Bestimmungen dürften mit jenen des MSchG inhaltlich im Wesentlichen deckungsgleich sein (wobei sich das revWSchG anders als diese markenrechtlichen Bestimmungen auch auf den *Gebrauch* der Zeichen und nicht bloss auf die Zeichen selbst bzw. deren Inhalt bezieht). Selbstverständlich müssen die Voraussetzungen eingehalten werden, welche für die Verwendung der Herkunftsangabe Schweiz allgemein bestehen (dazu unten Rz. 25 ff.).²⁹

[Rz.13] Der Gebrauch von Wappen, Fahnen und anderen Hoheitszeichen ausländischer Staaten bleibt den jeweiligen ausländischen Staaten vorbehalten.³⁰ Für Wappen und öffentliche Zeichen anderer ausländischer Gemeinwesen gilt grundsätzlich die analoge Regelung wie für heimische Fahnen und öffentliche Zeichen.³¹

III. Revision des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben

1. Geografische Marken

[Rz.14] Geografische Zeichen, die als direkte Herkunftsangaben verstanden werden, müssen grundsätzlich allen zur Verfügung stehen und können deshalb nicht als Marke monopolisiert werden (vgl. Art. 2 lit. a MSchG). Sie können (in Alleinstellung) nur dann als Marken eingetragen werden, wenn sie nicht als Herkunftsangaben verstanden werden, beispielsweise weil eine Produktionsstätte am betreffenden Ort offensichtlich faktisch ausgeschlossen ist, die Verwendung erkennbar fantasiehaft erfolgt oder die geografische Bezeichnung kaum bekannt ist (z. B. Galapagos für Fernsehgeräte, Ätna für Bunsenbrenner, Victoria für Werbung oder Gimel für Schmuck). Ebenfalls nicht mehr als Herkunftsangaben verstanden werden geografische Zeichen, die sich im Verkehr durchgesetzt haben und von den Verkehrskreisen deshalb als Hinweis auf die Herkunft aus einem *bestimmten* Unternehmen aufgefasst werden (z. B. Swiss für die schweizerische Tochtergesellschaft der Lufthansa oder Zürich für den gleichnamigen Versicherungskonzern).

[Rz.15] Nach bisherigem und neuem Recht sind insbesondere geografische Angaben für sich allein von der Registrierung als Wortmarke ausgeschlossen (vgl. Art. 2 lit. a MSchG; falls irreführend zudem Art. 2 lit. c MSchG).³² Dass etwa die GGA «Bündnerfleisch» in Alleinstellung nicht als Wortmarke registriert werden kann, ist insofern richtig, als diese Bezeichnung jeder Person zum Gebrauch offenstehen soll, welche die Bezeichnung für Produkte verwendet, die den Erwartungen der Konsumenten in die Herkunftsangabe entsprechen. Die Nichteintragbarkeit erschwerte bislang aber das Vorgehen gegen Personen, welche die Herkunftsangabe missbrauchten, namentlich

auch im Ausland. Diesem Mangel trägt der Gesetzgeber mit der Schaffung der geografischen Marke nun Rechnung. Neu kann beispielsweise eine GGA in der Schweiz als sog. geografische Marke eingetragen werden. Basierend auf der Schweizer Anmeldung einer geografischen Marke kann dann über das Madrider Markensystem relativ einfach ein Antrag auf Markenschutz in zahlreichen Ländern gestellt werden. Trotz des sog. «telle-quelle Prinzips» in Art. 6^{quinquies} der Pariser Übereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums³³ haben die Behörden der betreffenden Länder aber immer noch die Möglichkeit, die Registrierung für ihr Gebiet gegebenenfalls zurückzuweisen.³⁴ Besonders wichtig ist ein solcher Markenschutz in Ländern, in denen eine Schweizer GGA oder GUB nicht ohnehin bereits über einen entsprechenden Staatsvertrag geschützt ist.

[Rz.16] Für die Eintragung als geografische Marke kommen nicht alle Herkunftsangaben, sondern nur die folgenden Zeichen infrage (*abschliessende* Aufzählung):³⁵

1. Eine landwirtschaftliche GUB/GGA (gemäss Art. 16 Landwirtschaftsgesetz; LWG);
2. Eine nicht landwirtschaftliche GUB/GGA (dazu unten Rz. 20 ff.);
3. Eine kontrollierte Ursprungsbezeichnung für Wein (gemäss Art. 63 LWG);
4. Eine Herkunftsangabe, die Gegenstand einer Branchenverordnung des Bundesrates nach Art. 50 Abs. 2 revMSchG ist, oder eine ausländische Herkunftsangabe, die sich auf eine gleichwertige ausländische Regelung stützt (dazu unten Rz. 51).

[Rz.17] Zur Eintragung einer geografischen Marke berechtigt sind nicht einzelne Personen, sondern die Branchenverbände und repräsentativen Gruppierungen, welche sich bereits für die betreffende GUB/GGA bzw. Branchenverordnung einsetzen bzw. eingesetzt haben (bei kontrollierten Ursprungsbezeichnungen für Wein der betreffende Kanton oder die zuständige ausländische Behörde).³⁶ So kann z. B. der Verband der Schweizerischen Uhrenindustrie das Zeichen «Swiss made» oder «Suisse»

²⁷ Vgl. Botschaft, BBl 2009 8533, 8627, mit weiteren Beispielen.

²⁸ Art. 10 und 11 revWSchG.

²⁹ Vgl. auch Art. 13 revWSchG.

³⁰ Art. 15 Abs. 1-2 und Art. 17 revWSchG.

³¹ Art. 15 Abs. 3 und Art. 17 revWSchG.

³² Vgl. Zum Thema: D. ASCHMANN, in: Noth/Bühler/Thouvenin, Markenschutzgesetz, Bern 2009, MSchG 2 lit. a N 115 ff.

³³ SR 0.232.04.

³⁴ Vgl. Botschaft, BBl 2009 8533, 8562; Art. 5 MMP i. V. m.

Art. 6^{quinquies} Abs. B PVÜ. Letztere Bestimmung ermöglicht es jedem Vertragsstaat, die Registrierung zurückzuweisen, wenn die Marke ausschliesslich aus einem Zeichen besteht, das im Verkehr zur Bezeichnung des Ursprungsortes der Erzeugnisse dienen kann oder täuschend ist.

³⁵ Art. 27a revMSchG.

³⁶ Art. 27b revMSchG und Art. 5 GUB/GGA-Verordnung für landwirtschaftliche Erzeugnisse und verarbeitete landwirtschaftliche Erzeugnisse sowie Art. 4 GUB/GGA-Verordnung für nicht landwirtschaftliche Erzeugnisse.

für Uhren als geografische Marke schützen lassen.³⁷ Ebenso kann z. B. der Schutzverband der Schwarzwälder Schinkenhersteller die in der EU geschützte GGA «Schwarzwälder Schinken» für Schinken als geografische Marke in der Schweiz eintragen.

[Rz.18] Mit der Markenmeldung muss ein Reglement eingereicht werden.³⁸ Bei einer GUB/GGA muss dieses dem Pflichtenheft entsprechen, welches für die GUB/GGA gilt.³⁹ Das IGE wird die Übereinstimmung des Reglements mit diesem Pflichtenheft näher prüfen müssen, namentlich auch die Umschreibung der Waren und Dienstleistungen (WDL) für die Marke. Insbesondere darf die WDL nicht über die gemäss Pflichtenheft betroffenen und damit vergleichbaren Produkte hinausgehen.⁴⁰ So kann z. B. die GUB Sbrinz als geografische Marke für Hartkäse und Käse allgemein, nicht aber z. B. auch für Rahm, Butter, Joghurt oder Quark geschützt werden.

[Rz.19] Jeder, der sich bei der Herstellung der mit der geografischen Marke bezeichneten Produkte an das Pflichtenheft hält, ist automatisch zur Verwendung der Marke berechtigt, kostenlos *nota bene*.⁴¹ Genau so kann der Inhaber der geografischen Marke gegen alle Personen vorgehen, welche die geografische Marke für identische oder vergleichbare Waren im geschäftlichen Verkehr verwenden, ohne das Pflichtenheft einzuhalten.⁴² Der Begriff der *Vergleichbarkeit* ist enger als der Begriff der Ähnlichkeit gemäss Art. 3 MSchG;⁴³ dementsprechend enger ist auch der Schutzzumfang einer geografischen Marke. Nicht aktivlegitimiert sind die einzelnen Nutzungsberechtigten für sich allein. Die Verteidigungsmöglichkeiten bei der geografischen Marke sind überdies insofern erheblich eingeschränkt, als für deren Inhaber das Widerspruchsverfahren nicht offensteht.⁴⁴

2. Nicht landwirtschaftliche GUB/GGA

[Rz.20] Mit einer GUB und GGA können Herkunftsangaben für Produkte geschützt werden, die mit einer Region besonders verbunden sind. Eine GUB/GGA wird immer in Verbindung mit einem Pflichtenheft für die Herstellung der betreffenden Produkte registriert. Hält sich ein Hersteller nicht an dieses Pflichtenheft, fehlt ihm die Berechtigung zur Verwendung der entsprechenden Bezeichnung.

[Rz.21] Wie oben schon erwähnt, liegt der Unterschied zwischen GUB und GGA in der Frage, ob eine Region für ein Produkt einfach «nur» eine besondere Reputation genießt oder ob das Produkt zudem seine Eigenschaften den lokalen Verhältnissen *zu verdanken* hat. Bei einer geografischen Angabe wird die geografische Herkunft eines Produkts mit einer bestimmten Qualität, einem bestimmten Ruf oder einer anderen bestimmten Eigenschaft in Verbindung gebracht (z. B. Saucisson vaudois). Bei einer Ursprungsbezeichnung müssen die Qualität oder andere Eigenschaften des Produkts den geografischen Verhältnissen zu verdanken sein (z. B. Gruyère).

[Rz.22] Bis dato gibt es ausserhalb des Landwirtschaftssektors keine Möglichkeit, eine Ursprungsbezeichnung oder geografische Angabe als GGA oder GUB durch

Eintragung in einem Register (*ex ante*) schützen zu lassen. Mit der Swissness-Vorlage wird diese Lücke geschlossen. Zum bereits bestehenden vom Bundesamt für Landwirtschaft geführten Register für *landwirtschaftliche* Erzeugnisse wird neu ein Register für *nicht landwirtschaftliche* GGA und GUB geschaffen.⁴⁵ Als Beispiele für wohl eintragungsfähige geografische Angaben für nicht landwirtschaftliche Produkte können etwa «St. Gallen» für Stickerien, «Bienne» oder «Schaffhausen» für Uhren oder «Glerner» für Textiltücher (sprich: Glerner Tüechli) genannt werden. Das Register steht auch für ausländische GGA offen; so könnte z. B. «Murano» für Glasprodukte aus der gleichnamigen Inselgruppe vor Venedig registriert werden.

[Rz.23] Das neue Register wird vom IGE verwaltet.⁴⁶ Zur Eintragung berechtigt sind repräsentative Gruppierungen von Produzenten. Die entsprechenden Anforderungen werden in der neuen GUB/GGA-Verordnung für nicht landwirtschaftliche Erzeugnisse definiert.⁴⁷

[Rz.24] Sobald eine GGA oder GUB eingetragen ist, darf die Bezeichnung bzw. Angabe für identische oder vergleichbare Waren wie erwähnt nur noch verwendet werden, wenn das Pflichtenheft erfüllt wird. Für bereits früher verwendete Zeichen besteht unter den Voraussetzungen von Art. 50a Abs. 5 revMSchG allerdings ein Weiterbenutzungsrecht. Zudem kann eine Marke, welche eine GGA/GUB als Bestandteil enthält, nur noch für identische oder vergleichbare Waren und mit einer Beschränkung auf die im Pflichtenheft beschriebene geografische Herkunft eingetragen werden.⁴⁸

3. Präzisere Regeln für Herkunftsangaben – Kern der Swissness-Vorlage

A) Einleitung

[Rz.25] Nur geografische Zeichen, die als Herkunftsangabe verstanden werden, müssen die Voraussetzungen gemäss Art. 47–50 revMSchG erfüllen. Diese Voraussetzungen, namentlich die Frage, wann eine Herkunftsangabe zutreffend ist, werden im revMSchG weit umfangreicher und präziser definiert als bisher: Aus den drei bisherigen, eher vagen Absätzen zur Bestimmung der Herkunft von Waren (Art. 48 Abs. 1–3 aMSchG) wurden mit der Revision

³⁷ Botschaft, BBl 2009 8533, 8579.

³⁸ Art. 27c Abs. 1 revMSchG.

³⁹ Art. 27c Abs. 2 revMSchG; Botschaft, BBl 2009 8533, 8580.

⁴⁰ Für nicht landwirtschaftliche GUB/GGA: Art. 50a Abs. 7 revMSchG.

⁴¹ Art. 27d Abs. 1 revMSchG; Art. 27c Abs. 2 Teilsatz 2.

⁴² Art. 27d Abs. 2 revMSchG.

⁴³ Botschaft, BBl 2009 8533, 8580 m. V. a. Botschaft, BBl 2009 8533, 8604.

⁴⁴ Art. 27e Abs. 2 revMSchG.

⁴⁵ Art. 50a revMSchG.

⁴⁶ Art. 11 Abs. 1 GUB/GGA-Verordnung für nicht landwirtschaftliche Erzeugnisse.

⁴⁷ Art. 4 Abs. 1 GUB/GGA-Verordnung für nicht landwirtschaftliche Erzeugnisse.

⁴⁸ Art. 50a Abs. 7 revMSchG.

rund 20 Absätze (Art. 48–48d revMSchG), von den Verordnungsbestimmungen einmal ganz zu schweigen. Von diesen Voraussetzungen befreit sind gemäss den in Art. 60a revMSchV und Art. 11 HasLV geregelten *Übergangsbestimmungen* die Produkte, die vor dem Inkrafttreten dieser Revision hergestellt wurden: Diese können noch bis zum 31.12.2018 unter den Voraussetzungen gemäss heute geltendem Recht verkauft werden.

[Rz.26] Abzugrenzen sind die von der Swissness-Vorlage betroffenen Herkunftsangaben von den *zollrechtlichen* Ursprungsangaben. Bei Art. 47 ff. MSchG geht es um Herkunftsangaben, die im Zusammenhang mit der Anpreisung von Waren und Dienstleistungen gebraucht werden. Zollrechtliche Ursprungsangaben dienen hingegen der Bestimmung des Ursprungs einer Ware für zollrechtliche Zwecke, etwa im Rahmen von Freihandelsabkommen. Das zollrechtliche Ursprungsland kann entscheidend dafür sein, welcher Zolltarif zur Anwendung gelangt. Die zollrechtlichen Voraussetzungen sind – wie bisher – völlig unabhängig von Art. 47 ff. MSchG. Ein Produkt, das zollrechtlich als Ursprungsland die Schweiz hat, muss keineswegs die Anforderungen für die Herkunftsbezeichnung «Made in Switzerland» (oder ähnlich) erfüllen, das Gleiche gilt umgekehrt. Das Zollrecht bestimmt beispielsweise, dass Meerfisch, der unter Schweizer Flagge gefischt worden ist, das Ursprungsland Schweiz hat.⁴⁹ Ein solcher Fisch dürfte aber nicht mit der Herkunftsangabe «Schweizer Fisch» angepriesen werden.⁵⁰ Letztlich sind die Voraussetzungen immer je für sich getrennt zu prüfen. Geht es um Beschriftung, Anpreisung, Werbung etc., so sind die Bestimmungen zu den Herkunftsangaben im MSchG zu beachten. Geht es «nur» um die zollrechtliche Dokumentation, so ist das zollrechtliche Ursprungsland entscheidend. Zu dessen Bestimmung erweist sich die Website der Eidgenössischen Zollverwaltung als sehr hilfreich.⁵¹

[Rz.27] Abzugrenzen sind die Herkunftsangaben i. S. d. MSchG zudem von der im Lebensmittelrecht vorgeschriebenen Deklaration des Produktionslandes.⁵² Das nach den Vorschriften des *Lebensmittelrechts* definierte Produktionsland muss nicht zwingend mit dem gemäss (rev)MSchG definierten Herkunftsland übereinstimmen. Bei Diskrepanzen zwischen Produktionsland und Herkunftsland gemäss revMSchG muss das Produktionsland gemäss Lebensmittelrecht zwar dennoch angegeben,⁵³ darf aber nicht hervorgehoben oder gar werbemässig dargestellt werden.⁵⁴

B) Grundregeln für alle Herkunftsangaben

[Rz.28] Die Verwendung von Herkunftsangaben ist freiwillig⁵⁵ und steht grundsätzlich *allen offen*, und dies *kostenlos*. Es braucht dazu *weder eine Registrierung noch eine Bewilligung*. Es gilt wie bis anhin das Prinzip der *Selbstprüfung*. Diese Grundsatzregeln setzt der Gesetzgeber – ohne sie im Gesetzestext ausdrücklich zu verankern – voraus.

[Rz.29] Die wichtigste Regel für die Verwendung von in- und ausländischen Herkunftsangaben bleibt so nahe-

liegend wie einfach und würde sich auch bereits aus dem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ergeben: Es gilt das Wahrheitsgebot bzw. Täuschungsverbot, sprich der Gebrauch *unzutreffender oder täuschender* Herkunftsangaben ist verboten.⁵⁶ Das gilt für Herkunftsangaben auf Waren und Verpackungen, aber auch sonst für jeden Gebrauch einer Herkunftsangabe im Geschäftsverkehr oder in der Werbung.⁵⁷ Selbstverständlich ist auch der Gebrauch von Bezeichnungen verboten, welche mit einer unzutreffenden Herkunftsangabe verwechselbar sind.⁵⁸

[Rz.30] In der Vergangenheit wurde versucht, die Bestimmungen für Herkunftsangaben mit Zusätzen wie «Art», «Typ», «Stil», «nach Rezept von» oder «nach Vorbild von» zu umgehen (zum Beispiel «Schokolade nach Schweizer Art»⁵⁹). In Art. 47 Abs. 3^{bis} revMSchG wird neu explizit festgehalten, dass solche Angaben den gleichen Anforderungen wie gewöhnliche Herkunftsangaben zu genügen haben. Diese Regel ist u. E. weit auszulegen und auf alle möglichen Arten von Umgehungstatbeständen auszudehnen.

[Rz.31] Eine Herkunftsangabe kann sich auch auf eine *bestimmte Tätigkeit* oder einen *einzelnen Produktionsschritt* beschränken, wie z. B. «Danish Design», «Engineered in Switzerland» oder «Swiss Research». Solche spezifischen Herkunftsangaben sind seit Inkrafttreten der Swissness-Vorlage nur noch zulässig, wenn die besonders hervorgehobene Tätigkeit auch vollumfänglich am angegebenen Ort erfolgte.⁶⁰ Diesbezüglich besteht also ein 100%-Erfordernis. Ausserdem ist die Verwendung des Schweizerkreuzes nur zulässig, wenn das Produkt *insgesamt* die Anforderungen an die Herkunft Schweiz erfüllt.

[Rz.32] Wenn geografische Zeichen als Teil von *Namen oder Firmen* verwendet werden, ist jeweils zu prüfen, ob der konkrete Gebrauch der Firma als Herkunftsangabe verstanden wird.⁶¹ Dies hängt vom konkreten geografischen Zeichenelement, von den weiteren

⁴⁹ Beispiel aus: IGE, Revision der Markenschutzverordnung, Erläuternder Bericht zum «Swissness»-Ausführungsrecht vom 2. 9. 2015, 10.

⁵⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A.3/2006 vom 18. 5. 2006, E. 2.5 – Fischmanufaktur Deutsche See.

⁵¹ <http://www.ezv.admin.ch/dokumentation/04032/05003/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 27.10.2016. Vgl. zum Thema auch N. MÜLLER, Swissness und die Veredelung im Ausland, in: Jusletter 9. 3. 2015.

⁵² Art. 20 und 21 Bundesgesetz über die Lebensmittel und Nahrungsgegenstände sowie Verordnung des EDI über die Kennzeichnung und Anpreisung von Lebensmitteln.

⁵³ Art. 5 Abs. 6 HasLV.

⁵⁴ S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Vorb. Art. 47–51 N 78.

⁵⁵ Vorbehalten bleiben besondere gesetzliche Informationspflichten wie etwa die Pflicht zur Angabe des Produktionslandes gemäss Art. 20 f. LMG (die von der Swissness gänzlich unberührt bleiben).

⁵⁶ Art. 47 Abs. 3 MSchG.

⁵⁷ Vgl. Art. 49a revMSchG; Botschaft, BBl 2009 8533, 8582.

⁵⁸ Art. 47 Abs. 3 lit. b revMSchG.

⁵⁹ Botschaft, BBl 2009 8533, 8583.

⁶⁰ Art. 47 Abs. 3^{ter} revMSchG.

⁶¹ Vgl. Art. 47 Abs. 3 lit. c revMSchG.

Firmenelementen und den gesamten Umständen ab. Grundsätzlich muss jedes Unternehmen einen Weg finden, die Firmengebrauchspflicht gemäss Art. 954a OR, welche die Angabe der vollständigen und unveränderten Firma in jeder Firmenkorrespondenz oder -kommunikation vorschreibt, und die Einhaltung der Herkunftsbestimmungen gemäss revMSchG unter einen Hut zu bringen. Beinhaltet die Firma den Namen «Schweiz», erfüllen ihre Waren aber die Anforderungen an die Herkunftsangabe «Schweiz» nicht, kann dies anspruchsvoll sein. Bei jedem Gebrauch der Firma – etwa in Geschäftskorrespondenz, auf Verpackungen, in der Werbung – muss vermieden werden, dass die Firma als Herkunftsangabe der Waren wahrgenommen wird. Noch schwieriger wäre die Ausgangslage für eine Firma im Dienstleistungssektor, welche eine geografische Angabe beinhaltet (z. B. IT Plus Schweiz AG), aber die Voraussetzungen für die Verwendung der geografischen Angabe als Herkunftsangabe nicht erfüllt. Ein solches Unternehmen wird letztlich vor der Wahl stehen, die Firma zu ändern oder Zusätze zu verwenden, welche Klarheit über die tatsächliche Herkunft der Dienstleistung schaffen. Letzteres dürfte ebenso anspruchsvoll wie marketingmässig unerwünscht sein.

[Rz.33] Die weiteren Regeln für Herkunftsangaben betreffen namentlich die Frage, anhand welcher Kriterien beurteilt wird, ob eine Herkunftsangabe zutreffend ist oder nicht. Diesbezüglich ist nach verschiedenen Gesichtspunkten zu unterscheiden.

C) Bestimmung der Herkunft von Waren mit Schweizer Herkunftsangabe

[Rz.34] «Waren» werden in Art. 47 ff. revMSchG neu in die drei Kategorien Naturprodukte, Lebensmittel und andere Produkte unterteilt.

a) Für Naturprodukte

[Rz.35] Naturprodukte sind Produkte, die direkt aus der Natur stammen und für das Inverkehrbringen *nicht verarbeitet* werden.⁶² Dazu gehören unverarbeitete (pflanzliche, tierische oder mineralische) Nahrungsmittel, aber auch in der Natur frei vorkommende Rohstoffe wie Holz, Stein, Mineralöl, Edelmetalle etc.⁶³

[Rz.36] Wird ein Nahrungsmittel *verarbeitet*, fällt es nicht mehr in die Kategorie Naturprodukte, sondern gehört zu den Lebensmitteln. Eine Frucht etwa, die einfach geerntet, gewaschen, behandelt und verpackt wird, gilt noch als Naturprodukt. Sobald das Nahrungsmittel durch die Verarbeitung aber neue wesentliche Eigenschaften erhält, fällt es in die Kategorie Lebensmittel;⁶⁴ so z. B. die zu Marmelade verarbeitete Frucht.

[Rz.37] Ähnlich erfolgt die Abgrenzung von Naturprodukten zu industriellen Produkten: So gelten etwa Marmor-Rohblöcke als Naturprodukt, zugesägte Marmorplatten aber als industrielles Produkt.

[Rz.38] Bei Naturprodukten entspricht die Herkunft dem Ort der Gewinnung oder Ernte, dem Jagd- oder Fangort oder dem Zuchtort. Bei Fleisch (mit Ausnahme von Jagdbeute) ist der Ort entscheidend, an dem das Tier den

überwiegenden Teil des Lebens verbracht hat.⁶⁵ Es gilt die *100%-Regelung*, d. h. bei einem Sack «Schweizer Äpfel» oder einer Schale «Schweizer Himbeeren» müssen alle Früchte ausnahmslos aus der Schweiz stammen. Anders als bei Lebensmitteln sieht das revMSchG bei Naturprodukten zu Recht keine Ausnahmen für Situationen vor, in denen die Produkte aus einem bestimmten Grund temporär nicht oder nur beschränkt am entsprechenden Ort vorhanden sind (vgl. dazu unten Rz. 41).

b) Für Lebensmittel

[Rz.39] Besonders anspruchsvoll ist das Thema Herkunftsangaben im Zusammenhang mit Lebensmitteln. Die erste Grundregel lautet: Damit ein Lebensmittel mit Herkunftsland Schweiz angepriesen werden kann, müssen mindestens *80% des Gewichts* – und nicht etwa des Wertanteils – seiner Rohstoffe aus der Schweiz kommen. Bei Milch und Milchprodukten muss die Milch sogar zu 100% aus der Schweiz stammen.⁶⁶ Die zweite Grundregel für Lebensmittel besagt, dass die Verarbeitung, welche dem Lebensmittel seine wesentliche Eigenschaft verleiht, in der Schweiz erfolgt sein muss.⁶⁷

[Rz.40] Kompliziert wird die «Schweizermacher-Rechnung» hauptsächlich deshalb, weil nicht alle Naturprodukte und Rohstoffe für die Berechnung gleich berücksichtigt werden müssen. Das revMSchG sieht drei prinzipielle *Sonderregeln* vor: 1) Überhaupt nicht berücksichtigt werden Naturprodukte, die in der Schweiz aufgrund natürlicher Gegebenheiten nicht produziert werden können (zum Beispiel Kakao, Kokosnüsse oder Meeresfisch);⁶⁸ 2) Nicht berücksichtigt werden weiter Naturprodukte, die temporär in der Schweiz nicht in genügender Menge vorhanden sind;⁶⁹ beispielsweise wegen eines Ernteausfalls, wozu aber normale saisonale Schwankungen nicht gehören;⁷⁰ 3) Rohstoffe, bei denen der Selbstversorgungsgrad in der Schweiz zwischen 20 und 49,9% beträgt, müssen für die Berechnung nur hälftig angerechnet werden, Rohstoffe mit noch geringerem Selbstversorgungsgrad gar nicht.⁷¹ Anhang 1 zur HasLV listet die Naturprodukte auf, welche für die Berechnung des «Schweizer Anteils» nicht berücksichtigt werden müssen und definiert zudem den Selbstversorgungsgrad verschiedener Rohstoffe. Dieser Grad wird jährlich vom Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) neu festgelegt.⁷² Letztlich ist es in vielen Fällen dieser

62 Art. 52b lit. b revMSchV.

63 IGE, Revision der Markenschutzverordnung, Erläuternder Bericht zum «Swissness»-Ausführungsrecht vom 2. 9. 2015, 12.

64 IGE, Revision der Markenschutzverordnung, Erläuternder Bericht zum «Swissness»-Ausführungsrecht vom 2. 9. 2015, 13.

65 Art. 48a revMSchG.

66 Art. 48b Abs. 2 revMSchG.

67 Art. 48b Abs. 5 revMSchG.

68 Art. 48b Abs. 3 lit. a revMSchG.

69 Art. 48b Abs. 3 lit. b revMSchG.

70 Art. 8 HasLV; Botschaft, BBl 2009 8533, 8593.

71 Art. 48b Abs. 4 revMSchG.

72 Art. 7 HasLV.

Anhang, der darüber entscheidet, ob ein Produkt als «schweizerisch» angepriesen werden kann. Die HasLV enthält ferner zusätzliche Sonderbestimmungen etwa für Schokolade, Kaffee, Wasser, Halbfabrikate etc.

[Rz. 41] Diese Regeln für Lebensmittel sind *stark politisch motiviert* und das Ergebnis verschiedener Lobbyanstrengungen. Die Frage, ob das gut oder schlecht bzw. richtig oder falsch ist, kann je nach Interessen und Blickwinkel unterschiedlich beantwortet werden, ist aber nicht Gegenstand dieser juristischen Abhandlung. Indessen möchten die Autoren hervorheben, dass diese Regeln nicht in jedem Fall die von der Vorlage angestrebte Transparenz⁷³ fördern, sondern ausdrücklich *Ausnahmen zum Wahrheitsgebot und Täuschungsverbot* und damit Abweichungen von zentralen Grundsätzen der schweizerischen Rechtsordnung stipulieren: Weil beispielsweise Mango aus klimatischen Gründen in der Schweiz nicht wächst, kann pasteurisierter Mangosaft als Schweizer Fruchtsaft angepriesen werden, sofern die Frucht hierzulande verarbeitet und noch eine andere Zutat mit Schweizer Herkunft verwendet wurde. Dies dürfte die Konsumenten zumindest irritieren, weil sie wissen, dass Mango nicht in der Schweiz wächst, wird vom Gesetzgeber aber ausdrücklich akzeptiert. Wenn die Kirschenenernte wetter- oder insektenbedingt zu einem erheblichen Teil ausfällt, können Kirschen aus andern Ländern hinzugekauft und die Marmelade dennoch als Schweizer Konfitüre angepriesen werden. Auch das täuscht – wird vom Gesetzgeber aber ausdrücklich geduldet. Weil der Selbstversorgungsgrad für die heimische Haselnuss unter 5% liegt, können Haselnusskekse mit Haselnüssen aus der Türkei als echte *Schwiizer Guezli* angepriesen werden. Auch das täuscht die Konsumenten – wird vom Gesetzgeber aber explizit gebilligt.

[Rz. 42] Rechtlich betrachtet sind diese Bestimmungen damit äusserst fraglich, werden doch rein wirtschaftliche Interessen eines Teils der Unternehmen in der Lebensmittelindustrie höher gewichtet als das Interesse der Konsumenten an Transparenz und Wahrheit. Zudem können solche Regelungen auch zur Verwässerung der *Swissness* und Verunsicherung der Konsumenten und damit zu einem Vertrauensverlust führen, was letztlich vor allem jenen Unternehmen schadet, welche die Erwartungen der Konsumenten an die *Swissness* fraglos erfüllen. Vor diesem Hintergrund sind die Autoren dezidiert der Auffassung, dass die *vorgenannten Ausnahmen mit äusserster Zurückhaltung angewendet und eng ausgelegt* werden müssen. Das verlangt auch die Botschaft, wonach die Ausnahmen restriktiv zu interpretieren sind und keinesfalls aus rein wirtschaftlichen Gründen zur Anwendung gelangen dürfen.⁷⁴ Entscheidend ist, dass die Anwendung dieser Ausnahmen nicht den guten Ruf der Marke Schweiz gefährden oder verwässern oder das Vertrauen der Konsumenten in Herkunftsangaben beeinträchtigen dürfen. Die Botschaft nennt als Beispiel für temporäre ausserordentliche Gegebenheiten u. a. eine Tierseuche wie BSE, die zu einer erheblichen Dezimierung des Viehbestandes führt – doch gerade in einem solchen Fall darf nicht ausländisches Fleisch als Schweizer Fleisch angeboten wer-

den können, denn der Konsument möchte unter diesen Umständen ja genau wissen, woher das Fleisch stammt.

[Rz. 43] Nicht explizit geregelt hat das revMSchG überdies die Frage, welcher Anteil an Rohstoffen aus dem Ausland im Ausnahmefall der temporär nicht genügend vorhandenen Mengen verwendet werden darf bzw. ob es ein *Maximum* für einen ausländischen Anteil gibt. Der Gesetzestext scheint eher darauf schliessen zu lassen, dass die nicht zu berücksichtigenden Rohstoffe zu 100% aus dem Ausland stammen dürfen. Dies würde etwa bedeuten, dass bei einem totalen Ausfall der Kirschenenernte im Jahr 2017 Konfitüre als Schweizer Kirschenkonfitüre verkauft werden dürfte, obwohl nicht eine einzige Schweizer Kirsche verwendet wurde. Das wäre mit dem Wahrheitsgebot und dem Täuschungsverbot kaum noch zu vereinbaren. Nach Auffassung der Autoren bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung hier sämtlichen Auslegungsspielraum zugunsten des Wahrheitsgebots und des Täuschungsverbots ausschöpfen wird.

c) Für alle anderen Waren, insbesondere industrielle Produkte

[Rz. 44] Art. 48c revMSchG findet auf alle Waren Anwendung, welche weder als Lebensmittel noch als Naturprodukte qualifizieren. Im Zusammenhang mit dieser «*Aufgangskategorie*» wird meist von Industrieprodukten oder industriellen Produkten gesprochen.

[Rz. 45] Nach der bisherigen Gerichtspraxis (sog. «*St. Galler Praxis*») wurde ein «Schweizer» Wertanteil von mindestens 50% verlangt. Berücksichtigt wurden dabei die *Kosten* für Rohmaterialien, Halbfabrikate, Zubehörteile, Löhne und Fabrikationsgemeinkosten⁷⁵, aber nicht (bzw. nur restriktiv und mit Unsicherheiten verbunden) die Kosten für Forschung und Entwicklung.

[Rz. 46] Neu wird die Prozentschwelle des *Wertanteils der Herstellungskosten auf 60%* angehoben und damit noch ein Spielraum von 40% vorgesehen.⁷⁶ Dafür werden neu neben den Materialkosten und den Fertigungskosten auch die Kosten für *Forschung und Entwicklung* sowie für einheitlich geregelte *Qualitätssicherung und Zertifizierungen* mitberücksichtigt.⁷⁷ Im Ergebnis kommt dies für viele Industriebereiche gegenüber der heute geltenden Regelung eher einer Erleichterung als einer Erschwerung für die Verwendung der Herkunftsangabe Schweiz gleich. *Nicht* berücksichtigt werden dürfen für die «Schweizermacher-Rechnung» weiterhin Verpackungskosten, Transportkosten und Kosten für Marketing und Vertrieb.⁷⁸

⁷³ Botschaft, BBl 2009 8533, 8558.

⁷⁴ Botschaft, BBl 2009 8533, 8592.

⁷⁵ So auch Grundsatz 2.1 der Schweizerischen Lauterkeitskommission.

⁷⁶ Art. 48c Abs. 1 revMSchG.

⁷⁷ Art. 48c Abs. 2 revMSchG.

⁷⁸ Art. 48c Abs. 3 lit. c-e revMSchG.

[Rz. 47] Die Berechnungsweise wird in der revidierten Markenschutzverordnung⁷⁹ und den dazugehörigen Erläuterungen⁸⁰ näher umschreiben.

[Rz. 48] Neben der 60%-Schwelle müssen «Schweizer» Industrieprodukte kumulativ zwei weitere Kriterien erfüllen:⁸¹

1. Die Herkunftsangabe muss dem Ort entsprechen, an dem *die Tätigkeit* vorgenommen wurde, welche dem Produkt seine *wesentliche Eigenschaft verleiht*. Bei einer mechanischen Uhr soll dies etwa das Zusammensetzen, bei chemischen Produkten die Forschung und Entwicklung sein.⁸² In diesem Bereich ist auch das neue Gesetz folglich stark auslegungsbedürftig.
2. Soweit die Tätigkeit, welche dem Produkt die wesentliche Eigenschaft verleiht, *kein Fabrikationsschritt* darstellt, muss zudem *ein wesentlicher Fabrikationsschritt* am Ort der Herkunftsangabe erfolgt sein. Es reicht also beispielsweise nicht, wenn Forschung und Entwicklung in der Schweiz über 60% der Kosten ausmachen und dem Produkt die wesentlichen Eigenschaften verleihen (wie es etwa bei chemischen Produkten der Fall wäre), die Fabrikation aber vollständig im Ausland erfolgt.

[Rz. 49] Die 60%-Schwelle wird in zweierlei Hinsicht relativiert bzw. ausgehebelt:

1. Bei der Berechnung werden Naturprodukte nicht berücksichtigt, die wegen natürlicher Gegebenheiten nicht aus der Schweiz stammen können.⁸³ Das betrifft etwa Edelmetalle oder Mineralöl. Solche Stoffe fallen für die 60%-Schwelle nicht etwa als ausländische Rohmaterialien in die Rechnung, für welche ja immerhin noch 40% zur Verfügung stehen würden, sondern werden für die Rechnung gar nicht berücksichtigt.
2. In Art. 48c Abs. 3 lit. b revMSchG wird das Tor für branchenspezifische Sonderlösungen aufgestossen: Der Bundesrat kann in einer Branchenverordnung festlegen, dass ein Rohstoff in der Schweiz aus objektiven Gründen nicht in genügender Menge verfügbar ist (Art. 50 Abs. 2 revMSchG; dazu gleich nachfolgend). Auch solche Rohstoffe werden für die Berechnung der 60%-Schwelle nicht berücksichtigt.

d) Weitere Ausnahmen

[Rz. 50] Der Bundesrat erhält eine sehr weit gehende Verordnungskompetenz. Wenn es das Interesse einer Branche, der Wirtschaft oder der Konsumenten rechtfertigt, kann er die Anforderungen für Waren und Dienstleistungen näher umschreiben⁸⁴ und damit wohl auch erleichtern.

[Rz. 51] Gemäss Art. 50 Abs. 2 revMSchG kann eine Branche dem Bundesrat einen Vorentwurf unterbreiten, um die Voraussetzungen näher zu umschreiben, unter denen eine Herkunftsangabe gebraucht werden darf.⁸⁵ Eine solche Verordnung kann etwa vorsehen, dass ein gewisser Rohstoff für die «Schweizermacher-Rechnungen» nicht berücksichtigt werden muss, da er in der Schweiz nicht genügend verfügbar ist. Nicht ausreichen würde

aber, wenn der Rohstoff im Ausland lediglich viel günstiger wäre.⁸⁶ In Würdigung des Wahrheitsgebots und Täuschungsverbots ist bei der Annahme fehlender Verfügbarkeit u. E. grösste Zurückhaltung geboten.

[Rz. 52] Auch ohne eine spezielle Verordnung hat ein Hersteller immer die Möglichkeit zu beweisen, dass die von ihm verwendete Herkunftsangabe dem Verständnis der massgebenden Verkehrskreise entspricht, selbst wenn die Anforderungen an Herkunftsangaben für Waren im revMSchG an sich nicht erfüllt werden.⁸⁷ Auch mit der Annahme dieser Ausnahmeregelung ist grösste Zurückhaltung geboten, in dem Sinne, dass an den Beweis hohe Anforderungen gestellt werden.⁸⁸

[Rz. 53] Für die bereits am 31.12.2016 geschützten geografischen Angaben (GGA) ist die Einhaltung des jeweiligen Pflichtenhefts entscheidend und ausreichend.⁸⁹ Diese Ausnahme ist eigentlich eine «*Lex Bündnerfleisch*». Letzteres würde die 80%-Schwelle für Lebensmittel (dazu oben) nämlich in vielen Fällen nicht einhalten, da zu viel ausländisches Fleisch verwendet wird. Dank dem bereits existierenden Eintrag als GGA darf die Bezeichnung aber dennoch verwendet werden, wenn das Pflichtenheft für die GGA eingehalten wird. Möchte ein Produzent Bündnerfleisch aber zudem als «Schweizer Produkt» oder ähnlich anpreisen, so muss er zusätzlich auch die neuen Anforderungen des Art. 48b revMSchG einhalten.⁹⁰

D) Bestimmung der Herkunft von Dienstleistungen mit Schweizer Herkunftsangabe

[Rz. 54] Bis anhin waren die Anforderungen an Schweizer Herkunftsangaben für Dienstleistungen sehr grosszügig. Eine Dienstleistung durfte selbst dann noch als «schweizerisch» angepriesen werden, wenn nur der Sitz des Dienstleisters in der Schweiz lag, oder wenn sich der Anknüpfungspunkt an die Schweiz in der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz der Personen erschöpfte, welche die Kontrolle über die Geschäftspolitik und Geschäftsführung innehatte. Eine klassische Schweizer Briefkastenfirma konnte deshalb die faktisch aus dem Ausland heraus erbrachten Dienstleistungen als «schweizerisch» anpreisen.

[Rz. 55] Seit dem 1.1.2017 ist dies nicht mehr möglich. Neu ist zwingend erforderlich, dass (i) die Herkunftsangabe dem Geschäftssitz der Person entspricht, welche die

⁷⁹ Art. 52e–n revMSchV.

⁸⁰ IGE, Revision der Markenschutzverordnung, Erläuternder Bericht zum «Swissness»-Ausführungsrecht vom 2. 9. 2015, 16–21.

⁸¹ Art. 48c Abs. 4 revMSchG.

⁸² Botschaft, BBl 2009 8533, 8596.

⁸³ Art. 48c Abs. 3 lit. a revMSchG.

⁸⁴ Art. 50 Abs. 1 revMSchG.

⁸⁵ Art. 50 Abs. 2 revMSchG.

⁸⁶ Botschaft, BBl 2009 8533, 8601.

⁸⁷ Art. 48d lit. b revMSchG.

⁸⁸ Botschaft, BBl 2009 8533, 8598.

⁸⁹ Vgl. Art. 48d lit. a revMSchG.

⁹⁰ Botschaft, BBl 2009 8533, 8597 f.

Dienstleistung erbringt *und* (ii) sich zudem ein «Ort der tatsächlichen Verwaltung» im gleichen Land befindet.⁹¹ Eine Briefkastenfirma reicht demnach nicht mehr aus.⁹²

[Rz.56] Somit wird zu einer entscheidenden Frage, was unter einem «Ort der tatsächlichen Verwaltung» zu verstehen ist. Das Vorhandensein eines «Ortes der tatsächlichen Verwaltung» wird vermutet, wenn an diesem Ort eine für die Erreichung des Geschäftszwecks massgebliche Tätigkeit ausgeübt wird und für das Erbringen der Dienstleistung massgebliche Entscheide getroffen werden.⁹³ Der Begriff des «Ortes der tatsächlichen Verwaltung» wurde offenbar bewusst gewählt, weil er bereits im Steuerrecht Verwendung findet und dort eine gewisse Konkretisierung erfahren hat.⁹⁴ In der Praxis wird namentlich von Bedeutung sein, dass eine Gesellschaft mehrere «Orte der tatsächlichen Verwaltung» haben kann, wovon sich «nur» einer in der Schweiz zu befinden braucht.

[Rz.57] Die Fluggesellschaft Swiss darf sich somit weiterhin Swiss International Air Lines AG nennen, da sich neben dem Sitz auch ein tatsächliches Verwaltungszentrum in der Schweiz befindet.⁹⁵ Demgegenüber darf sich ein Unternehmen, welches Schweizern gehört, von Schweizern geführt wird und den Sitz in der Schweiz hat, in Zukunft nicht mehr als «schweizerisch» bezeichnen, wenn die tatsächliche Verwaltung im Ausland erfolgt.

[Rz.58] Sowohl im Ständerat als auch im Nationalrat war von einer Minderheit beantragt worden, als weiteres Erfordernis eine Mindestzahl von 50% der Arbeitsplätze in der Schweiz zu verlangen.⁹⁶ Dies wurde von beiden Kammern u. E. zu Recht klar abgelehnt. Bundesrätin Simonetta Sommaruga wies in der Debatte u. a. darauf hin, dass eine solche Regelung unter Umständen dazu führen würde, dass Unternehmen wie die Credit Suisse umfirmieren müssten. Damit ist auch gesagt, dass es dem Willen des Gesetzgebers widersprechen würde, für die Annahme eines «Ortes der tatsächlichen Verwaltung» zu verlangen, dass die *Mehrheit der Arbeitnehmer* am betreffenden Ort arbeitet.

[Rz.59] Art. 49 Abs. 2 revMSchG sieht schliesslich eine Art Konzernprivileg vor, welches im Entwurf des Bundesrats noch nicht vorgesehen war: Liegt der Sitz der Muttergesellschaft in der Schweiz, und verfügt diese oder eine von ihr beherrschte und in der Schweiz ansässige Tochtergesellschaft über einen Ort der tatsächlichen Verwaltung in der Schweiz, so dürfen die gleichartigen Dienstleistungen einer ausländischen Tochtergesellschaft oder der ausländischen Zweigniederlassung der Muttergesellschaft ebenfalls als «schweizerisch» bezeichnet werden, selbst wenn diese Tochtergesellschaft bzw. Zweigniederlassung keinen Ort der tatsächlichen Verwaltung in der Schweiz hat.⁹⁷

E) Regeln für regionale und lokale Herkunftsangaben

[Rz.60] Der Gesetzgeber hat es versäumt, für lokale und regionale Herkunftsangaben klare verbindliche Regeln zu formulieren. Bemerkenswert ist jedoch, dass eine bisher auf Gesetzesstufe für Dienstleistungen vorgesehene Regel nun auf Verordnungsstufe (!) auch auf Waren aus-

gedehnt wird: Erfüllen Waren und Dienstleistungen die gesetzlichen Herkunftskriterien für die Schweiz als Ganzes, so können sie gemäss Art. 52c revMSchV auch mit einem Hinweis auf eine Region oder einen Ort in der Schweiz gekennzeichnet werden.⁹⁸ Wer also berechtigt ist, seine Pasta als «Schweizer Hörnli» anzupreisen, weil die entsprechenden Voraussetzungen an die Schweizer Herkunftsangaben erfüllt sind, darf diese z.B. auch als «Bündner Hörnli» oder «Pasta Ticinese» verkaufen; dies gemäss erläuterndem Bericht zur revMSchV unabhängig davon, wo in der Schweiz die Produktion stattfindet.⁹⁹

[Rz.61] Eine Einschränkung dieses Grundsatzes gilt bei qualifizierten Herkunftsangaben, sprich geografischen Angaben: Wenn eine bestimmte Qualität oder ein anderes Merkmal der Ware oder der Dienstleistung im Wesentlichen der angegebenen geografischen Herkunft zugeschrieben wird oder die Region für die Ware oder Dienstleistung einen besonderen Ruf hat,¹⁰⁰ muss die Angabe auch auf regionaler bzw. lokaler Ebene korrekt sein. So ist beispielsweise davon auszugehen, dass für den «Doppelrahm à la Gruyère» die für die Region Gruyère geltenden Herstellungs- und Verarbeitungsgrundsätze eingehalten werden müssen; dazu reicht es nicht, dass die verwendete Milch aus der Schweiz kommt, sondern es muss Milch aus der *Region* Gruyère verwendet werden.¹⁰¹ Weiter wird z. B. bei «Walliser Aprikosen» oder beim «Flaacher Spargel» erwartet, dass die Früchte tatsächlich aus dem Kanton Wallis und das Gemüse aus der Zürcher Gemeinde Flaach stammen, geniessen diese Gegenden doch einen sehr guten Ruf für diese Nahrungsmittel.

[Rz.62] Nach der hier vertretenen Auffassung darf die Entregionalisierungs-Bestimmung gemäss Art. 52c revMSchV nur äusserst zurückhaltend angewendet werden.¹⁰² Sie ignoriert vollständig, dass regionale und lokale Zeichen regelmässig Assoziationen und Erwartungen

⁹¹ Art. 49 Abs. 1 revMSchG.

⁹² Botschaft, BBl 2009 8533, 8599.

⁹³ Art. 52o revMSchV.

⁹⁴ IGE, Revision der Markenschutzverordnung, Erläuternder Bericht zum «Swissness»-Ausführungsrecht vom 2. 9. 2015, 23.

⁹⁵ Beispiel aus Botschaft, BBl 2009 8533, 8599.

⁹⁶ AB 2012 1148.

⁹⁷ Vgl. auch: IGE, Revision der Markenschutzverordnung, Erläuternder Bericht zum «Swissness»-Ausführungsrecht vom 2. 9. 2015, 23.

⁹⁸ Art. 47 Abs. 4 (rev)MSchG (nur für Dienstleistungen); Art. 52c Satz 1 revMSchV.

⁹⁹ IGE, Revision der Markenschutzverordnung, Erläuternder Bericht zum «Swissness»-Ausführungsrecht vom 2. 9. 2015, 24.

¹⁰⁰ Art. 52c lit. a und b revMSchV und Art. 5 Abs. 1 HasLV; siehe auch Art. 48 Abs. 2 revMSchG.

¹⁰¹ 101 Botschaft, BBl 2009 8533, 8586.

¹⁰² Daran ändert auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts nichts, wonach es im Fall von geografischen Bezeichnungen, die auf eine Stadt oder eine Gegend hinweisen, genügt, dass die Waren im entsprechenden Land hergestellt werden (z. B. BGE 135 III 416, E. 2.4 - Calvi; BGE 117 II 327, 330 E. 2a - Montparnasse m. w. H.). Soweit ersichtlich, ging es in jenen Fällen immer um Orte, die im *Ausland* liegen und damit beim Schweizer Durchschnittskonsumenten weniger bekannt sind und viel seltener regionenspezifische Erwartungen wecken.

beim Konsumenten wecken, welche unabhängig von der speziellen Qualität und vom besonderen Ruf bestimmter Produkte aus jener Gegend bestehen. Die regionale oder lokale Herkunft ist für viele Konsumenten auch einfach aufgrund der *geografischen Nähe* oder aus Überlegungen des *Umwelt- und Tierschutzes* entscheidend für den Kauf einer Ware. Nicht ohne Grund wirbt einer der grossen Schweizer Detailhändler mit dem Slogan «aus der Region, für die Region». Ebenso ist es den Kunden eines anderen grossen Schweizer Detailhändlers nicht gleichgültig, ob der mit «Züribiet» bezeichnete Spinat tatsächlich aus dem «Züribiet» oder aus dem Tessin kommt. Gerade bei Lebensmitteln sind viele Schweizer Konsumenten bestrebt, «ihre» lokalen Landwirte und Produzenten zu unterstützen. Neben der örtlichen Nähe sind ferner das *Image* einzelner Kantone, Gegenden und Orte, *deren Werte und Kultur* sowie die *emotionale oder faktische Verbundenheit* der Konsumenten von Bedeutung. Ob das Produkt aus dem Kanton Tessin, Genf oder Uri stammt, ist für den Konsumenten meistens relevant: Wer Tessiner Erdbeermarmelade kauft, ist enttäuscht und wird getäuscht, wenn die Erdbeeren in Uri geerntet und dort zu Marmelade verarbeitet worden sind. Dasselbe gilt für den Käufer von Urner Marmelade, der aber Erdbeeren aus dem Drei-Seen-Land erhält. Gemäss der Ansicht der Autoren kann vom *Erfahrungssatz* ausgegangen werden, dass auch bei regionalen und lokalen Herkunftsangaben (in der Schweiz) Erwartungen geweckt werden und die regionale Herkunft in der Regel eine Rolle spielt. Vorbehalten bleibt stets die Widerlegung dieses Erfahrungssatzes. Nur dort, wo die Konsumenten den Hinweis auf eine Region oder einen Ort einfach stellvertretend für die Schweiz verstehen, aber keinerlei Erwartungen an die regionale oder lokale Herkunft des Produkts haben, soll die Entregionalisierungs-Bestimmung in Art. 52c revMSchV zur Anwendung kommen. Das dürfte in der Praxis die Ausnahme sein. In allen andern Fällen muss der Bestimmung nach Meinung der Autoren auch deshalb die Anwendung versagt werden, weil sie in jenen Fällen höherrangigem Recht, nämlich Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG, widerspricht (vgl. dazu unten Rz. 69). Man kann nicht von den Konsumenten erwarten, dass ihnen bewusst ist, dass im Schweizer Recht Herkunftsangaben «richtig» sein können, welche nach allen anderen Kriterien – einschliesslich des gesunden Menschenverstands – keinen Sinn ergeben. Das wäre auch gefährlich: Nach einer gewissen Zeit hätten die Schweizer Konsumenten diese Lektion verinnerlicht und würden Herkunftsangaben keine Bedeutung mehr zumessen. Damit wäre niemandem in der Schweiz gedient.

[Rz. 63] Es stellt sich sodann die Frage, nach welchen Kriterien die regionale bzw. lokale Herkunft von Produkten in jenen Fällen zu bestimmen ist, in denen die schweizerische Herkunft nicht genügt. Das ist im Einzelfall festzulegen und ist insbesondere auch abhängig von den Erwartungen der Konsumenten. Auf jeden Fall braucht es regelmässig einen genügenden Anknüpfungspunkt an die jeweilige Region. Nach der hier vertretenen Auffassung sind die Regeln für schweizerische Herkunftsangaben,

einschliesslich der 100%-Regel für Naturprodukte, der 80%-Regel für Lebensmittel und der 60%-Regel für andere Produkte heranzuziehen.

F) Bestimmung der Herkunft bei ausländischen Herkunftsangaben

[Rz. 64] Gemäss Art. 110 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) bestimmt sich die Zulässigkeit des Gebrauchs einer ausländischen Herkunftsangabe in der Schweiz nach schweizerischem Recht, also nach dem (rev)MSchG.¹⁰³ Verschiedene bilaterale Verträge sehen jedoch schon heute das Herkunftslandprinzip vor, d. h., die Zulässigkeit einer Herkunftsangabe bestimmt sich nach den Vorschriften des Herkunftslandes.¹⁰⁴ Ein Stück weit übernimmt auch das revMSchG nun das Herkunftslandprinzip: Ausländische Herkunftsangaben gelten grundsätzlich als zutreffend, wenn sie die gesetzlichen Anforderungen des entsprechenden Landes erfüllen.¹⁰⁵ Das könnte bedeuten, dass ausländische Herkunftsangaben weniger strengen Voraussetzungen als schweizerische Herkunftsangaben unterliegen, sofern das ausländische Recht weniger strenge Voraussetzungen als das revMSchG vorsieht. Relativiert oder sogar ausgehebelt wird dieser Rückverweis auf ausländisches Recht allerdings dadurch, dass die Herkunftsangabe nicht zur Täuschung der Konsumenten in der Schweiz führen darf.¹⁰⁶

[Rz. 65] Das revMSchG definiert nicht, nach welchem Massstab zu bestimmen ist, ob ein ausländisches geografisches Zeichen in der Schweiz *täuschend* ist. Werden dazu einfach die Anforderungen an Schweizer Produkte spiegelbildlich auf die ausländischen Produkte angewendet? Das wäre konsequent, handelt es sich bei diesen Anforderungen doch um die gesetzgeberische Konkretisierung des Wahrheitsgebots und des Täuschungsverbots. Oder gilt für ausländische Herkunftsangaben (vorbehältlich höherer Anforderungen im Herkunftsland) ein tieferer Standard? Der Bundesrat schien in der Botschaft von einem tieferen Standard auszugehen: Nur wenn die gesetzlichen Anforderungen des Ursprungslandes (Hervorhebung hinzugefügt) «*in keiner Weise* mit den berechtigten Erwartungen der Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten übereinstimmen», sollen gemäss Botschaft die höheren Anforderungen des Schweizer Rechts relevant sein.¹⁰⁷ Im

¹⁰³ S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Vorb. MSchG 47–51 N 12.

¹⁰⁴ S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Vorb. MSchG 47–51 N 13 m. w. H.

¹⁰⁵ Art. 48 Abs. 5 Satz 1 revMSchG betr. Waren; analoge Bestimmung für Dienstleistungen: Art. 49 Abs. 4 Satz 1 revM-SchG.

¹⁰⁶ Art. 48 Abs. 5 Satz 2 revMSchG betr. Waren; analoge Bestimmung für Dienstleistungen: Art. 49 Abs. 4 Satz 2 revM-SchG.

¹⁰⁷ Botschaft, BBl 2009 8533, 8588; im Lebensmittelbereich gilt seit Dezember 2011 ohnehin das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung der geschützten Ursprungsbezeichnungen (GUB/AOP) und der geschützten geografischen Angaben (GGA/IGP) mit der EU (als Anhang 12 integriert in das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen; SR 0.916.026.81).



Business Software für rationelle Leistungserfassung

- Apps für Smartphones und iPads zur Arbeitszeit-, Leistungs- und Spesenerfassung
- Flexible Definition von Leistungsarten
- Stundenkontrolle nach verrechenbaren Stunden, Gleitzeit, Absenzen
- Fristen- und Aktivitätenkontrolle
- Projektübersichten mit Auftragseingängen und Projektabschlüssen
- Automatische Fakturierung von Pauschalen, Vertragshonoraren
- Produktivitätsauswertungen

www.abacus.ch



**Software-Präsentation
Arbeitszeiterfassung**
22.3.2017 in Wittenbach-SG
24.3.2017 in Egerkingen
Anmeldung www.abacus.ch

Parlament wurde die Bestimmung gar nicht diskutiert.¹⁰⁸ Die Rechtsprechung wird zeigen müssen, ob für ausländische Herkunftsangaben im Ergebnis tatsächlich ein tieferer Standard gelten wird oder ob die Anwendung des Täuschungsverbots letztlich doch zu einer spiegelbildlichen Anwendung der Vorschriften für Schweizer Herkunftsangaben führt. Nach Auffassung der Autoren ist dies unvermeidlich. Alles andere würde letztlich darauf beruhen, dass man den Schweizer Konsumenten unterstellt, dass sie sich bei ausländischen Herkunftsangaben weniger schnell getäuscht fühlen als bei Schweizer Herkunftsangaben, da ihr Vertrauen in ausländische Herkunftsangaben von vornherein ohnehin schon geringer ist. Zumindest in dieser Allgemeinheit und Undifferenziertheit wäre diese Unterstellung nach Auffassung der Autoren aber unzutreffend. Eine nach Ländern differenzierende Einzelfallbetrachtung wäre demgegenüber diskriminierend. Die einzige konsequente und diskriminierungsfreie – nicht zuletzt auch gegenüber Schweizer Herstellern diskriminierungsfreie – Linie würde somit letztlich doch der spiegelbildlichen Anwendung der Regeln für Schweizer Herkunftsangaben entsprechen. Fest steht, dass ein ausländischer Produzent, der auf Nummer sicher gehen will, sich an den Vorgaben für Schweizer Herkunftsangaben orientieren wird, da die Umrisse des Täuschungsverbots in Art. 48 Abs. 5 revMSchG noch sehr unscharf sind.

[Rz. 66] Beispiel: Wenn ein spanisches Unternehmen spanischen Safran mit höherwertigem iranischem Safran mischt und die Mischung in der Schweiz als iranischen Safran verkauft, so beurteilt sich die Zulässigkeit dieser Herkunftsangabe für die Schweiz zunächst nach dem Recht des Landes der angeblichen Herkunft, vorliegend also nach iranischem Recht. Es ist also nach iranischem Recht zu beurteilen, ob diese Mischung aus iranischem und spanischem Safran als iranischer Safran angepriesen werden darf. Ist eine solche Anpreisung gemäss iranischem Recht nicht erlaubt, so ist sie auch in der Schweiz nicht erlaubt. Selbst wenn eine solche Anpreisung nach iranischem Recht erlaubt wäre, würde sie nach der hier vertretenen Auffassung wohl dennoch gegen das Täuschungsverbot in Art. 48 Abs. 5 revMSchG verstossen, weil das betreffende Produkt *in keiner Weise* mit den durch die Anpreisung hervorgerufenen und berechtigten Erwartungen der Schweizer Konsumenten und Konsumentinnen übereinstimmen würde und diese folglich getäuscht würden.

4. Verhältnis zum UWG

[Rz. 67] Nicht restlos geklärt ist das Verhältnis des 2. Titels des (rev)MSchG über Herkunftsangaben zum UWG, namentlich Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG. Gemäss letzterer Bestimmung ist es unlauter, über seine Waren oder Leistungen unrichtige oder irreführende Angaben zu machen.

[Rz.68] Die Bestimmungen zu Herkunftsangaben sind wettbewerbsrechtlicher Natur¹⁰⁹ und nach überwiegender Meinung sind das (rev)MSchG und UWG kumulativ nebeneinander anwendbar.¹¹⁰ Was die neuen Regeln im revMSchG konkret für die Praxis bedeuten, wird durch die Rechtsprechung zu klären sein. Unter anderem stellt sich die Frage, ob eine mit dem revMSchG kompatible Herkunftsangabe automatisch auch «richtig» im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG ist. Dies wurde zumindest unter dem bisherigen Recht vom grösseren Teil der Lehre (jedoch mit prominenten Gegenstimmen) bejaht.¹¹¹ Im Grundsatz muss der Mehrheit zugestimmt werden. Es ist den Rechtsuchenden nicht zuzumuten, dass sie trotz Einhaltung der neueren und detaillierten Bestimmungen zu den Herkunftsangaben des revMSchG mit einer UWG-Verletzung rechnen müssen. Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass sich die «Unrichtigkeit» oder «Irreführung» gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG nicht aus anderen Elementen ergeben kann. Soweit es aber «nur» und ausschliesslich um die Bestimmung der Herkunft geht, ist das revMSchG nach der hier vertretenen Auffassung auch bei der Anwendung von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG verbindlich.

[Rz.69] Anders gestaltet sich die Ausgangslage jedoch bei Widersprüchen zwischen der Entregionalisierungs-Bestimmung in Art. 52c revMSchV (dazu oben Rz. 60–62) und Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG. Hier steht eine Verordnungsbestimmung einer Bestimmung auf Gesetzesstufe gegenüber. Gemäss Art. 52c revMSchV dürfte eine Maschine als «Solothurner Maschine» bezeichnet werden, wenn 60% der Herstellungskosten in der Schweiz anfallen und die weiteren Voraussetzungen in der Schweiz erfüllt sind, aber nur 5% der Herstellungskosten in Solothurn anfallen. Vor der Swissness-Vorlage hätte wohl kaum jemand bestritten, dass die Angabe «Solothurner Maschine» gemäss diesem Beispiel hochgradig unrichtig und irreführend i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG ist. Nach Inkrafttreten der Swissness-Vorlage wird es unter dem Aspekt der Rechtssicherheit nun problematisch sein, in dieser Situation einen Verstoss gegen das UWG zu bejahen. Unter dogmatischen Gesichtspunkten erscheint die Lösung dennoch klar. Beim UWG handelt es sich um höherrangiges Recht als bei Art. 52c revMSchV. Letzterer ist somit unbeachtlich, soweit er Handlungen legitimieren soll, welche Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG *klar* verletzen. Dieses dogmatische Argument lässt sich auch nicht dadurch entkräften, dass mit dieser Verordnungsbestimmung lediglich eine Wertung für Waren übernommen wird, welche der Gesetzgeber für Dienstleistungen explizit getroffen hat. Denn mit Bezug auf regionale Herkunftserwartungen können Waren kaum mit Dienstleistungen verglichen werden. Der Widerspruch zwischen UWG und Art. 52c revMSchV lässt sich vermeiden, wenn man bei regionalen und lokalen Herkunftsbezeichnungen – wie oben vertreten (Rz. 62) – ohnehin nur dann die Anforderungen an die Herkunftsangabe «Schweiz» genügen lässt, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die regionale oder lokale Herkunft den massgebenden Verkehrskreisen völlig gleichgültig ist. Mit Bezug auf obiges Beispiel: Wenn es für die massgebenden

Verkehrskreise nicht von Bedeutung ist, dass die Maschine in Solothurn (und nicht an einem andern Ort in der Schweiz) hergestellt wurde, dann wirkt sich die nach gesundem Menschenverstand an sich falsche, nach Art. 52c revMSchV aber richtige Aussage gar nicht auf den Kaufentscheid und damit auch nicht auf den Wettbewerb aus, womit auch keine Verletzung des UWG vorliegen kann. Spielt die Solothurner Herkunft für die Konsumenten aber eine Rolle, dann müssen sie in ihren berechtigten Erwartungen auch geschützt werden und Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG muss sich gegenüber Art. 52c revMSchV als höherrangiges Recht durchsetzen.

[Rz.70] Umgekehrt stellt sich die Frage, ob die Anforderungen an die «Richtigkeit» einer Herkunftsangabe im revMSchG ins UWG übernommen werden müssen. Wenn jemand auf die Verpackung einer Maschine schreibt: «developed at ETH Zurich» ist dies u. a. ein Hinweis darauf, dass die Maschine in der Schweiz entwickelt wurde. Insofern kann diese Angabe als Herkunftsangabe verstanden werden, die dann dem 100%-Erfordernis von Art. 47 Abs. 3^{ter} revMSchG genügen muss. Wird nun Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG den strengen Massstab aus dem MSchG übernehmen und ebenfalls ein 100%-Erfordernis verlangen? Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Frage zu bejahen. Indem der Gesetzgeber im revMSchG definiert, unter welchen Voraussetzungen eine Herkunftsangabe zutreffend ist, trifft er eine Wertung, welche auch im UWG zu berücksichtigen ist.¹¹² Fraglich ist allerdings, ob eine strafrechtliche Sanktionierung unter dem UWG beim beschriebenen 100%-Erfordernis unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots für strafrechtliche Normen vertretbar wäre.

5. Änderungen verfahrensrechtlicher und strafrechtlicher Bestimmungen (Rechtsschutz)

[Rz.71] Im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz sind ebenfalls verschiedene zivilrechtliche, strafrechtliche und die Zollmassnahmen betreffende Bestimmungen angepasst worden. Folgende verdienen der besonderen Hervorhebung:

A) Beweislastumkehr

[Rz.72] Ein Kläger, der sich gegen die Verwendung einer Herkunftsangabe durch einen Konkurrenten zur Wehr set-

¹⁰⁹ S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Vorb. MSchG 47–51 N 6 m. w. H.

¹¹⁰ S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Vorb. MSchG 47–51 N 52 m. w. H.; MEISSER/ASCHMANN, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht III/2, Basel 2005, 321.

¹¹¹ S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Vorb. MSchG 47–51 N 54 m. w. H.; a. A. MEISSER/ASCHMANN, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht III/2, Basel 2005, 321.

¹¹² So auch S. HOLZER, in: Noth/Bühler/Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009, Vorb. MSchG 47–51 N 54 m. w. H.; vgl. zum Verhältnis von Markenrecht und UWG auch B. Abegg, Der Gebrauch fremder Marken im Geschäftsverkehr, Bern 2013, 123.

zen möchte, war nach bisheriger Rechtslage aufgrund von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) dafür beweispflichtig, dass der Konkurrent die Voraussetzungen für die Verwendung der Herkunftsangabe nicht erfüllt. Wie sich gezeigt hat, erfordert die Bestimmung der Herkunft einer Ware aber teils detaillierte Kenntnisse der Herstellungskosten bzw. der Gewichtsanteile. Der Kläger ist deshalb regelmässig gar nicht in der Lage, den geforderten Beweis zu erbringen. Art. 51a revMSchG und Art. 19 revWSchG schaffen für diese Problematik nun Abhilfe, indem der Verwender der Herkunftsbezeichnung bzw. des öffentlichen Zeichens die Beweislast für seine Gebrauchsberechtigung trägt. In Art. 13a UWG besteht bereits heute eine ähnliche Bestimmung, welche die Beweislast jedoch nicht gleich selbst umkehrt, sondern lediglich die Anordnung der Beweislastumkehr durch das Gericht vorsieht.

[Rz. 73] Die Gefahr von Zivilprozessen als «Versuchsballone» dürfte dennoch nicht bestehen. Auch in Zukunft wird ein Kläger den Weg der Zivilklage wohl nur wählen, wenn er davon überzeugt ist, dass eine Herkunftsangabe klar zu Unrecht verwendet wird. Schliesslich besteht für den Kläger im Falle des Unterliegens in einem Zivilprozess ein erhebliches Kostenrisiko.

[Rz. 74] Interessant dürfte diesbezüglich sein, ob die Gerichte es bei der Kostenverteilung berücksichtigen werden, wenn sich der Beklagte vor Klageeinleitung (in der «Abmahnphase») weigert, seine Berechtigung für die Verwendung einer Herkunftsbezeichnung zumindest plausibel darzulegen. Nach der hier vertretenen Auffassung darf vorprozessual sicher kein eigentlicher Beweis und erst recht kein Einblick in Geschäftsgeheimnisse erwartet werden, zumal der spätere Beklagte vorprozessual keine Möglichkeit hat, Schutzmassnahmen für Geschäftsgeheimnisse zu beantragen.

B) Klageberechtigung für Behörden

[Rz. 75] Neben Berufs- und Wirtschaftsverbänden und Konsumentenorganisationen sind neu auch das IGE sowie die Kantone oder anderen Gemeinwesen in gewissen Fäl-

len für Feststellungs- und Leistungsklagen aktivlegitimiert sein, soweit es um den Schutz der Herkunftsangabe Schweiz bzw. den Gebrauch eines öffentlichen Zeichens geht.¹¹³ Das IGE ist zudem auch berechtigt, Strafanzeige zu erstatten und im Strafverfahren die Rechte einer Privatkülerschaft wahrzunehmen.¹¹⁴

C) Verschärfung strafrechtlicher Bestimmungen

[Rz. 76] Neu wird nicht nur der gewerbsmässige, sondern jeder vorsätzliche Gebrauch unzutreffender Herkunftsangaben von Amtes wegen (und nicht mehr nur auf Antrag hin) strafrechtlich verfolgt, so wie das heute gemäss WSchG bereits bei den öffentlichen Zeichen der Fall ist.

[Rz. 77] Der unzulässige Gebrauch öffentlicher Zeichen kann mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und im Falle von Gewerbsmässigkeit sogar mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren sanktioniert werden.¹¹⁵ Dem gleichen Strafmass unterliegt der Gebrauch unzutreffender Herkunftsangaben.¹¹⁶

[Rz. 78] Das IGE wird neu ausdrücklich ermächtigt, im Falle von vorsätzlichem Missbrauch von öffentlichen Zeichen oder Herkunftsangaben bei der zuständigen kantonalen Strafverfolgungsbehörde Strafanzeige einzureichen und damit ein Strafverfahren in Gang zu bringen, in dem es auch als Privatkülerin auftreten kann.¹¹⁷

[Rz. 79] Wichtig und zu erwarten bleibt, dass die Behörden die neue Gesetzgebung zur Swissness nicht nur erlassen, sondern die Einhaltung der neuen Regeln auch konsequent durchsetzen.

¹¹³ Art. 56 Abs. 1 revMSchG und Art. 22 revWSchG.

¹¹⁴ Art. 64 Abs. 3 revMSchG.

¹¹⁵ Art. 28 revWSchG.

¹¹⁶ Art. 64 Abs. 1 und 2 revMSchG.

¹¹⁷ Art. 31 Abs. 2 revWSchG; Art. 64 Abs. 3 revMSchG.

L'AUTORISATION D'EXÉCUTER UN ACTE POUR UN ÉTAT ÉTRANGER DANS LA PRATIQUE RÉCENTE

PHILIPPE VLADIMIR BOSS

Dr. en droit, avocat, Lausanne¹

Mots-clés: actes exécutés sans droit pour un État étranger, obtention de preuve à l'étranger, entraide judiciaire internationale en matière civile

La pratique récente du Département fédéral de justice et police donne certains éclairages sur les avis d'expert, affidavits et autres transmissions de données d'un groupe de sociétés effectués par une partie sise en Suisse dans le cadre d'une procédure civile à l'étranger.

I. Introduction

La participation à une procédure à l'étranger d'une personne (physique ou morale) domiciliée en Suisse pose fréquemment la question de l'application éventuelle de l'art. 271 CP, soit la possible exécution (illicite) d'un acte au profit d'un État étranger. En 2016, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a rendu public plusieurs décisions (certaines datant d'années précédentes) sur requête de personnes parties à une procédure à l'étranger. Un court état des lieux non exhaustif s'impose, limité aux questions mises à jour par les décisions évoquées².

II. L'art. 271 CP dans la coopération interétatique

Selon l'art. 271 ch. 1 al. 1 CP, *celui qui, sans y être autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour un État étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire et, dans les cas graves, d'une peine privative de liberté d'un an au moins*. Le bien juridique protégé est le monopole étatique de puissance publique et la souveraineté suisse³, et non pas les intérêts privés⁴. En effet, le droit international exclut tout exercice de la puissance publique d'un État sur le territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier⁵.

L'art. 271 CP peut en particulier être enfreint par le contournement des règles de coopération interétatique⁶, qu'il s'agisse d'entraide judiciaire internationale en matière pénale⁷ ou d'assistance administrative en matière fiscale⁸, mais également en matière d'entraide judiciaire internationale en matière civile⁹. Dans ce dernier cas, il s'agira en particulier de la Convention conclue à La Haye le 18.3.1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en ma-

tière civile ou commerciale¹⁰. Ces réglementations n'empêchent pas nécessairement une personne de coopérer librement avec une autorité étrangère, tant que cette coopération ne viole pas l'art. 271 CP¹¹. Cette disposition a

- 1 L'auteur remercie Me Norbert Schenk, avocat-stagiaire, pour sa relecture attentive.
- 2 Pour une analyse plus globale de l'art. 271 CP dans ce cadre, voir GAUTHEY/MARKUS, *Zivile Rechtshilfe und Artikel 271 Strafgesetzbuch in RDS/ZSR 134 (2015) I*, 359; BSK-HUSMAN, art. 271 StGB, Bâle 2013; FISCHER/RICHA, *U. S. pretrial discovery on Swiss soil*, Bibliothek zur ZSR, Beiheft 49, Bâle 2010, pp. 44-57.
- 3 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_402/2008 du 6.11.2008 consid. 2.3.2.
- 4 Arrêt du Tribunal fédéral 8G.125/2003 du 9.12.2003 consid. 1.3; décisions du Tribunal pénal fédéral BB.2012.133 du 25.4.2013 consid. 2.2.1; BB.2012.117 du 5.10.2012 consid. 1.4.
- 5 Arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2011 du 22.3.2011 consid. 2; 2C_201/2011 du 7.10.2011 consid. 2.1.
- 6 L'intention de contourner les règles de l'entraide constitue l'élément subjectif de l'infraction de l'art. 271 CP: v. SCHRAMM, *Entwicklungen bei der Strafbarkeit von privaten Zeugenbefragungen in der Schweiz durch Anwälte für ausländische Verfahren*, in *AJP/PJA 4/2006*, p. 492. À l'inverse, la notification conforme d'une ordonnance au domicile à l'étranger ne contourne pas les règles d'entraide et ne réalise pas l'infraction de l'art. 271 CP: v. décision du Tribunal pénal fédéral RR.2008.110 du 2.6.2008 consid. 2.5.
- 7 V. décision du Tribunal pénal fédéral RR.2015.196-198 du 18.11.2015 consid. 2.2.1.
- 8 V. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4695/2015 du 2.3.2016 consid. 6.6.1.
- 9 JAAC 2016.4, 38-43 consid. 11.
- 10 CLaH 1970, RS 0.274.132. La Suisse a formulé une réserve par laquelle elle a indiqué que la Convention s'applique de manière exclusive et que *priorité doit être donnée en tout état de cause aux procédures prévues par celle-ci pour les demandes d'obtention de preuves à l'étranger* (réserve ad art. 1 CLaH 1970); sur la portée de cette réserve v. GAUTHEY/MARKUS, *L'entraide judiciaire internationale en matière civile*, Berne 2014, § 546.
- 11 Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5579/2013 du 14.10.2014 consid. 3.3.3.

pourtant notamment pour but d'éviter que les dispositions suisses sur l'entraide en matière civile ou pénale puissent être détournées¹². Certains auteurs considèrent même que celui qui donnerait suite à une ordonnance judiciaire étrangère contrevenant à l'art. 271 CP serait lui-même punissable¹³.

Une autorisation administrative suisse est alors nécessaire aux fins d'éviter à celui qui la requiert que son acte ne soit punissable au regard de l'art. 271 CP¹⁴. Il faut, pour qu'une telle autorisation soit octroyée, que la coopération internationale ne soit pas exclue en principe, mais paraisse vaine ou impossible à mettre en pratique¹⁵. Cette autorisation, si elle est octroyée, ne dispense pas son bénéficiaire de respecter d'autres dispositions de l'ordre juridique suisse (notamment celles de la Loi sur les banques¹⁶, la Loi sur la protection des données¹⁷ ou les dispositions découlant du droit du travail¹⁸)¹⁹. En vertu de l'art. 31 al. 1 et 2 de l'Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration²⁰, *dans leur domaine, les départements et la Chancellerie fédérale décident des autorisations de procéder, pour un État étranger, à des actes qui relèvent des pouvoirs publics, prévues à l'art. 271 ch. 1 du code pénal. Les cas d'importance majeure, sur le plan politique ou autre, doivent être soumis au Conseil fédéral*²¹. Ce fut notamment le cas des autorisations octroyées aux banques suisses de participer au programme américain²².

Ainsi donc, l'autorisation de l'art. 31 OLOGA doit permettre à une partie en Suisse d'effectuer, lorsque l'entraide n'est pas praticable, certains actes relevant des pouvoirs publics, sans risquer de se rendre coupable de l'infraction à l'art. 271 CP.

III. Dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière civile en particulier

Quatre décisions publiées en 2016 relatives à des demandes d'autorisations adressées au DFJP apportent un éclairage utile sur les restrictions imposées aux parties domiciliées en Suisse dans une procédure civile étrangère comme sur les démarches à envisager dans ce cadre.

Nous examinerons les rappels et précisions de la portée de l'art. 271 CP par le DFJP, en particulier sur la notion «d'acte relevant des pouvoirs publics» (1.), avant d'évoquer les différents cas pratiques soumis à la connaissance du DFJP (2.).

1. Quelques précisions apportées par le DFJP

Dans les différentes affaires lui ayant été soumises, le DFJP a rappelé que la production de pièces dans une procédure civile étrangère par une partie n'est, en principe, pas un acte qui relève d'un pouvoir public suisse²³. Il en va de même des informations fournies au tribunal étranger quant à la simple existence des pièces en question²⁴. En revanche, la remise d'ordonnance de preuve à des entités sises en Suisse constitue des *actes relevant des pouvoirs publics [suisses]* au sens de l'art. 271 CP²⁵. De tels actes doivent dès lors être exécutés dans le respect des règles d'entraide judiciaire en matière civile²⁶.

Le DFJP a clairement retenu que les voies de l'entraide internationale en matière civile ne doivent pas nécessairement être empruntées si le non-respect, par la partie sise en Suisse, de ses obligations de procédure ne peut pas avoir de conséquences pénales²⁷. Le critère de distinction entre la production spontanée de pièces par une partie et la production sur ordre du tribunal étranger réside ainsi essentiellement dans les potentielles sanctions en cas de non-production de la pièce. Lorsque le tribunal étranger invite ou autorise une partie à produire une pièce, sans conséquence en cas de non-production autre que la perte d'une chance de gagner le procès, il s'agit seulement d'une production spontanée, ne pouvant être ni soumise à autorisation ni constitutive d'une infraction à l'art. 271 CP²⁸.

Ainsi, l'autorité judiciaire étrangère, de même que l'avocat agissant sur son autorisation, en communiquant en Suisse une menace de sanction pénale en cas de non-respect d'une ordonnance de procédure (p.ex. *subpoena* américaine), peut commettre l'infraction de l'art. 271 CP²⁹. Pour le cas où l'ordonnance serait contraire à l'art. 271 ch. 1 al. 1 CP, la production de pièces s'y conformant pourrait même engager la responsabilité pénale de la partie à la procédure au titre de l'art. 271 ch. 1 al. 3 CP, qui réprime la «favorisation» («*Vorschubleisten*») de la commission d'actes relevant des pouvoirs publics suisses³⁰.

¹² Décision du Tribunal pénal fédéral BB.2012.133 du 25. 4. 2013 consid. 4.2.3; v. ég. arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2012.20 du 29. 1. 2013 consid. 2.1 (confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 6B_235/2013 du 22. 7. 2013 consid. 1.4); JAAC 2016.4, 38-43 consid. 11.

¹³ GAUTHEY/MARKUS, L'entraide judiciaire, § 226. Au sujet de l'acte de favorisation de l'art. 271 al. 1 ch. 3 CP: V. SCHRAMM, *op. cit.*, p. 493.

¹⁴ En matière d'entraide judiciaire internationale en matière pénale, l'autorisation interviendra plutôt par la voie de l'art. 65a EIMP (RS 351.1).

¹⁵ Décision du Conseil fédéral 25. 6. 1997 in JAAC 61.82 consid. 4; Décision du Tribunal pénal fédéral BB.2012.133 du 25. 4. 2013 consid. 4.2.3.

¹⁶ LB; RS 952.0.

¹⁷ LPD; RS 235.1.

¹⁸ Notamment Art. 328 CO; RS 220.

¹⁹ v. ATF 141 III 119 consid. 8.5; moins catégorique ATF 141 I 201 consid. 4.7; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4695/2015 du 2. 3. 2016 consid. 6.5.2. Il s'agit bien d'apprécier l'acte au regard du droit suisse et non du droit étranger: v. arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2014.16 du 24. 9. 2014, consid. 2.1.2.1.

²⁰ OLOGA; RS 172.010.1.

²¹ Cette procédure correspond en partie à la faculté réservée aux art. 15 à 17 de la CLaH 1970 (et la Réserve n° 5 de la Suisse).

²² «Musterverfügung» du 3. 7. 2013 du Département fédéral des finances: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31820.pdf>.

²³ JAAC 2016.4, 38-43 consid. 10; JAAC 2016.7 56-61, consid. 7; JAAC 2016.8, 62-70 consid. 8.

²⁴ JAAC 2016.4, 38-43 consid. 10; JAAC 2016.7, 56-61 consid. 9.

²⁵ JAAC 2016.4, 38-43 consid. 8.

²⁶ V. JAAC 2016.4, 38-43 consid. 9.

²⁷ JAAC 2016.3, 32-37 consid. 7; JAAC 2016.7, 56-61 consid. 8; JAAC 2016.8, 62-70 consid. 9.

²⁸ V. JAAC 2016.7, 56-61 consid. 8.

²⁹ JAAC 2016.4, 38-43 consid. 8.

³⁰ JAAC 2016.4, 38-43 consid. 10.

Toutefois, le DFJP retient que cette favorisation doit être causale et correspondre réellement à une assistance. Il n'a donc pas considéré que celui qui donne simplement suite à une ordonnance telle que décrite ci-dessus se rend coupable de l'infraction de l'art. 271 CP³¹.

Comme autre clef de définition d'un acte relevant des pouvoirs publics, le DFJP a également laissé entendre, mais en laissant la question ouverte, que tout acte pouvant être effectué directement par une partie dans une procédure civile suisse pouvait également l'être à l'étranger³². Il a également jugé que ne relèvent pas de l'infraction de l'art. 271 CP la collecte et la production de documents qui ne concernent que la partie qui produit elle-même les documents³³, ses collaborateurs s'ils procèdent personnellement et volontairement³⁴, ou les sociétés faisant partie de son groupe³⁵. Il en va de même lorsque les documents à produire sont une simple expertise privée sur des informations à libre disposition³⁶ ou un *affidavit* vidimé devant notaire³⁷. En revanche, toute administration de preuves qu'une partie effectue en Suisse en agissant «comme un organe judiciaire» tombe sous le coup de l'art. 271 CP³⁸.

2. Les cas concrets examinés

Sur la base des éléments rappelés ci-avant, le DFJP a eu à connaître des requêtes suivantes et rendu les décisions correspondantes:

- La première affaire consistait en un procès pendant devant les autorités anglaises, dans le cadre duquel une société sise en Suisse était invitée à produire, sans menace de sanctions pénales, des documents en ses mains ou en mains de sociétés de son groupe. Elle demandait au DFJP l'autorisation d'y procéder. Le DFJP a rejeté la requête en considérant que les conditions de l'art. 271 CP n'étaient pas remplies, en particulier que les documents se trouvaient déjà en mains de la partie à la procédure, voire du groupe dont elle fait partie. Elle n'effectuait ainsi aucune tâche revenant à une autorité judiciaire³⁹.
- La deuxième affaire concernait une procédure de *discovery* aux États-Unis, liée à l'exécution aux États-Unis d'un arrêt américain par ailleurs déclaré exécutoire en Suisse par le Tribunal fédéral. Dans ce cadre, le tribunal américain avait ordonné par *subpoena* à une société suisse de fournir l'intégralité de la documentation, dont une part se trouvait en Suisse, relative aux comptes et aux valeurs patrimoniales de certaines personnes auxquelles elle est liée (notamment ses filiales, succursales, sociétés de groupe ou sœurs, etc.), totalisant pas moins de 80 personnes morales et 30 personnes physiques. La société suisse avait indiqué au tribunal américain que cette demande pourrait contrevenir aux art. 47 LB et 271 et 273 CP, et l'Ambassade de Suisse avait confirmé que la voie de l'entraide internationale devait être empruntée. Le tribunal américain avait jugé que le risque évoqué par la société suisse était abstrait et avait fixé un délai à brève échéance (deux mois) pour fournir la documentation demandée ou fonder au cas par cas la viola-

tion du droit suisse. Deux semaines avant l'échéance de ce délai, la société suisse avait requis le DFJP de l'autoriser à procéder à une recherche parmi les documents requis par le tribunal américain.

Le DFJP a retenu que la transmission de la *subpoena* par le tribunal américain et l'avocat commis à la notification pouvait réaliser l'infraction de l'art. 271 ch. 1 al. 1 CP. Il a toutefois considéré que la fourniture des pièces par la société suisse ne constituait pas un acte relevant des pouvoirs publics suisses dès lors que l'arrêt américain était définitif et avait été définitivement déclaré exécutoire en Suisse. L'acte de la partie concernée ne pouvait pas non plus être considéré comme «favorisation» au sens de l'art. 271 ch. 1 al. 3 CP. Il a néanmoins indiqué qu'en cas de nouvelle ordonnance du tribunal américain contournant les règles de l'entraide, la situation devrait être appréciée de nouveau. En conséquence, le DFJP a considéré que les actes décrits par la société suisse ne constituaient pas les éléments constitutifs de l'infraction à l'art. 271 CP et que, dès lors, sa demande d'autorisation était sans objet⁴⁰.

- La troisième affaire avait trait à une procédure commerciale pendante devant la *Grand Court of the Cayman Island*, devant laquelle une société suisse était atraite pour des prétentions pécuniaires. Dite société entendait remettre à cette autorité divers *affidavits* vidimés devant notaire, par le président de son Conseil d'administration et par l'un de ses membres. Ces *affidavits* devaient renseigner le tribunal étranger sur certains faits de la cause, sur un point qui semble, à lecture de la décision, être de nature essentiellement procédurale. La société et ses deux organes demandaient au DFJP de les autoriser à remettre lesdits *affidavits* à la *Grand Court of the Cayman Island*. Le DFJP a rejeté la requête, considérant que les actes en question n'étaient pas constitutifs d'actes relevant des pouvoirs publics, dès lors que les *affidavits* étaient librement remis à l'autorité étrangère (sans menace de sanction pénale en cas de refus) et ne constituaient pas un acte qu'un tribunal aurait pu effectuer en Suisse⁴¹.

31 JAAC 2016.4, 38-43 consid. 13. Sur la dispute doctrinale: FISCHER/RICHA, *op. cit.*, p. 53, § 135 ss.; BSK-HUSMAN, ad art. 271 StGB, § 39.

32 JAAC 2016.3, 32-37 consid. 9; JAAC 2016.7, 56-61 consid. 9; JAAC 2016.8, 62-70 consid. 11. Dans un même ordre d'idée, certains auteurs soutiennent que l'art. 271 CP ne serait qu'une usurpation de fonctions (art. 287 CP) commise dans un contexte international: FISCHER/RICHA, *op. cit.*, p. 48, § 123; SCHRAMM, *op. cit.*, p. 494. Moins tranché: BSK-HUSMAN, ad art. 271 StGB, § 17.

33 JAAC 2016.4, 38-43 consid. 11.

34 JAAC 2016.7, 56-61 consid. 10.

35 JAAC 2016.3, 32-37 consid. 9.

36 JAAC 2016.8, 62-70 consid. 12-15.

37 JAAC 2016.7, 56-61 consid. 10.

38 JAAC 2016.3, 32-37 consid. 9; JAAC 2016.7, 56-61 consid. 9.

39 JAAC 2016.3, 32-37.

40 JAAC 2016.4, 38-43.

41 JAAC 2016.7, 56-61.

- La quatrième affaire concernait une banque ayant son siège en Suisse, partie à une procédure civile au Royaume-Uni. Dans ce cadre, un ancien client prétendait au non-respect de certaines bonnes pratiques de la banque privée suisse, ayant conduit à une perte de ses avoirs. Le tribunal anglais a autorisé (et non ordonné) aux parties de s'adjoindre chacune un expert appelé à se prononcer au sujet desdites bonnes pratiques et leur respect, ou non, dans le cas d'espèce. Craignant de procéder, ce faisant, à un «acte qui relève des pouvoirs publics suisses», la banque en question avait demandé au DFJP de dire que cet acte ne relevait pas de l'art. 271 CP et, subsidiairement, de l'autoriser à y procéder. La banque précisait que l'avis d'expert demandé ne contiendrait aucune donnée de tiers.

Le DFJP a retenu que la banque n'avait pas d'obligation de produire des pièces (*a fortiori* n'encourrait pas de sanction pénale) mais était libre, si elle souhaitait faire prévaloir sa thèse dans le cadre de la procédure civile anglaise, de soumettre un avis d'expert. Cet expert n'était pas nommé judiciairement, mais se trouvait seulement dans un rapport de droit privé avec la banque en question. Il ne procédait à aucun acte en Suisse, mais donnait seulement son avis sur certaines pratiques. Aucune ordonnance judiciaire n'était notifiée en Suisse. Dès lors que l'étape procédurale consistait en une pure incombance («*Obliegenheit*») et non pas en une obligation comprenant des conséquences pénales éventuelles, la voie de l'entraide ne devait pas être empruntée. Ainsi, aucun acte relevant des pouvoirs publics suisses n'était évité, de sorte qu'aucune autorisation au sens de l'art. 271 CP n'était nécessaire⁴².

IV. Éléments déterminants d'une autorisation découlant de l'art. 271 CP

La pratique administrative ici décrite permet d'identifier certains des éléments essentiels, parmi d'autres⁴³, pour juger de l'éventuelle commission de l'infraction à l'art. 271 CP et, en conséquence, des motifs pouvant mener une partie à demander l'autorisation de l'art. 31 OLOGA.

1. La sanction attachée à l'injonction judiciaire étrangère

Par principe, toute partie est libre de collaborer avec une autorité étrangère en lui remettant les documents en sa possession ou des déclarations qu'elle fait spontanément. Si, en revanche, sa participation intervient ensuite d'une menace de sanction pénale, cette participation doit être requise par l'autorité étrangère par le biais de l'entraide judiciaire internationale en matière civile, à défaut de quoi l'autorité étrangère et la partie en Suisse agissant pour elle se rendent coupables de l'infraction à l'art. 271 CP. La question de la punissabilité de celui qui donne suite à une ordonnance judiciaire étrangère contenant une menace de sanction pénale non notifiée par les voies de l'entraide (indépendamment du type de preuve qu'il transmettrait en exécution de cette ordonnance), demeure à

ce stade ouverte. Le DFJP ne s'est pourtant pas fondé sur ce motif pour déclarer tout bonnement irrecevables les requêtes qui lui ont été présentées, de sorte qu'on ne saurait retenir que celui qui se contente de donner suite à un acte étranger potentiellement contraire à l'art. 271 CP n'est dans tous les cas de figure pas coupable de cette infraction.

La menace de sanctions pénales devrait ainsi être le critère déterminant (mais non indispensable⁴⁴) pour établir si l'on est en présence «d'actes relevant des pouvoirs publics»⁴⁵.

Cela dit, lorsqu'il a constaté que l'autorité judiciaire étrangère avait effectivement contourné les règles de l'entraide (notamment en menaçant d'une sanction pénale)⁴⁶, le DFJP, dans le cadre de l'examen d'une éventuelle autorisation de l'art. 271 CP, n'a pas retenu que la voie de l'entraide paraissait impossible à mettre en pratique⁴⁷. Dans le cas d'espèce, l'argument lié à l'exécution de la décision étrangère ne convainc pas, dès lors précisément que les actes en question ne font pas l'objet d'une demande de reconnaissance et d'exécution en Suisse. Au contraire, le DFJP n'a laissé aucun autre choix à la partie requérante que de donner suite à l'ordre du tribunal américain, pourtant contraire à l'art. 271 CP. C'est alors sous l'angle du droit de l'État étranger qu'il faudrait apprécier les possibilités (*a priori* faibles) de faire constater que l'injonction en question est nulle, car contraire au droit suisse, ce qui paraît regrettable.

2. Le caractère déterminé des preuves à remettre

De l'avis du DFJP, la simple indication au tribunal étranger de l'existence ou non de documents (sans les remettre à ce stade) est compatible avec l'ordre juridique suisse. Ce faisant, le DFJP ne fait aucune mention de la réserve faite par la Suisse à l'art. 23 CLaH 1970. Par cette réserve, «la Suisse déclare que les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure *pre-trial discovery of documents* ne seront pas exécutées si [...] (b) il est exigé d'une personne qu'elle indique quelles pièces relatives au litige se trouvent ou se sont trouvées en sa possession, en sa détention ou en son pouvoir de disposition». Il s'agit d'une interdiction de la *fishing expedition* et d'une protection contre le renversement du fardeau de la preuve⁴⁸.

De longue date, il a été recommandé d'interpréter cet art. 23 CLaH dans le sens donné par la réserve formulée par le Royaume-Uni, qui entend les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure de *pre-trial discovery*

42 JAAC 2016.8, 62-70.

43 V. GAUTHEY/MARKUS, *Zivile Rechtshilfe*, pp. 369-373.

44 Arrêt du Tribunal fédéral 9X.1/1999 du 7.7.2000 consid. 6b.

45 En ce sens, FISCHER/RICHA, *op. cit.*, p. 47, § 121.

46 JAAC 2016.4, 38-43 consid. 14.

47 V. Décision du Conseil fédéral 25.6.1997 in JAAC 61.82 consid. 4; Décision du Tribunal pénal fédéral BB.2012.133 du 25.4.2013 consid. 4.2.3.

48 V. FISCHER/RICHA, *op. cit.*, p. 110, § 293-296.

of documents» comme comprenant «toute commission rogatoire qui exige d'une personne de (a.) déclarer quels documents concernant le cas auquel la commission rogatoire a trait, se trouvent ou se sont trouvés en sa possession, garde ou pouvoir; ou (b.) présenter des documents autres que les documents particuliers spécifiés dans la commission rogatoire comme des documents qui paraissent à la Cour saisie être, ou probablement être, en sa possession, garde ou pouvoir»⁴⁹. L'art 23 CLaH semble dès lors s'appliquer à toutes formes de «discovery», et non seulement aux «pre-trial discovery»⁵⁰. La Conférence de la Haye recommande ainsi à tous les États signataires d'interpréter l'art. 23 CLaH comme le Royaume-Uni⁵¹, et la position de la Suisse ne paraît pas en diverger⁵².

Dès lors, s'agissant de la deuxième affaire évoquée ci-avant où il était question d'une procédure de *discovery* (sans plus de précision à lecture de la décision)⁵³, il semble que, en faisant une injonction vraisemblablement contraire à la réserve de la Suisse à l'art. 23 CLaH 1970 (qui plus est avec menace de sanction pénale), l'autorité étrangère, le cas échéant avec conscience et volonté, a cherché à contourner les règles de l'entraide. Il est alors regrettable que le DFJP n'ait pas analysé le cas sous l'angle de la réserve à l'art. 23 CLaH et tiré toutes les conséquences de la possible infraction à l'art. 271 CP⁵⁴.

3. La distinction entre preuves à disposition et preuves à obtenir

S'agissant de l'acte en soi, on relèvera de ces affaires que la remise d'un *affidavit* n'est pas constitutif d'un acte relevant des pouvoirs publics suisses⁵⁵. Pour rappel, le Tribunal fédéral a tenu pour infraction à l'art. 271 CP le fait pour un avocat de procéder en Suisse à l'audition d'un témoin pour le bénéfice d'un tribunal étranger⁵⁶, alors que le Ministère public zurichois, dans un contexte légèrement différent, en a décidé autrement⁵⁷. La distinction entre *affidavit* et audition de témoin est fine, en particulier lorsque la personne déclarante n'est pas la partie elle-même, mais l'un de ses collaborateurs par exemple (ou tout tiers). La spontanéité des déclarations, ou au contraire la réponse à des questions, devrait être le critère de distinction.

L'avis d'expert, en tant qu'il se contente de rassembler et analyser des informations générales à la libre disposition du public, n'entre pas dans le champ de l'art. 271 CP et ne nécessite pas d'autorisation⁵⁸.

Il en va de même lorsque les preuves à rassembler sont en mains d'un groupe de sociétés et ne doivent pas être obtenues en dehors de ce cadre.

Il est donc décisif de déterminer si les preuves («testimoniales» ou matérielles) demandées sont en possession de la partie concernée (ou ses collaborateurs, ou à l'intérieur de son groupe) ou si celle-ci doit les obtenir par diverses démarches en Suisse (réculte de pièces, auditions, etc.). Ceci dit, à ce jour, le Tribunal fédéral considère que la collecte de moyens de preuve «de toutes sortes»⁵⁹ tombe sous le coup de l'art. 271 CP. Ces incertitudes devraient dès lors enjoindre tout plaideur à la prudence et

conduire à demander, en cas de doute, l'autorisation au DFJP, le cas échéant pour que, moindre mal, celle-ci soit refusée.

V. Conclusions

La procédure d'autorisation de l'art. 31 OLOGA demeure un instrument particulier dans l'arsenal juridique suisse en cela qu'il permet d'obtenir d'une autorité officielle, en amont de la commission d'un acte, l'absolution pénale ou la mise en garde claire contre des conséquences pénales à venir. C'est là un instrument essentiel dont il faut savoir user à bon escient. Le DFJP semble traiter ces requêtes avec célérité, et une décision peut être obtenue en quelques semaines dans certains cas.

Dans les cas analysés ici, le DFJP a rejeté toutes les demandes estimant que les actes envisagés n'entraient pas dans le cadre de l'art. 271 CP. Dans certains cas, il peut s'agir d'un vrai confort pour les plaideurs à l'étranger. Dans d'autres, il apparaît, comme dans tous les domaines de coopération interétatique, que la présomption de bonne foi accordée à l'autorité étrangère paraît sans limite. Enfin, les situations procédurales et les autorités amenées à juger de l'art. 271 CP sont variées: le DFJP

49 Réserve du Royaume-Uni à l'art. 23 de la CLaH 1970: <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=564&disp=resdn>. V. BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, Rapport sur les travaux de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la CLaH 1970, La Haye 1978, § 2 (https://assets.hcch.net/upload/scrpt78f_20.pdf).

50 V. BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, Rapport sur les travaux de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la CLaH 1970, La Haye 1985, § 4 (https://assets.hcch.net/upload/scrpt85f_20.pdf).

51 CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, Conclusions et recommandations de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de la Haye Apostille, Obtention des preuves et Notification (28.10.au 4.11.2003), § 29 et 34 (https://assets.hcch.net/upload/wop/lse_concl_f.pdf); CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, Conclusions et recommandations de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de la Haye Apostille, Notification, Obtention des preuves et Accès à la justice (2 au 12. 2. 2009), § 51.

52 MESSAGE du Conseil fédéral concernant la ratification de quatre instruments internationaux relatifs à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale, FF 1993 III 1185, 1227.

53 JAAC 2016.4, 38-43 consid. 2.

54 Outre la commission de l'infraction, cette démarche aurait pu avoir des conséquences découlant des obligations internationales des États parties à la Convention de la Haye de 1970, voir son art. 36. En ce sens, v. ég. GAUTHEY/MARKUS, L'entraide judiciaire, *op. cit.*, §§ 199.

55 En ce sens: GAUTHEY/MARKUS, *Zivile Rechtshilfe*, p. 368, 375; SCHRAMM, *op. cit.*, p. 499.

56 V. ATF 114 IV 128 consid. 2c, rendu à l'aune des codes cantonaux de procédure et critiqué. V. notamment SCHRAMM, *op. cit.*; FISCHER/RICHA, *op. cit.*, p. 50, § 129; BSK-HUSMAN, ad art. 271 StGB, § 26.

57 V. SCHRAMM, *op. cit.*

58 En ce sens. V. GAUTHEY/MARKUS, *Zivile Rechtshilfe*, pp. 378.

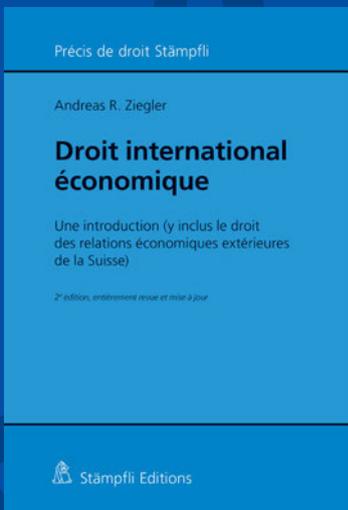
59 «Beweiserhebungen aller Art», arrêt du Tribunal fédéral 6B_402/2008 du 6.11.2008 consid. 2.3.2.

en amont, le Tribunal administratif fédéral ou le Tribunal pénal fédéral pour définir si les règles de coopération étatique ont été violées, les tribunaux cantonaux dans le cadre d'entraide civile, et le Tribunal fédéral. Les motifs d'insécurité sont donc nombreux.

Lorsque la participation d'une personne en Suisse à une procédure civile à l'étranger implique, d'une part, à

tout le moins une sanction en cas de non-exécution, et/ou, d'autre part, la remise de preuves indéterminées ou l'obtention de preuves qui ne sont pas à la disposition directe et immédiate de la partie concernée (ou de ses collaborateurs ou sociétés de son groupe), cette dernière pourrait être inspirée de requérir du DFJP l'autorisation de l'art. 31 OLOGA/271 CP.

Un ouvrage
unique,
documenté,
systématique
et concis



Droit international économique

Une introduction (y inclus le droit des relations économiques extérieures de la Suisse)

Andreas R. Ziegler

Février 2017, CHF 112.–

Précis de droit Stämpfli PdS, 2^e édition,
360 pages, broché, 978-3-7272-0741-9

Ce précis décrit de façon complète l'ensemble du droit international économique et du droit des relations économiques extérieures de la Suisse. L'ouvrage est destiné aux étudiants et praticiens qui souhaitent saisir les rapports entre les différents domaines et acteurs du droit international économique, d'une manière à la fois précise, systématique et concise. C'est pourquoi il offre de nombreuses références et indications relatives à d'importantes sources de droit suisse et international.

Stämpfli

Editions

Stämpfli Editions SA

Wölflistrasse 1
Case postale
CH-3001 Berne

Tél. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com
www.staempfliverlag.com

Commandez en ligne:
www.staempflishop.com/pds



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

**Art. 125 CC; maxime inquisitoire illimitée
concernant de revenu**

II^e Cour de droit civil, 5A_470/2016,
13 décembre 2016, A c/ B., arrêt non publié
dans le RO. – cond. *Bü*

La Cour de justice a retenu que le recourant avait perçu, pour l'année 2014, un salaire net de 43 056 fr. Dans la mesure où, selon les fiches de salaire produites pour les mois de mars à juillet 2015, les allocations familiales (300 fr. par mois) étaient comprises dans le salaire versé, celui-ci s'élevait annuellement à 39 456 fr. (43 056 fr. [salaire annuel net] – 3600 fr. [allocations familiales de 300 fr. × 12]), correspondant à 3288 fr. par mois. Dès lors toutefois que le recourant avait fait état dans son mémoire d'appel d'un salaire mensuel net de 3588 fr. par mois (43 056 fr. / 12), c'était ce dernier montant qui devait être retenu.

Le TF estime que la cour cantonale ne pouvait, sans arbitraire, considérer qu'elle était liée par le montant du salaire allégué par le recourant dans ses écritures, dès lors que la maxime inquisitoire illimitée est applicable et qu'elle avait constaté sur la base des pièces du dossier que ce montant devait être amputé des 300 fr. d'allocations familiales que le recourant percevait chaque mois. Par ailleurs, en ajoutant en définitive dites allocations familiales – déduites dans le calcul des besoins de l'enfant – au revenu du recourant qui les reçoit, elle s'est arbitrairement écartée de la jurisprudence (cf. réf.).

Art. 317 CPC; offre tardive d'une preuve

I^{re} Cour de droit civil, 4A_435/2016,
19 décembre 2016, X. Sàrl c/ Z. Sàrl,
arrêt non publié dans le RO. – cond. *Bü*

Devant la Cour d'appel, la demanderesse a requis sans succès une expertise destinée à prouver que le défaut d'étanchéité existait déjà lors de la livraison du véhicule. La Cour juge que cette preuve aurait pu et dû être offerte devant le juge de première instance déjà, et que l'offre présentée en appel seulement est irrecevable au regard de l'art. 317 al. 1 CPC.

Le TF confirme cet arrêt en considérant que le moment où le défaut d'étanchéité est survenu s'inscrit dans les faits générateurs de l'action en garantie, dont la preuve incombait d'emblée à la demanderesse. Celle-ci ne saurait donc se faire autoriser l'introduction de preuves nouvelles en appel, nonobstant les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC, simplement parce que son adverse partie n'a pas elle-même allégué, devant le premier juge, que le défaut d'étanchéité ne soit survenu qu'après la livraison du véhicule.

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

Art. 118 CPP: Absence de qualité de partie plaignante faute d'être lésée directement

Cour de droit pénal, 6B_142/2016,
14 décembre 2016, X. c/ Ministère public VD, A., B.,
C., Caisse AVS, D., arrêt non publié
dans le RO. – cond. *Bü*

Si le constat du jugement entrepris est exact concernant l'absence de préjudice direct subi par A. SA, la cour cantonale n'en a cependant pas tiré les conclusions qui s'imposaient en donnant acte à l'intimée de ses réserves civiles. En effet, faute d'être lésée directement par l'infraction retenue (abus de confiance) en l'espèce (art. 115 al. 1 CPP), A. SA ne pouvait pas avoir la qualité de partie plaignante au sens de l'art. 118 CPP et faire valoir des conclusions civiles par adhésion à la procédure pénale. Les conclusions civiles étaient ainsi irrecevables. Le recours est donc admis sur ce point.

**Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO, Art. 399 StPO, Art. 404
StPO; Zuständigkeit, Berufungserklärung,
Entschädigung der amtlichen Verteidigung**

Strafrechtliche Abteilung, 6B_769/2016,
11. Januar 2017, X. c. Obergericht des Kantons
Aargau, nicht in der AS publiziert. –
Zusammenfassung *FTr*

Angefochten ist ein Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, in welchem dieses über die der amtlichen Verteidigerin für das Vorverfahren und das erstinstanzliche Verfahren zugesprochene Entschädigung entschieden hat. Die für das Berufungsverfahren festgesetzte Entschädigung blieb unangefochten. In dieser Konstellation liegt kein Anwendungsfall von Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO vor (BGE 140 IV 213 E. 1.7 mit Hinweisen), sodass die beim Bundesstrafgericht eingereichte Beschwerde vom Bundesgericht als Beschwerde in Strafsachen zu behandeln ist.

[...]

Die Parteien haben in ihrer schriftlichen Berufungserklärung verbindlich anzugeben, ob sie das Urteil vollumfänglich oder nur in Teilen anfechten und auf welche Teile sich die Berufung allenfalls beschränkt (Art. 399 Abs. 3 lit. a i. V. m. Art. 399 Abs. 4 StPO).

Das Berufungsgericht überprüft das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Es kann zugunsten der beschuldigten Person auch nicht angefochtene Punkte überprüfen, um gesetzwidrige oder unbillige Entscheidungen zu verhindern (Art. 404 Abs. 2 StPO). Soweit die Einschränkung der Berufung auf einzelne Punkte eindeutig und der Grundsatz der Untrennbarkeit oder inneren Einheit nicht verletzt ist, muss die Einschränkung durch das Berufungsgericht respektiert werden. Von der Möglichkeit des Eingriffs in die Disposi-

tionsfreiheit der beschuldigten Person ist nur zurückhaltend Gebrauch zu machen.

[...]

In einem kürzlich ergangenen Entscheid hielt das Bundesgericht fest, wenn die Entschädigung für die amtliche Verteidigung weder vom Beschuldigten noch von der Staatsanwaltschaft angefochten bzw. beanstandet werde, sei von der Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils bezüglich dieser Entschädigung auszugehen. Die Voraussetzungen für eine Korrektur dieser Entschädigung von Amtes wegen nach Art. 404 Abs. 2 StPO seien nicht erfüllt, wenn nicht ersichtlich sei, dass die erste Instanz das ihr zustehende Ermessen in unhaltbarer Weise ausgeübt habe, auch wenn das genehmigte Honorar recht hoch erscheine. Für die Überprüfung der amtlichen Entschädigung von Amtes wegen bestehe kein Anlass, wenn die erstinstanzliche Entscheidung hinsichtlich des amtlichen Honorars nicht geradezu gesetzeswidrig oder unbillig sei (Urteil 6B_349/2016 vom 13.12.2016 E. 2.4.2).

[...]

Die von der Beschwerdeführerin eingereichte Kostennote erweist sich als ausgesprochen detailliert und bezeichnet neben den jeweiligen Posten (z. Bsp. Telefon, Brief, Einvernahme etc.) auch den genauen Betreff sowie die jeweils involvierte Person (act. 4/3). Sodann belaufen sich die von der Vorinstanz beanstandeten Posten betr. Korrespondenz mit Drittpersonen auf insgesamt 9.155 Stunden (vgl. Aufschlüsselung der Beschwerdeführerin, act. 4/5) und vermögen die fast hälftige Kürzung der Entschädigung, mithin die Streichung von über 40 Stunden Aufwand, durch die Vorinstanz nicht zu rechtfertigen. Selbst im Lichte der gesamten vorinstanzlichen Erwägungen kann nicht die Rede davon sein, dass die Entscheidung der ersten Instanz bezüglich des Honorars für die amtliche Verteidigung geradezu gesetzeswidrig oder krass unbillig ist.

[...]

Der Kanton Aargau hat der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Entschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Art. 398 Abs. 2 und 3 StPO, Art. 408 StPO; umfassende (volle) Kognition der Rechtsmittelbehörde, neues Urteil

Strafrechtliche Abteilung, 6B_8/2016, 17. Januar 2017, X. c. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Luzern/C. A., nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *FTr*

Die Vorinstanz gibt zunächst die staatsanwaltschaftliche Begründung der Einstellungsverfügung wieder und erwägt anschliessend zusammengefasst, was der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde vom 20.8.2012 dagegen vortrage, sei keine Auseinandersetzung mit den entsprechenden Ausführungen. Zum einen bringe

er nicht vor, welche Punkte der Einstellungsverfügung er anfechte und inwiefern diese zu ändern wäre. Zum anderen begründe er nicht substantiiert, dass und inwiefern die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt falsch festgestellt oder Beweismittel zu Unrecht nicht abgenommen bzw. falsch gewürdigt habe. Er kritisiere zwar einzelne Ausführungen der Staatsanwaltschaft, doch stelle diese Kritik keine Auseinandersetzung mit der eigentlichen Begründung der Verfahrenseinstellung dar. Auch trage der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde nicht vor, weshalb er durch die angebliche Drohung in Angst und Schrecken versetzt worden sein soll bzw. dass und inwiefern die Staatsanwaltschaft den entsprechenden Sachverhalt falsch festgestellt habe. Ebenso wenig mache er geltend, dass das fragliche Tatbestandselement anhand seiner Videoaufnahme nachgewiesen werden könne. Inwiefern die Einstellung betreffend üble Nachrede und Nötigung zu Unrecht erfolgt sei, lege der Beschwerdeführer ebenfalls nicht dar. Die Beschwerde sei deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne (Beschluss, S. 6 ff.).

Mit diesen Ausführungen verkennt die Vorinstanz, dass sie Rechtsmittelbehörde mit umfassender Kognition in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht ist (vgl. Art. 398 Abs. 2 und 3 StPO; BGE 141 IV 244 E. 1.3.3 mit Hinweisen; Urteil 6B_731/2015 vom 14.4.2016 E. 1.2.2). Tritt sie auf eine Berufung ein, fällt sie ein neues, den erstinstanzlichen Entscheid ersetzendes Urteil (vgl. Art. 408 StPO) und kann sich nicht mit einer Überprüfung der erstinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendung begnügen. Daran ändert die Möglichkeit, im Rechtsmittelverfahren auf die Begründung der Erstinstanz zu verweisen, nichts (vgl. BGE 141 IV 244 E. 1.3.3 mit Hinweisen). Indem die Vorinstanz ihre Kognition in unzulässiger Weise beschränkt, verweigert sie dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör (vgl. Urteil 6B_497/2014 vom 6.3.2015 E. 1.4 mit Hinweisen).

Die Beschwerde ist gutzuheissen, der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird unter Anwendung ihrer vollen Kognition zu beurteilen haben, ob die Einstellung des Verfahrens gegen den Beschwerdeführer zu Recht erfolgt ist.

Art. 429 Abs. 1 lit. c i. V. m. Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO; Genugtuung bei Sicherheits- und Untersuchungshaft mit nachfolgender Verfahrenseinstellung

Strafrechtliche Abteilung, 6B_1076/2016, 12. Januar 2017, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich c. X.; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *FTr*

Die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich führte gegen X. (Beschuldigter) eine Strafuntersuchung wegen häuslicher Gewalt. In der Folge stellte sie das Verfahren mit Verfügung vom 10.6.2015 definitiv ein (Art. 55a Abs. 3

StGB e contrario). Sie auferlegte die Verfahrenskosten dem Beschuldigten, nahm die Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Staatskasse und sprach ihm weder Entschädigung noch Genugtuung zu.

[...]

Wird das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen, so können die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, «wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat» (Art. 426 Abs. 2 StPO sowie Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO zu Entschädigung und Genugtuung). Diese Bestimmung kodifiziert die Praxis des Bundesgerichts und der EMRK-Organe, wonach eine Kostenaufgabe möglich ist, wenn die beschuldigte Person in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm (insbesondere im Sinne von Art. 28 ZGB oder Art. 41 OR) klar verstossen und dadurch die Einleitung des Strafverfahrens bewirkt hat.

Diese Rechtsprechung gilt in gleicher Weise bei Verfahrenseinstellungen gestützt auf Art. 55a Abs. 3 StGB (Urteil 6B_414/2016 vom 29.7.2016 E. 2.4 mit Hinweisen).

Die Vorinstanz führt sachverhaltlich aus, der Beschuldigte habe bestätigt, dass es in der ehelichen Wohnung zu dem von der Geschädigten geschilderten und zu weiteren Konflikten zwischen den Eheleuten gekommen sei. Die Anschuldigungen, Drohungen und Tätlichkeiten seien persönlichkeitsverletzend im zivilrechtlichen Sinne. Dass sich die Geschädigte allenfalls auch nicht rücksichtsvoller verhalten habe, ändere am Verhalten des Beschuldigten nichts. Er habe die Einleitung des Verfahrens verursacht. Das rechtfertigte die Kostenaufgabe gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO durch die Staatsanwaltschaft. Diese Kostenaufgabe ist nicht angefochten (vgl. dazu Urteil 6B_414/2016 vom 29.7.2016 mit Hinweisen).

[...]

Die Vorinstanz stellt fest, der Beschuldigte habe dreizehn Tage in Untersuchungshaft verbracht. Diese habe sich im Nachhinein infolge Einstellen des Strafverfahrens als Überhaft erwiesen. Dafür sei ihm eine Genugtuung auszurichten. Bei kürzeren Freiheitsentzügen würden in der Regel CHF 200.– pro Tag als angemessen gelten. Entsprechend sei ihm eine Genugtuung von CHF 2600.– zuzusprechen.

Die Beschwerdeführerin wendet ein, es handle sich nicht um Überhaft und die Vorinstanz beachte nicht, dass der Kostenentscheid die Entschädigungsfrage präjudiziere. Das Selbstverschulden beurteile sich bei Art. 426 Abs. 2 und Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO nach denselben Massstäben.

Eine Kostenaufgabe nach Art. 426 Abs. 1 und 2 StPO schliesst in der Regel einen Anspruch auf Entschädigung aus. Die Entschädigungsfrage ist nach der Kostenfrage zu beantworten. Insoweit präjudiziert der Kostenentscheid die Entschädigungsfrage. Es gilt der Grundsatz, dass bei Auferlegung der Kosten keine Entschädigung oder Genugtuung auszurichten sind (BGE 137 IV 352 E. 2.4.2; Ur-

teile 6B_414/2016 vom 29.7.2016 E. 2.5 und 6B_948/2013 vom 22.1.2015).

Die Vorinstanz stützt die Genugtuung auf Art. 431 Abs. 2 StPO.

Art. 431 Abs. 2 StPO betrifft die Überhaft (den «übermässigen Freiheitsentzug»). Überhaft liegt vor, wenn die Untersuchungs- oder Sicherheitshaft formell und materiell rechtmässig angeordnet wurde, die Haft aber länger dauerte als die ausgefallte Sanktion (BGE 141 IV 236 E. 3.2). Art. 431 Abs. 2 StPO stellt die Grundregel auf, dass Überhaft nur zu entschädigen ist, wenn sie nicht angerechnet werden kann (BGE 141 IV 236 E. 3.3). Dass die beschuldigte Person in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gegen eine Verhaltensnorm verstiesse, die Einleitung des Verfahrens schuldhaft veranlasste oder (teilweise) verurteilt wurde, ist für die Überhaftentschädigung ohne Belang. Soweit der Freiheitsentzug die tatsächlich ausgefallte Sanktion übersteigt, hat das Gericht neben der Anrechnung die Überhaft abzugelten (Urteil 6B_747/2016 vom 27.10.2016 E. 3.2). Ratio legis ist der Grundsatz des Realausgleichs des Eingriffs in die persönliche Freiheit. Im Einklang mit Art. 51 StGB stellt Art. 431 Abs. 2 StPO daher die Regel auf, dass Überhaft primär an eine andere Sanktion anzurechnen ist und nur insoweit zu entschädigen ist, als keine Anrechnung erfolgen kann (Urteil 6B_747/2016 vom 27.10.2016 E. 3.5.1).

Rechtswidrig im Sinne von Art. 431 Abs. 1 StPO ist eine Haftanordnung, wenn sie von allem Anfang an ungesetzlich war. Die blosser Tatsache, dass sie sich im Nachhinein als unberechtigt erweist, lässt sie als ungerechtfertigt, nicht aber als rechtswidrig erscheinen (Urteil 6B_747/2016 vom 27.10.2016 E. 3.3.5). Vorliegend war eine Präventivhaft angeordnet worden (vgl. zur Veröffentlichung vorgesehenes Urteil 1B_373/2016 vom 23.11.2016 E. 2.2, 2.3.2 und 2.9 f.). Die Voraussetzungen der Haftanordnung waren unbestritten gegeben. Es konnte keine Anrechnung erfolgen, weil das Verfahren eingestellt wurde. Die Haftanordnung war für die Dauer ihrer Anordnung gerechtfertigt und stellte sich nachträglich aufgrund der Verfahrenseinstellung als ungerechtfertigt heraus (vgl. Urteil 6B_747/2016 vom 27.10.2016 E. 3.6.1).

WEHRENBURG/FRANK sind zutreffend der Ansicht, werde die Haft im Nachhinein ungerechtfertigt (nicht rechtswidrig), weil die Person freigesprochen oder das Verfahren gegen sie eingestellt wird, so komme Art. 429 StPO zur Anwendung; damit sei geklärt, dass ein Anspruch sowohl bei ungerechtfertigter (Art. 429 StPO) und rechtswidriger (Art. 431 Abs. 1 StPO) als auch bei Überhaft (Art. 431 Abs. 2 StPO) bestehe (in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, NN. 3, 3a zu Art. 431 StPO). Es ist in der Tat davon auszugehen, dass die Genugtuungsfrage nach Untersuchungs- oder Sicherheitshaft bei Verfahrenseinstellung in der Regel gemäss Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO zu beurteilen ist (NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl. 2013, Rz. 1816; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, CPP, 2. Aufl. 2016, N. 20 zu Art. 429 und N. 7 zu Art. 431 StPO).

Wird das Verfahren gegen die beschuldigte Person eingestellt, so hat sie gemäss Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO Anspruch auf Genugtuung für besonders schwere Verletzung ihrer persönlichen Verhältnisse, insbesondere bei Freiheitsentzug. Diese gesetzliche Grundlage für den Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung wurde im Sinne der Kausalhaftung ausgestattet. Die Genugtuung wird regelmässig gewährt, wenn sich die beschuldigte Person in Untersuchungs- oder Sicherheitshaft befand (Botschaft vom 21.12.2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1329).

Die Strafbehörde kann die Entschädigung oder Genugtuung gemäss Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO herabsetzen oder verweigern, wenn die beschuldigte Person rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt hat. Ein solches Verhalten schliesst im Allgemeinen jegliche Pflicht des Staates zur Gewährung einer Entschädigung oder Genugtuung aus; liegt bloss ein leichtes Verschulden vor, kann eine herabgesetzte Entschädigung oder Genugtuung in Betracht kommen (Botschaft, a. a. O., S. 1330). Es sind dies die gleichen Gründe, die nach

Art. 426 Abs. 2 StPO eine Auflage der Verfahrenskosten erlauben; liegen solche Gründe vor, sind Entschädigung und Genugtuung im Regelfall ausgeschlossen (SCHMID, a. a. O., Rz. 1820, 1821).

Die Vorinstanz verletzt Bundesrecht, indem sie dem Beschuldigten eine Genugtuung gestützt auf Art. 431 Abs. 2 StPO wegen Überhaft zuspricht. Sein Antrag auf Genugtuung ist in Anwendung von Art. 429 Abs. 1 lit. c i. V. m. Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO zu prüfen.

Aufgrund klarer Rechtslage ist auf eine Vernehmlassung zu verzichten (vgl. BGE 133 IV 293 E. 3.4.2; Urteile 6B_833/2015 vom 30.8.2016 E. 5 und 6B_260/2016 vom 25.5.2016 E. 2). Das Gehörsrecht wird dem Beschuldigten bei der Neuurteilung zu gewähren sein, da der Vorinstanz beim Genugtuungsentscheid (auch) aufgrund der «Kann-Vorschrift» von Art. 430 Abs. 1 Ingress StPO ein gesetzliches Ermessen zusteht. Die Beschwerde ist gutzuheissen, das Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es sind weder Kosten zu erheben noch Entschädigungen auszurichten (Art. 68 Abs. 3 BGG).

DIE PRAXIS		
BUNDESGERICHT EGMR		
Die Januar-Ausgabe 2017 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
142 I 16	Nr. 1	Schutz der universitären Bezeichnungen, wie er im Gesetz des Kantons Tessin über die Università della Svizzera italiana, über die Scuola universitaria professionale della Svizzera italiana und über die Forschungsinstitute sowie im zugehörigen Reglement vorgesehen ist; Vorrang und Beachtung des Bundesrechts (Art. 49 BV; Art. 29 HFVG; Art. 14 Abs. 2 LUSI/TI; Art. 4 RLUSI/TI).
142 II 218	Nr. 2	Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs; Vermutung des guten Glaubens des um Amtshilfe ersuchenden Staates; voraussichtlich erhebliche Informationen (Art. 42 Abs. 2, 82 lit. a, 84 Abs. 2, 84a, 86 Abs. 1 lit. a, 89 Abs. 2 lit. a, 90, 95 ff., 97, 100 Abs. 2 lit. b, 105 Abs. 1 und 2, 106 Abs. 1, 107 Abs. 2 und 3, 113 BGG; Art. 4 Abs. 2, 5 Abs. 1 und 2, 6 Abs. 2 und 3, 7 lit. c, 13, 14, 14a, 15, 16 Abs. 1 und 2, 17, 19 Abs. 4, 24 StAHiG; Art. 28 Par. 1 DBA CH-F; Art. 11 Abs. 3 Zusatzabkommen DBA CH-F; Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 22 Abs. 2, 22a Abs. 2, 30 Abs. 1, 49, 50, 62 Abs. 4 VwVG; Art. 314 ZPO; Art. 4, 26 OECD-MA; Art. 17a IRSG; Art. 31 WA; Art. 31 ff. VGG).
142 III 48	Nr. 4	Zustellung einer Eingabe, die eine Klageänderung enthält; Anspruch der Gegenpartei auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 53 Abs. 1 und 317 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 227 Abs. 1 ZPO).
142 III 234	Nr. 6	Beschwerdeverfahren, Zulässigkeit neuer Begehren vor der Aufsichtsbehörde (Art. 17 Abs. 2 und 20a Abs. 2 Ziff. 3 SchKG).
142 III 174	Nr. 7	Pfändung von mit Beschlag gemäss Art. 71 Abs. 3 StGB belegten Vermögenswerten; Verwertung der gepfändeten Vermögensstücke und provisorische Verteilung des Erlöses (Art. 44, 116 ff., 144 Abs. 2 und 281 SchKG; Art. 70 und 71 StGB).
6B_98/2016	Nr. 8	Verwertbarkeit von Aussagen der zu Unrecht als Auskunftsperson anstatt als Zeugin einvernommenen Geschädigten; Schlusseilvernehmung, Schlussverfügung (Art. 141, 178 lit. a, 180, 181, 317, 318 Abs. 1 StPO).
142 V 192	Nr. 9	Krankenversicherungspflicht einer in Frankreich wohnhaften Grenzgängerin; Ausübung des Wahlrechts (Art. 6a Abs. 3 KVG; Art. 2 Abs. 6 KVV; Art. 1 Abs. 1 Anhang II FZA; Art. 4, 11 Abs. 1 und 3 Bst. a, 83 Verordnung [EG] Nr. 883/2004; Anhang XI der Verordnung [EG] Nr. 883/2004).
Die Praxis - 105. Jg. 2016 - ISSN 1017-8147 - erscheint monatlich; www.legalis.ch; Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel		

LE SECRET DE L'AVOCAT DANS LE CPP ET LE CPC: ENTRE DIVERGENCE ET HARMONIE

BENOÎT CHAPPUIS

Avocat, professeur aux Universités de Genève et Fribourg

ALEXANDRE STEINER

Master en droit

Mots-clés: avocat, secret de l'avocat, avocat étranger, séquestre, témoignage

Le secret professionnel de l'avocat, institué aux art. 13 LLCA et 321 CP, est protégé dans des dispositions spécifiques du CPP et du CPC qui permettent à l'avocat de refuser de témoigner ainsi que de s'opposer à la saisie de documents couverts par le secret. Il apparaît cependant que la terminologie utilisée dans ces dispositions est variable et crée une incertitude sur la question de savoir qui est l'«avocat» qui peut s'en prévaloir. De manière générale, on sait qu'il faut distinguer entre l'avocat titulaire d'un brevet suisse, l'avocat UE/AELE et l'avocat étranger hors UE. La protection du secret de ces différents types d'avocat varie d'une disposition procédurale à une autre, sans que l'on s'explique les raisons qui pourraient fonder de telles variations.

I. Introduction: le secret de l'avocat dans le CPC et le CPP

Dans un récent arrêt,¹ le Tribunal fédéral, devant se prononcer sur les conditions de la levée du secret d'un avocat mandaté en qualité d'exécuteur testamentaire, a saisi l'opportunité pour donner un véritable cours de droit sur le secret professionnel de l'avocat, son histoire, ses fondements et ses buts. Le Tribunal fédéral y rappelle notamment que la protection du secret professionnel vise tant la sauvegarde des intérêts publics que celle des intérêts privés. Notre Haute cour y détaille ainsi l'importance que revêt le secret professionnel de l'avocat dans un État de droit.

À la lecture de cet arrêt, l'avocat devrait pouvoir rassurer son client quant à la pérennité, dans le système législatif suisse, de la protection des secrets que celui-là lui confie. Néanmoins, il est prudent de relever que cette protection n'est pas sans faille ni ne va sans de délicates ambiguïtés. Une brève analyse des conditions d'application des principales dispositions procédurales concrétisant le secret professionnel de l'avocat met en effet en évidence quelques difficultés en lien avec la protection que le législateur lui accorde actuellement. En particulier, on constate l'imprécision de l'emploi du vocable «avocat» dans les dispositions légales pertinentes, cela malgré les efforts entrepris par le législateur pour harmoniser les textes.² Il en

résulte des incohérences quant au champ d'application effectif du secret en procédure.

Les principales dispositions procédurales dont bénéficient les avocats sont, d'une part, le droit de l'avocat de refuser de témoigner (art. 166 al. 1 let. b CPC en matière civile et art. 171 CPP en matière pénale) et la protection contre la production, respectivement le séquestre pénal, de documents contenant des informations couvertes par le secret de l'avocat (art. 160 al. 1 let. b CPC en matière civile et art. 264 CPP en matière pénale). C'est donc à la présentation de ces dispositions qu'il faut s'intéresser en premier lieu.

1. En procédure civile

En matière civile, trois dispositions de procédure concrétisent la protection du secret de l'avocat. La première est la dispense générale, donnée aux parties et aux tiers, de produire des documents lorsque ceux-ci concernent «des

¹ ATF 142 II 307.

² Loi fédérale du 28.9.2012 sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats. Cf. Message du CF relatif à la loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats, FF 2011 7509.

contacts entre une partie ou un tiers et un avocat autorisé à les représenter à titre professionnel» (art. 160 al. 1 let. b CPC).

La deuxième de ces dispositions concrétise ce droit de refus lorsque l'avocat est partie à la procédure (art. 163 al. 1 let. b CPC), alors que la troisième consacre un droit similaire lorsque l'avocat est entendu comme tiers à la procédure «dans la mesure où, de ce fait, la révélation d'un secret serait punissable en vertu de l'art. 321 CP» (art. 166 al. 1 let. b CPC).

2. En matière pénale

À l'instar de ce qui est prévu en procédure civile, le secret professionnel est protégé en matière pénale. D'une part, l'avocat est autorisé à refuser de témoigner en vertu de l'art. 171 CPP. D'autre part, l'art. 264 CPP empêche le séquestre de documents couverts par le secret professionnel. Le fonctionnement de l'art. 264 CPP nécessite cependant les précisions suivantes.

En vertu de l'art. 264 al. 1 let. a et c CPP, les documents concernant des contacts entre le prévenu et un avocat ne peuvent pas être séquestrés. Il en va de même de la correspondance entre un avocat et une personne qui n'a pas le statut de prévenu, par exemple la partie plaignante ou le témoin. En effet, en vertu de l'article 264 al. 1 let. d CPP, les objets et les documents concernant des contacts entre une autre personne et son avocat ne peuvent pas être séquestrés, à la double condition toutefois que l'avocat soit autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la LLCA et qu'il n'ait pas le statut de prévenu dans la même affaire.

Cette dernière disposition a été introduite par la loi du 28.9.2012 sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats, en vigueur depuis le 1.5.2013 (cf. supra n. 2). Cette nouveauté législative avait pour objet d'harmoniser les diverses règles de procédure en ce qui concerne le secret professionnel de l'avocat,³ en protégeant ce secret de la même manière que dans le CPC et le CPP.⁴ Les art. 160 al. 1 let. b CPC et 264 al. 1 CPP furent ainsi pris comme modèle.

Selon le message du Conseil fédéral relatif à cette loi,⁵ il était apparu que le secret professionnel des avocats n'était pas protégé de manière identique dans le CPC et le CPP. En effet, l'art. 160 al. 1 let. b CPC prévoyait une protection du secret professionnel lorsqu'il s'agissait de la correspondance de l'avocat et son client, peu importe que ce dernier fût partie ou non à la procédure. Tel n'était en revanche pas le cas de l'ancienne version de l'art. 264 CPP: en l'absence de l'actuelle let. d, il n'était pas prévu de protéger les documents couverts par le secret professionnel de l'avocat, lorsque le client de ce dernier n'avait pas le statut de prévenu, tel un tiers touché par un acte de procédure.⁶ Dès lors, il a été choisi d'ajouter la let. d à l'art. 264 al. 1 CPP, afin d'harmoniser la protection donnée au secret professionnel de l'avocat entre le CPC et le CPP,⁷ de sorte qu'à l'instar de la procédure civile, le statut procédural du client de l'avocat ne change rien à l'interdiction de séquestrer des documents couverts par le secret professionnel.

II. Les quelques incohérences des codes de procédure

En conclusion de ce qui précède, il semble à première vue que la volonté du législateur⁸ ait parfaitement été exprimée dans les codes actuellement en vigueur et que, par tant, le secret de l'avocat jouit d'une harmonie procédurale, au bénéfice de règles unifiées. Une analyse littérale des mots choisis par le législateur mène pourtant à une conclusion inverse.

1. En lien avec le séquestre pénal

A) Problématique

Sur le principe, le CPP interdit le séquestre de la correspondance entre le prévenu et un avocat. Une telle protection peut se fonder soit sur la let. a, soit sur la let. c de l'art. 264 al. 1 CPP. En vertu de la let. a, ce sont «les documents concernant des contacts entre le prévenu et son défenseur» qui ne peuvent faire l'objet d'un séquestre. Quant à la let. c, la même règle s'applique pour des objets et des documents «concernant des contacts entre le prévenu et une personne qui a le droit de refuser de témoigner», sauf si cette personne a le statut de prévenu dans la même affaire. Cette dernière disposition renvoie aux art. 170 à 173 CPP (dispense de témoignage), de sorte qu'elle protège la correspondance entre le prévenu et toute personne ayant le droit de refuser de témoigner en vertu de ces derniers articles. Tel est le cas des fonctionnaires (art. 170 CPP), des médias lorsqu'il s'agit de protéger leurs sources (art. 172 CPP), de certaines personnes soumises à un éventuel devoir de discrétion (art. 173 CPP) et, objet de la présente analyse, des personnes astreintes au secret professionnel (art. 171 CPP). Parmi cette dernière catégorie, dont le lien avec l'art. 321 CP ressort implicitement⁹ du texte légal, on retrouve notamment les ecclésiastiques, les médecins, les avocats et les «défenseurs».

Il faut mentionner ici que l'art. 264 al. 1 let. a CPP peut sembler superflu, dans la mesure où la correspondance d'un prévenu avec son défenseur peut déjà être protégée sur la seule base de la let. c, par renvoi à l'article 171 CPP. Seule la réserve prévue expressément à la let. c – au contraire de la let. a – selon laquelle la personne se prévalant du secret professionnel n'est pas protégée si elle est elle-même prévenue permettrait d'en comprendre la nuance. Il n'en est toutefois rien. L'art. 264 al. 1 let. a ne consacre aucune protection absolue du défenseur lorsque

³ Ainsi la PA, la LTFB, la Lcart, la PCD, le DPA et la PPM.

⁴ FF 2011 7511.

⁵ FF 2011 7509.

⁶ CHAPPUIS, Le secret de l'avocat – Quelques questions actuelles, *Revue de l'avocat* 2/2016 p. 55-56.

⁷ FF 2011 7515.

⁸ Cf. Motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 24.04.2009, Curia Vista, 09.3362.

⁹ L'art. 171 al. 1 CPP ne cite pas l'art. 321 CP, mais reprend la liste des professions qui y sont énumérées, à l'exception toutefois des «contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations».

ce dernier est lui-même prévenu.¹⁰ La relation entre les let. a et c a soulevé quelques problèmes d'interprétation, sur lesquels nous ne reviendrons pas ici.¹¹ Quoiqu'il en soit, la correspondance entre un prévenu et un avocat ne peut être séquestrée, à moins que ce dernier soit lui-même prévenu.

Il convient maintenant de préciser ce que le législateur entend par les termes qu'il utilise pour désigner la personne soumise au secret. En vertu de l'art. 264 al. 1 let. a CPP, c'est la correspondance entre le prévenu et «son» défenseur qui ne peut être séquestrée. À cet égard, on doit garder à l'esprit que l'art. 127 al. 5 CPP réserve la défense des prévenus aux seuls avocats autorisés à représenter les parties devant les tribunaux en vertu de la LLCA. Ainsi, dans les faits, l'avocat visé à l'art. 264 al. 1 let. a CPP sera un avocat soumis à la LLCA.

L'art. 264 al. 1 let. c est plus large. La correspondance protégée est celle entre le prévenu et «une personne» bénéficiant de la dispense de témoigner. Ainsi, par référence à l'art. 171 CPP, la correspondance entre le prévenu et un avocat – lequel n'agit pas en qualité de défenseur au sens de l'art. 127 al. 5 CPP – est protégée en vertu de l'art. 264 al. 1 let. c CPP. Dans la mesure où l'art. 171 CPP renvoie à l'art. 321 CP (cf. supra n. 9), c'est en vertu des principes ressortant de cette dernière disposition qu'il y a lieu de procéder à l'analyse.¹² Il est communément admis que la notion d'avocat selon l'article 321 CP vise une personne physique ayant des connaissances juridiques et l'autorisation requise pour exercer professionnellement et de manière indépendante l'activité consistant à donner des conseils, défendre les intérêts d'autrui et intervenir devant tous les tribunaux d'un ressort pour assister ou représenter son client.¹³

Selon la conception généralement admise de l'art. 321 CP, la provenance de l'avocat concerné n'importe guère, de sorte que les avocats étrangers, même ressortissant de pays hors UE/AELE, sont concernés par l'art. 321 CP et, par conséquent, par les art. 171 et 264 al. 1 let. c CPP.¹⁴

En d'autres termes, par le renvoi aux art. 171 CPP et 321 CP de l'art. 264 al. 1 lit. c CPP, la correspondance entre le prévenu et un avocat ne peut être séquestrée, même si ce dernier est titulaire d'un brevet étranger, européen ou non.

Il en va différemment de la protection de la correspondance entretenue entre une personne qui n'a pas le statut de prévenu, tels une partie plaignante ou un témoin, et leurs avocats respectifs. Cette protection est instaurée par l'art. 264 al. 1 let. d CPP selon lequel: «Quels que soient l'endroit où ils se trouvent et le moment où ils ont été conçus, ne peuvent être séquestrés [...] les objets et les documents concernant des contacts entre une autre personne et son avocat, si celui-ci est autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la loi du 23.6.2000 sur les avocats et n'a pas le statut de prévenu dans la même affaire». Selon le texte clair de cette disposition, seuls les avocats autorisés à pratiquer la représentation en justice en vertu de la LLCA bénéficient de la protection de la let. d.

Un premier constat s'impose. À l'inverse des let. a et c, le législateur prend ici la peine d'ajouter une qualification particulière aux avocats couverts par cette norme, à savoir que ceux-ci doivent être autorisés à pratiquer la représentation en justice en vertu de la LLCA. On entend par-là les avocats titulaires d'un brevet et inscrits au registre (art. 6 al. 1 LLCA), ainsi que les avocats ressortissants des États membres de l'UE ou de l'AELE habilités à exercer dans leur État de provenance conformément à l'annexe à la LLCA et qui pratiquent la représentation en justice en Suisse, que ce soit sous la forme de prestation de service ou à titre permanent (art. 21 et 27 LLCA).¹⁵ Or, à la différence des avocats suisses et des avocats ressortissants de pays membres de l'AELE, les avocats hors de ces régions ne sont pas soumis à la LLCA. Dès lors, cette loi ne s'applique pas à leur situation.¹⁶

Il s'ensuit qu'en vertu d'une interprétation purement littérale de l'art. 264 al. 1 let. d CPP, les avocats extracommunautaires ne peuvent pas invoquer la protection offerte par le CPP contre le séquestre de la correspondance qu'ils ont eue avec leurs clients, si ces derniers sont des tiers à la procédure pénale.¹⁷ Or, comme nous venons de le voir, cette limitation géographique n'a pas de portée si le client de l'avocat a le statut de prévenu à la procédure pénale (art. 264 al. 1 let. c CPP).

10 JULEN BERTHOD/MEGEVAND, La procédure de mise sous scellés, RPS 134/2016 p. 218 ss, n. 45: «La lettre de l'art. 264 al. 1 let. a CPP pourrait donner à penser qu'il consacre une protection absolue, même dans les cas où le défenseur est lui-même prévenu. Il n'en est toutefois rien, ce que la doctrine et la jurisprudence ont confirmé».

11 BSK StPO-BOMMER/GOLDSCHMID, 264 N 21-22.

12 BURCKHARDT/RYSER, Die erweiterten Beschlagnahmeverbote zum Schutz des Anwaltsgeheimnisses insbesondere im neuen Strafverfahren, PJA 2013 p. 159 ss (cité «Schutz des Anwaltsgeheimnisses»), p. 163; BSK StPO-BOMMER/GOLDSCHMID, art. 264 N 11-12.

13 ATF 135 III 410, consid. 3.3; ATF 124 III 363, consid. II/2b = JdT 1999 I 402 = SJ 1999 I 38; CR CPP-WERLY, art. 171 N 12; CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, Berne 2010, art. 321 CP N 10 (cité «Infractions»); CORBOZ, Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP, SJ 1993 p. 77 ss (cité «Secret professionnel»), p. 82, se référant à BRUNNER, Die Anwaltsgemeinschaft, thèse, Fribourg 1977, p. 6.

14 CORBOZ (Infractions, cité n. 13), art. 321 CP N 10; JULEN BERTHOD/MEGEVAND (cité n. 10) p. 218 ss, n. 47; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Code de procédure pénale, 2^e édition, Bâle 2016 (cité «Code de procédure»), art. 171 N 5 les réf. citées; BURCKHARDT/RYSER (cité n. 12), p. 163; BURCKHARDT/RYSER, Lacunes dans la protection du secret professionnel de l'avocat révélées par un arrêt du Tribunal fédéral, Schellenberg Wittmer Newsletter juin 2014 (cité «Lacunes»); MICHEL, Le secret professionnel de l'avocat et ses limites (1^{re} partie), Revue de l'avocat 2009 p. 498 ss, p. 499. Cela semblait déjà le cas sous les anciens codes de procédure cantonaux (cf. PIQUEREZ, Procédure pénale suisse, Zurich 2000, N 2559).

15 JULEN BERTHOD/MEGEVAND (cité n. 10), p. 227; CHAPPUIS, La Profession d'avocat, Tome I, Le cadre légal et les principes essentiels, 2^e édition, Genève, Zurich, Bâle 2016 (cité «Profession d'avocat»), p. 177.

16 CHAPPUIS (Profession d'avocat, cité n. 15), p. 160 et 177; BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, p. 1346.

17 BURCKHARDT/RYSER (Schutz des Anwaltsgeheimnisses, cité n. 12), p. 163.

En d'autres termes, la correspondance entretenue avec le prévenu ne peut être séquestrée, quelle que soit la nationalité de son avocat (sous réserve du fait que l'avocat ne soit pas lui-même prévenu dans la même affaire). En revanche, lorsqu'il s'agit d'une personne qui n'a pas le statut de prévenu à la procédure pénale, il n'est possible de s'opposer au séquestre de la correspondance que celle-ci a entretenue avec son avocat qu'à la condition que ce dernier soit soumis à la LLCA,¹⁸ c'est-à-dire au bénéfice d'un brevet européen ou d'un pays membre de l'AELE. Les avocats extracommunautaires – même s'ils sont autorisés à pratiquer dans un État de l'UE ou AELE – ne disposent pas de cette prérogative.¹⁹ Il en résulte ainsi une différence de traitement nette entre un tel avocat et un avocat suisse ou européen.

Bien que cette problématique existe depuis l'entrée en vigueur de l'art. 264 al. 1 let. d CPP (1.5.2013), elle n'a pas encore fait l'objet de jurisprudence. Les conséquences pratiques pouvant en être importantes, il est intéressant d'examiner les raisons qui pourraient fonder une telle différence de traitement. Dans un premier temps, il faut relever que cette différence ne semble pas émaner de la volonté du législateur. Rien n'indique en effet dans les travaux préparatoires ou parlementaires qu'il ait voulu considérer le secret de l'avocat ressortissant d'un pays membre de l'UE/AELE comme plus digne de protection que celui dont bénéficie l'avocat extracommunautaire. En outre, elle ne paraît reposer sur aucune justification objective.²⁰

De plus, la référence à la LLCA à la seule let. d de l'art. 264 al. 1 CPP contredit deux idées cardinales du législateur. Cela entre tout d'abord en contradiction avec l'idée selon laquelle la protection du secret dans le CPP doit être identique à celle instaurée par le CPC. En effet, il est clairement apparu que la volonté des organes législatifs était que la protection de la correspondance des avocats dans le cadre d'une représentation en justice dans une procédure devait être réglée de manière identique dans toutes les procédures fédérales. Ainsi, toutes les dispositions légales en matière de procédure devaient protéger le secret de l'avocat de manière homogène.²¹ Le législateur a clairement énoncé vouloir faire converger la terminologie de l'art. 160 al. 1 let. b CPC avec celle de l'art. 264 al. 1 CPP, car une terminologie différente s'opposait à une interprétation uniforme.²² Pourtant, comme nous venons de le voir, la correspondance entre un tiers à la procédure et un avocat extracommunautaire n'est pas protégée de manière identique en procédure pénale et en procédure civile.

La seconde volonté législative contredite par cette mention de la LLCA dans l'art. 264 al. 1 let. d CPP est celle selon laquelle la protection du secret entre tiers et prévenu doit être la même. En effet, lorsque le législateur a ajouté la let. d à l'art. 264 al. 1 CPP, l'idée était d'uniformiser la protection du secret professionnel entre le CPC et le CPP. Dans la mesure où seul le CPC mettait sur un pied d'égalité la correspondance d'un avocat avec une partie et celle avec un tiers à la procédure, le législateur a voulu appliquer la même règle au CPP. Il jugeait en effet cette diffé-

rence de traitement entre CPC et CPP comme une «incongruence», qui n'était «pas liée à des motivations de fond».²³ Le but poursuivi était ainsi de traiter les tiers à la procédure – qu'elle soit civile ou pénale – de la même manière que les parties. Le prévenu, la partie plaignante et les témoins devraient ainsi être sur un pied d'égalité, lorsqu'il s'agit du secret de leur conseil: «On voit mal pourquoi la correspondance avec leur avocat de tiers non suspects, mais qui pourraient devenir des prévenus, mériterait une moins grande protection que les documents concernant des contacts entre le prévenu et son défenseur».²⁴ Or, en vertu de ce qui précède, la volonté pourtant claire du législateur n'est pas réalisée lorsqu'il s'agit d'un séquestre portant sur des contacts entre une personne qui n'a pas le statut de prévenu et un avocat titulaire d'un brevet hors UE/AELE.

Plus encore, la protection du secret de l'avocat devient paradoxale lorsque ce dernier est titulaire d'un brevet extracommunautaire. En effet, comme nous l'avons vu, la correspondance qu'un tel avocat entretient avec son client n'est pas protégée par l'art. 264 al. 1 let. d CPP, de sorte qu'il ne lui sera pas possible de s'opposer à un éventuel séquestre pénal. En revanche, en vertu du renvoi de l'art. 171 al. 1 CPP à l'art. 321 CP, ce même avocat pourrait refuser de témoigner s'il devait être entendu par les autorités pénales.²⁵ Il s'ensuit donc que l'avocat extracommunautaire amené à témoigner au pénal pourrait valablement refuser de déposer oralement sur tout propos couvert par le secret professionnel. En revanche, si le contenu de tels propos devait trouver une trace écrite, un séquestre pourrait être ordonné par l'autorité de poursuite, sans que ni l'avocat ni le destinataire de ses courriers ne puissent valablement s'y opposer. Ici aussi, ce résultat, fruit d'une interprétation littérale des dispositions du CPP, n'est aucunement justifié par des raisons objectives.

¹⁸ BURCKHARDT/RYSER (Lacunes, cité n. 14); BURCKHARDT/RYSER (Schutz des Anwaltsgeheimnisses, cité n. 12), p. 162-163.

¹⁹ Cf art. 2 LLCA; JULEN BERTHOD/MEGEVAND, (cité n. 10), p. 227; CHAPPUIS (Profession d'avocat, cité n. 15), p. 177 ss; BURCKHARDT/RYSER (Schutz des Anwaltsgeheimnisses, cité n. 12), p. 163; CR LLCA-MAURER/GROSS, art. 13 N 13 et 85.

²⁰ BURCKHARDT/RYSER (Lacunes, cité n. 14); BURCKHARDT/RYSER (Schutz des Anwaltsgeheimnisses, cité n. 12), p. 162-163.

²¹ Motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 24. 04. 2009, Curia Vista, 09.3362.

²² FF 2011 7511.

²³ FF 2011 7516; REISER, «Point de presse» sur le secret de l'avocat, Revue de l'avocat 2012 p. 495 ss, p. 495.

²⁴ FF 2011 7516.

²⁵ FF 2005 1181 ss; HIRSIG-VOUILLOZ, Intimidation des témoins et mesures de protection en procédure pénale Suisse, PJA 2011 p. 1626; CR CPP-WERLY, art. 171 N 12; le commentaire bâlois se montre soit imprécis, soit contradictoire: «Rechtsanwälte sind nach Art. 7 f., 20 ff. BGFA zur Ausübung der anwaltlichen Tätigkeit berechnete Personen mit schweizerischem oder ausländischem Anwaltspatent» (BSK StPO-VEST/HORBER, art. 171 N 8a). Il en va de même de DONATSCH (DONATSCH, in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zurich, Genève, Bâle 2014, 2^e édition, art. 171 N 8) et de MOREILLON/PAREIN-REYMOND (Code de procédure, cité n. 14), 171 N 5.

B) Analyse

Les différences de traitement entre l'avocat UE/AELE et l'avocat extracommunautaire concernant la portée de leur secret professionnel ne paraissent pas avoir été voulues par le législateur. Elles découlent bien plutôt d'une malencontreuse référence à la LLCA au seul art. 264 al. 1 let. d CPP.

Or, on comprend que la raison pour laquelle il a été fait mention de la LLCA à l'art. 264 al. 1 let. d CPP n'est pas celle consistant à réduire le cercle des personnes concernées aux seuls avocats titulaires de brevets provenant de pays mentionnés dans la LLCA, mais bien de circonscrire la protection du secret aux seuls juristes exerçant l'activité typique d'avocat, à savoir essentiellement celle de représenter une partie en justice.

En effet, bien que le message ne soit pas limpide sur ce sujet, il est apparu aux cours de travaux parlementaires que le Conseil fédéral voulait que toute modification de la protection du secret de l'avocat soit soumise à trois conditions.²⁶ La première était que la protection contre le séquestre s'étende uniquement aux objets et documents concernant une personne et un avocat au sens de la «loi sur les avocats». La seconde était que seuls doivent être protégés les objets et les documents établis par l'avocat lui-même, son client ou un tiers dans le cadre d'un mandat professionnel de représentation. Enfin, le secret devait être protégé uniquement pour l'activité spécifique à la profession d'avocat, laquelle englobe essentiellement la représentation en justice et le conseil juridique, mais non les activités étrangères à la profession d'avocat, par exemple la participation à un conseil d'administration ou à un secrétariat d'une association.²⁷

Dès lors, la volonté du législateur était que seule l'activité typique de l'avocat soit protégée par le secret, à l'exclusion de toute activité étrangère à la profession.²⁸ Afin de ne réserver la protection contre le séquestre aux seules personnes pratiquant l'activité typique de représentation en justice, il a certainement été jugé approprié de faire référence à la LLCA qui énonce à l'art. 1 al. 1 qu'elle «s'applique aux titulaires d'un brevet d'avocat qui pratiquent, dans le cadre d'un monopole, la représentation en justice en Suisse». Cette référence est cependant doublement malheureuse. Premièrement, de jurisprudence constante, dès qu'un avocat est inscrit, l'entier de ses activités professionnelles ayant un lien direct avec sa profession d'avocat entre dans la surveillance de l'autorité, à l'exclusion des activités privées et des activités professionnelles qui ne sont pas liées à son métier d'avocat.²⁹ La mention de la LLCA ne suffit donc en réalité pas à circonscrire les activités de l'avocat à celles qui sont typiques, concept qui a été élaboré par la jurisprudence, mais qui n'est pas repris expressément dans la loi. Deuxièmement, le législateur n'a pas prévu que, ce faisant, il pouvait en résulter une différence de traitement de cet ordre. Il semble avoir oublié que la LLCA n'est pas à proprement parler une loi sur les avocats donnant une définition claire et uniforme de ce terme. Il s'agit, comme son nom l'indique par ailleurs, d'une loi sur la libre circulation des avocats,³⁰ laquelle

énonce – entre autres – les conditions auxquelles les avocats étrangers peuvent pratiquer la représentation en justice en Suisse.

Dans la mesure où la première disposition à se référer au secret professionnel de l'avocat fut l'art. 321 CP, elle a joué le rôle de référence sur le secret de l'avocat avant l'entrée en vigueur de la LLCA.³¹ C'est pourquoi les premières dispositions procédurales font référence à cet article, lorsqu'il s'agit de protéger le secret professionnel. C'est ainsi le cas, par exemple, des art. 163 al. 1 let. b CPC et 166 al. 1 lit b CPC.

De plus, les buts de l'art. 321 CP et de la LLCA – notamment son art. 13 – sont différents. Le premier est une norme pénale, jouant un rôle considérable quant à la conception même du secret professionnel de l'avocat,³² tandis que le second est conçu comme une règle professionnelle s'imposant comme un devoir aux avocats souhaitant pratiquer la représentation en justice en Suisse.³³

Dès lors, le champ d'application de la LLCA et de l'art. 321 CP ne convergent pas. La première loi vise les avocats pratiquant la représentation en justice en Suisse au bénéfice d'un brevet suisse ou européen, et la seconde vise tous les avocats, sans égard à leur provenance.³⁴ Pourtant, le législateur semble avoir ignoré ce qui précède, au moment de la rédaction du CPC et du CPP, en se contentant d'une référence à l'une ou l'autre de ces lois pour circonscrire la protection du secret professionnel aux seules activités typiques de l'avocat, sans envisager les conséquences précitées pour les avocats extracommunautaires.³⁵

Notons que la jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas de grande utilité lorsqu'il s'agit de déterminer le sort du secret professionnel d'un avocat hors UE/AELE. Dans une affaire jugée avant l'entrée en vigueur de la let. d de l'art. 264 al. 1 CPP, un tiers à la procédure pénale avait soulevé le grief de la protection du secret professionnel de l'avocat afin d'empêcher le séquestre de documents «destinés à ses avocats américains». À juste titre, le Tribunal fédéral a rejeté cet argument, au motif que le recourant

²⁶ FF 2011 7511 et 7512.

²⁷ ATF 114 III 105, consid. 3 = JdT 1990 II 98; ATF 112 Ib 606, consid. 2c = JdT 1987 IV 150 = SJ 1987 539.

²⁸ FF 2011 7512.

²⁹ TF, 2C_889/2008, consid. 2.1.

³⁰ ATF 130 II 270, consid. 4, résumé in RDAF 2005 I 526. Cf. CHAPPUIS (Profession d'avocat, cité n. 15) p. 7 et 50.

³¹ CR LLCA-MAURER/GROSS, art. 13 N 28.

³² CORBOZ (Secret professionnel, cité n.13), p. 77-78.

³³ CHAPPUIS (Profession d'avocat, cité n. 15), p. 160; Cf. REYMOND, Le secret professionnel de l'avocat dans les projets de Code de procédure pénale et civile suisses: un droit fondamental du justiciable en péril, *Revue de l'avocat* 2007 p. 63 ss, p. 63.

³⁴ CHAPPUIS (Profession d'avocat, cité n. 15), p. 159 et 175 ss; CR LLCA-MAURER/GROSS, art. 13 N 33; BSK BGFA-PFEIFFER, art. 13 N 14.

³⁵ À titre d'exemple, le Conseil fédéral, après avoir brièvement rappelé ce qu'englobe l'activité spécifique à la profession d'avocat, écrit: «Cette définition correspond à la protection offerte par le droit pénal et les dispositions sur la profession d'avocat (art. 321, ch. 1, CP et art. 13 LLCA)» (FF 2011 7512).

n'avait pas la qualité de partie à la procédure et que la version de l'art. 264 al. 1 CPP applicable au moment du jugement ne protégeait pas la correspondance entre un avocat et un tiers. Il est toutefois intéressant de noter que notre Haute cour n'a pas mentionné la problématique de la provenance des avocats concernés.³⁶ À la lecture de l'arrêt, on ne peut pas déterminer si cette absence résulte du fait que le recours était de toute manière non fondé pour le motif qui vient d'être énoncé – de sorte que le Tribunal fédéral a renoncé à analyser la question – ou si c'est en raison du fait que la provenance géographique de l'avocat ne jouait pas de rôle dans la solution du cas, aux yeux des juges fédéraux.

Dans ces circonstances, la référence à la LLCA plutôt qu'à l'art. 321 CP peut emporter les conséquences que nous venons de décrire. Pourtant, il aurait suffi de faire référence à la même source légale pour s'assurer d'une harmonie procédurale. Partant, il nous semble que la référence à la LLCA à l'art. 264 al. 1 let. d CPP est superflue, d'autant plus qu'il est admis que l'art. 321 CP limite également le cercle des activités couvertes par le secret aux activités typiques de l'avocat.³⁷

Il sied également de préciser que le séquestre de la correspondance entre une personne et un avocat n'est possible que si celle-ci est pertinente pour la procédure pénale (art. 263 al. 1 let. a CPP). Dès lors, on peut penser, *a priori*, que les cas dans lesquels un échange parfaitement étranger à la procédure pénale entre un tiers non-suspect et son avocat servira de moyen de preuve se font rares en pratique. Une telle conclusion serait toutefois hâtive: il n'est pas rare qu'une procédure pénale instruite en Suisse ait des liens extracommunautaires. Il peut en résulter qu'une personne qui n'a pas la qualité de prévenu entretienne des contacts avec des avocats non soumis à la LLCA pour des faits qui font l'objet de la poursuite pénale. Dans cette hypothèse, la protection contre le séquestre ne couvrirait pas le contenu de tels contacts, ce qui n'est pas justifié.

Mentionnons encore qu'il pourrait être argumenté que l'art. 264 al. 1 let. d CPP ne vise que la correspondance entre une personne qui n'est pas prévenue et l'avocat qui la défend dans le cadre de la procédure pénale ayant amené au séquestre (le pronom possessif «son» présent à l'art. 264 al. 1 let. d permettant de soutenir cette position). Dans ce dernier cas, la situation se rapprocherait de l'art. 264 al. 1 let. a CPP, dans la mesure où seul l'avocat mandaté à la défense de son client dans le cadre de la procédure pénale serait visé par l'interdiction de séquestre, à l'exclusion de tout avocat étranger à cette procédure.³⁸ Une telle interprétation se heurte toutefois à trois incongruences: premièrement, à part peut-être la partie plaignante, un tiers non suspect (témoin, lésé, tiers touché par des actes de procédure, etc.) ne mandate que rarement un avocat pour sa défense dans la procédure pénale, de sorte qu'on ne voit pas pourquoi le législateur aurait souhaité viser expressément cette situation. Deuxièmement, une telle interprétation laisse entendre qu'à l'exception de l'avocat mandaté dans la cadre de la procédure pénale,

tout contact entre un tiers et son avocat pourrait être séquestré, ce qui n'est évidemment pas envisageable. Enfin, cette interprétation serait contraire à la logique, dans la mesure où un tiers non prévenu ne se verrait pas protégé pour la correspondance qu'il entretient avec un avocat totalement étranger à la procédure, à l'inverse du prévenu (art. 264 al. 1 let. c CPP).

En vertu de ce qui précède, la référence à la LLCA de l'art. 264 al. 1 let. d CPP ne paraît pas opportune. En toutes hypothèses, elle est source de possibles différences de traitement non justifiées, en fonction de l'origine de l'avocat dont il s'agit de protéger le secret.

2. En lien avec le refus de témoigner, au pénal et au civil

L'avocat ne peut être contraint à livrer son témoignage, que ce soit par un juge civil en vertu de l'art. 166 al. 1 let. b CPC ou par un juge pénal en vertu de l'art. 171 al. 1 CPP. Dans ce cadre, il y a lieu de regarder plus en détail le cercle des professionnels bénéficiant d'une telle prérogative.

En matière civile, il est admis que, d'une manière générale, le secret professionnel des avocats ne couvre que leur activité professionnelle spécifique et ne s'étend pas à une activité commerciale sortant de ce cadre.³⁹ Il en va de même en procédure pénale, le parlement ayant par exemple refusé d'élargir le cercle des bénéficiaires de cette prérogative aux juristes d'entreprise.⁴⁰

Que ce soit au civil ou au pénal, la définition que donnent doctrine et jurisprudence au terme «avocat» est la même, tant l'art. 171 al. 1 CPP que l'art. 166 al. 1 let. b CPC faisant référence à l'avocat tel qu'il a été défini dans le contexte de l'art. 321 CP.⁴¹ Dans la mesure où, comme nous l'avons vu, l'article 321 CP couvre tout type d'avocats, même extracommunautaires, il ne semble a priori pas que les codes de procédure civile et pénale traitent différemment le droit de refuser de témoigner de l'avocat en fonction de sa provenance.

Une subtilité mérite cependant d'être mentionnée lorsque l'avocat invité à témoigner est délié de son secret. En effet, la protection du secret professionnel de l'avocat est réputée absolue, dans la mesure où, même délié de son secret par son client ou l'autorité compétente, l'avocat peut encore refuser de témoigner,⁴² à l'inverse des autres professions mentionnées à l'art. 321 CP. Cette protection

³⁶ TF, 1B_103/2012, consid. 3.

³⁷ ATF 135 III 414, consid. 3.3; CORBOZ (Infractions, cité n.13), art. 321 CP N 10.

³⁸ Notons qu'à Genève par exemple, l'art. 18 LaCP en lien avec l'art. 127 al. 4 CPP réserve la défense des tiers à la procédure aux seuls avocats soumis à la LLCA.

³⁹ ATF 132 II 103, consid. 2.1; ATF 120 Ib 112, consid. 4 = JdT 1996 IV 92; ATF 117 Ia 341, consid. 6a/cc; ATF 115 Ia 197, consid. 3d/aa = JdT 1991 IV 142; ATF 114 III 105, consid. 3a = JdT 1990 II 98; ATF 112 Ib 606 = JdT 1987 IV 150.

⁴⁰ Curia Vista, 05.092.

⁴¹ Ce qui semble du reste parfaitement logique, étant donné la référence expresse de l'article 321 CP aux articles 171 al. 2 let. b CPP et 166 al. 1 let. b CPC.

⁴² BOHNET/MARTENET (cité n. 16), p. 767.

absolue découle de l'art. 13 al. 1 dernière phrase LLCA, en vertu duquel «le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés».

En matière pénale, cette prérogative est instituée par l'art. 171 al. 4 CPP, selon lequel la LLCA est réservée, ce par quoi il faut comprendre en particulier l'art. 13 al. 1 deuxième phrase LLCA.⁴³

Or, comme nous l'avons vu, les définitions données à la notion d'avocat aux art. 13 LLCA et 321 CP ne sont pas les mêmes. Dès lors, des problématiques similaires à celles mentionnées pour l'art. 264 CPP peuvent apparaître. En effet, à teneur de texte légal, il semblerait que l'avocat au sens de l'article 321 CP soit obligé de témoigner, même délié de son secret (art. 171 al. 2 let. b CPP), mais l'avocat soumis à la LLCA dispose de la prérogative du droit absolu à refuser de témoigner (art. 171 al. 4 CPP en lien avec l'art. 13 al. 1 LLCA). Il en résulte ainsi une nouvelle incongruence, dans la mesure où seul l'avocat suisse ou UE/AELE bénéficie d'un droit de refus, à l'inverse de son confrère titulaire d'un brevet extracommunautaire. D'ailleurs, lorsqu'on sait que le cercle des «avocats» n'est pas le même selon qu'il est fait référence à la LLCA ou à l'art. 321 CP, l'incohérence entre l'al. 2 let. b et l'al. 4 de l'art. 171 CPP paraît évidente.

Cette différence de traitement n'est pas aussi tranchée en matière civile. La protection absolue de l'avocat est énoncée par l'art. 166 al. 1 let. b CPC, troisième phrase, lequel prévoit que l'avocat (tout comme l'ecclésiastique) ne peut être contraint à témoigner, même s'il est soumis à une obligation de dénoncer ou délié de son secret. Une interprétation purement littérale de l'art. 166 al. 1 let. b conduirait à inclure les avocats extracommunautaires dans le cercle des bénéficiaires de cette prérogative, dans la mesure où il est fait référence à l'art. 321 CP dans la première phrase de cette disposition. En revanche, selon le message, l'art. 166 al. 1 lit. b troisième phrase reprend l'art. 13 al. 1 deuxième phrase LLCA⁴⁴, de sorte qu'il pourrait être argumenté que seuls les avocats LLCA sont visés par cette prérogative.

Dès lors, si l'interprétation littérale du CPC devait trouver à s'appliquer – ce que nous soutenons –, une nouvelle différence en résulterait pour l'avocat d'un pays hors Europe entre la procédure pénale et la procédure civile, dans la mesure où un tel avocat délié de son secret serait dispensé de l'obligation de témoigner en procédure civile uniquement. Cette différence serait toutefois plus facilement compréhensible dans la mesure où elle était originellement prévue. En effet, dans le cadre du projet du CPP, la protection absolue du secret de l'avocat ne devait pas exister en procédure pénale, et deuxième phrase de l'art. 13 al. 1 CPP devait être abrogée.⁴⁵ Le législateur avait toutefois prévu de garder cette prérogative en procédure civile, la nature différente du procès pénal et du procès civil justifiant, selon lui, cette différenciation.⁴⁶

Inversement, s'il devait être retenu qu'en procédure civile, seul l'avocat soumis à la LLCA bénéficie de cette prérogative, l'avocat UE/AELE serait une fois de plus avan-

tagé par rapport à ses confrères d'autres pays, dans la mesure où seuls ces derniers seraient contraints de témoigner, lorsqu'ils ont été déliés de leur secret.

Les raisons de cette incohérence semblent être les mêmes que celles citées pour le séquestre pénal et, en toute hypothèse, cette incongruence ne semble pas avoir été anticipée par le législateur.

III. Conclusion

Les divergences mentionnées dans la présente contribution mériteraient d'être éliminées, que ce soit par voie législative ou jurisprudentielle. En vertu du fait que les différences de traitement – que ce soit entre un avocat communautaire et un avocat extracommunautaire, entre un client partie à la procédure pénale ou un tiers, ou encore entre la procédure civile et la procédure pénale – ne semblent en rien justifiées, un juge amené à trancher un tel litige ne devrait pas s'en tenir à une simple interprétation littérale de la loi.

À plus forte raison, les différences de traitement entre les avocats UE/AELE et les avocats extracommunautaires n'ont pas lieu d'être, dans la mesure où une partie de la doctrine soutient que ces derniers devraient aussi être soumis au secret professionnel de la LLCA. En effet, «s'il peut être admissible de limiter la pratique de la représentation en justice à certains avocats en fonction de leur barreau d'origine, il ne semble pas possible de réserver à d'autres avocats un traitement différent de celui qui est réservé aux avocats d'États membres de l'EEE dans les autres activités relevant de l'exercice de la profession, en particulier en ce qui concerne le secret professionnel».⁴⁷

Rappelons à cet égard que, selon le Tribunal fédéral, le secret professionnel de l'avocat assure l'indépendance de l'avocat face aux tiers et protège l'exercice de la profession, ce qui est dans l'intérêt de l'administration de la justice. Il préserve également les droits du justiciable, qui doit pouvoir compter sur la discrétion de son mandataire, prérogative essentielle à la consécration effective des droits matériels du justiciable.⁴⁸ Plus encore, selon le Conseil fédéral, le besoin de protection du secret de l'avocat est tel que ce dernier serait protégé même s'il n'était pas mentionné dans les codes de procédure, car cela découle du principe du procès équitable et de la bonne foi.⁴⁹ Dès lors, les avocats extracommunautaires devraient être concernés de manière similaire par la protection du secret professionnel que leurs confrères européens.⁵⁰

⁴³ CR CPP-WERLY, 171 N 42.

⁴⁴ FF 2006 6928.

⁴⁵ FF 2006 1183.

⁴⁶ FF 2006 6928.

⁴⁷ CR LLCA MAURER/GROSS, art. 13 N 84.

⁴⁸ TF, 2C_587/2012, consid. 2.5. Voir aussi CORBOZ (Secret professionnel, cité n. 13) p. 77 ss.

⁴⁹ Rapport de la Commission des affaires juridiques du 18. 01. 2010, Curia Vista 09.3362n.

⁵⁰ CR LLCA-MAURER/GROSS, art. 13 N 82-86.

De plus, l'importance pratique peut être grande. Des avocats extracommunautaires sont amenés à se rendre en Suisse pour des raisons diverses, parmi lesquelles le fait qu'un litige international prévoit un for en Suisse, ou en vertu d'accords qui échappent à la Suisse autorisant des avocats étrangers à plaider dans un pays membre de l'UE.⁵¹ Soit la protection du secret professionnel de l'avocat est telle qu'elle mérite que tous les avocats y soient astreints, ce que nous soutenons, soit il faut lier la protection du secret professionnel aux seuls avocats ressortissants de pays dont la Suisse reconnaît leur titre en vertu d'accords internationaux, ce qui est, à ce jour, uniquement le cas avec l'UE. Cette dernière hypothèse devrait dès lors sortir les avocats extracommunautaires du champ d'applications des art. 321 CP et 13 LLCA, pour une pure question de cohérence.

En sus de la problématique de l'origine géographique de l'avocat, celle du lieu effectif où l'activité de ce dernier a pris place mériterait d'être précisée. L'art. 25 LLCA mentionne que l'avocat UE/AELE «prestataire de services» est soumis aux règles professionnelles prévues à l'art. 12, ce par quoi il faut comprendre non seulement les règles de l'art. 12, mais également le secret professionnel de l'art. 13.⁵² Il n'est ainsi pas contestable que le secret professionnel de l'art. 13 LLCA s'impose à l'avocat UE/AELE travaillant en Suisse.⁵³ Or, un avocat UE/AELE peut fournir des prestations tant dans son pays d'origine qu'en Suisse, voire dans un pays tiers. Il semble ressortir de la doctrine qu'il faille comprendre la notion de «prestataire de services» contenue à l'art. 25 LLCA comme se référant à des services fournis en Suisse.⁵⁴ Si cette interprétation est retenue, il faut alors en conclure que la LLCA ne s'applique pas à l'avocat UE/AELE pour l'activité exercée en dehors de Suisse.

Dès lors, le traitement du secret professionnel dans une procédure suisse est incertain, si ce secret trouve son origine dans une activité menée à l'étranger. Ainsi, un avocat allemand ayant conseillé ou représenté un client en Suisse pourrait sans nul doute s'opposer au séquestre de

la correspondance qu'il a entretenue avec ce dernier, en vertu de l'art. 264 al. 1 let. d CPP.⁵⁵ En revanche, on peut s'interroger sur le sort qui serait réservé à la correspondance qu'il a entretenue avec un client allemand, dans une affaire purement germanique. En entretenant une correspondance avec son mandant, l'avocat est certainement soumis aux règles allemandes sur le secret professionnel, mais ne semble pas soumis à la LLCA, selon l'interprétation mentionnée plus haut. Il en résulterait, à rigueur de texte, que la question de l'application de l'art. 264 al. 1 let. d CPP pourrait être niée. Ici aussi, on n'imagine toutefois pas que le législateur ait voulu limiter la protection contre le séquestre de documents couverts par le secret professionnel en fonction de l'origine géographique de ce secret. En conséquence, on doit conclure que la correspondance entretenue par un avocat UE/AELE avec son mandant devrait bénéficier de la protection prévue par l'art. 264 al. 1 lit. d CPP, même si elle n'a pas de lien avec une éventuelle activité de l'avocat en Suisse.

Enfin, on doit garder à l'esprit que la présente contribution se concentre sur les problématiques liées au CPC et au CPP, mais la réflexion vaut pour des dispositions d'autres lois fédérales, par exemple l'art. 46 al. 3 DPA, qui exclurait aussi les avocats extracommunautaires.⁵⁶

⁵¹ CR LLCA MAURER/GROSS, art. 13 N 83.

⁵² Sur les raisons historiques qui ont conduit le législateur à oublier de mentionner l'art. 13 LLCA à l'art. 25 LLCA, Cf. CHAPPUIS (Profession d'avocat, cité n. 15), p 176-177.

⁵³ TF, 2C_247/2010, consid. 7; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Berne 2010, N 539.

⁵⁴ CR LLCA-MAURER/GROSS, art. 13 N 85; FELLMANN (cité n. 53), N 539.

⁵⁵ Étant précisé qu'un tel avocat n'a pas l'obligation de s'inscrire au registre cantonal en vertu de l'article 21 al. 2 LLCA.

⁵⁶ BANGERTER, *Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen in Wettbewerbsrecht unter vergleichender Berücksichtigung der StPO, ZStV* 2014 p. 139 ss, p. 150. Cf. Aussi les articles 41 al. 2 et 50 al. 2 DPA; 42 al. 1 lit. b et 51 PCF, 16 al. 2 et 17 PA.

DER SAV TEILT MIT LA FSA VOUS INFORME

Anwältkongress und Delegiertenversammlung 2017

Der nächste Anwältkongress findet vom *15. bis 17. 6. 2017 in Luzern* statt. Reservieren Sie sich den Termin bereits heute! Der SAV wird seine Mitglieder via Newsletter laufend über den aktuellen Stand der Dinge informieren.

Der Kongress 2017 läuft unter dem Thema *«Schluss der Akteure der Gerichtsbarkeit»*.

Am Donnerstag und Freitag wird im Rahmen der traditionellen Organisations- und Managementthemen das Thema *«Digitalisierung der Rechtsdienstleistung»* im Zentrum stehen. Neu wird am Donnerstag auch eine von der jungen Anwaltschaft als Co-Komitee organisierte Veranstaltung angeboten. Am Freitag finden wie üblich die Fachveranstaltungen in den herkömmlichen Rechtsgebieten statt und nach dem Erfolg seiner Erstdurchführung am letzten Kongress wird der Triathlon über die Rechtsgebiete am Samstagmorgen selbstverständlich beibehalten.

Die Delegiertenversammlung findet im Rahmen des Kongresses am Freitag, 16. 6. 2017, statt.

News «Fachwältin SAV/Fachanwalt SAV»

Spezialisierungskurse Fachanwalt SAV/Fachwältin SAV:

Unsere Spezialisierungskurse richten sich an Anwältinnen und Anwälte, die bereits vor der Weiterbildung über eine *überdurchschnittliche praktische Erfahrung im Spezialgebiet* und bei Kurszulassung/Kursbeginn *mindestens vier Jahre Praxiserfahrung* (bei Vollzeitpensum) verfügen. Bitte beachten Sie dazu auch das Reglement Fachanwalt SAV auf unserer Internetseite (fachanwalt.sav-fsa.ch, unter Reglemente).

Informationen zu den Kursen finden Sie auf unserer Website www.sav.fsa.ch.

Arbeitsrecht (2017/2018)

Durchführung Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich in Zusammenarbeit mit den Universitäten Basel und St. Gallen sowie SAV

- Kurssprache D
- Kursbeginn: Herbst 2017
- Anmeldeschluss: 29. 2. 2017

Das Reglement Fachanwalt SAV, Zulassungsvoraussetzungen, Absenzenregelungen, Kursgebühren sowie notwendige Formulare für die Anmeldung werden auf unserer Website www.sav-fsa.ch (unter der Rubrik/Weiterbildung/Fachanwalt) aufgeschaltet.

News «Mediatorin SAV/Mediator SAV»

Vorankündigung SAV-Zertifizierungskurs Mediator/ Mediatorin SAV 2017

Die nächste Mediationsausbildung gemäss Reglement (1 Tag), wird *2017* durchgeführt. Teilnahmeberechtigt ist, wer eine Mediationsausbildung gemäss Reglement (Basis Reglement Mediator SAV/Mediatorin SAV und Weisungen über die Anerkennung von Mediationsausbildungen) absolviert hat. Weitere Informationen sowie das Formular für die Anmeldung werden zu gegebener Zeit auf unserer Website www.sav.fsa.ch aufgeschaltet. Der Kurs findet gleichzeitig in deutscher und französischer Sprache statt. Weitere Informationen, Durchführungsdaten und -ort sowie das Formular für die Anmeldung werden zu gegebener Zeit auf unserer Website www.sav-fsa.ch aufgeschaltet.

SAV-Weiterbildungen Mediation

Die nächste Weiterbildung mit Dr. Katja Windisch (Anwendungstag Macht/Emotionen/Ambivalenzen) findet statt am *4. 4. 2017*, in Solothurn (Kurssprache D).

Die nächste Weiterbildung mit Ursula Kodjoe, Dipl. Psychologin/Mediatorin, (Kinder in der Mediation) findet statt am *15. 9. 2017*, in Solothurn (Kurssprache D).

Mitteilungen der Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Anwaltsverbandes und des Schweizerischen Notarenverbandes/ Communication de l'Organisme d'autoréglementation de la Fédération Suisse des Avocats et de la Fédération Suisse des Notaires

Ausbildungsdaten 2017 – Dates des formations en 2017

Grundkurs/Formation de base/Formazione di base

- Genève (f) 14. 09. 2017
- Lugano (i) 12. 10. 2017
- Zürich (d) 25. 10. 2017

Weiterbildung/Formation continue/Formazione continua

- Genève (f) 13. 09. 2017
- Lugano (i) 11. 10. 2017
- Zürich (d) 24. 10. 2017

Preise/Prix 2017 (+ 8% MWST/TVA)

- | | |
|----------------------------------|--------------|
| Grundkurs/formation de base | 650.-*/750.- |
| Weiterbildung/formation continue | 450.-*/550.- |
| (*Mitglieder/Membres) | |

Congrès des Avocats et Assemblée des délégués 2017

Le prochain Congrès des Avocats se tiendra du 15 au 17. 6. 2017 à Lucerne. Nous vous invitons à d'ores et déjà réserver les dates de cet événement exceptionnel, entièrement axé sur l'exercice de notre profession. La FSA informera régulièrement ses membres au moyen d'une lettre d'information y consacrée.

Le congrès 2017 est placé sous le thème de la «*Cohésion entre les acteurs de la justice*».

Dans le cadre des traditionnels séminaires sur l'organisation et la gestion des études d'avocats, les journées de jeudi et vendredi seront consacrées au thème central de la *Numérisation des services juridiques*. Comme nouveauté, un séminaire organisé par le co-comité des jeunes avocats sera également proposé jeudi. Quant au vendredi, vous aurez la possibilité d'assister aux séminaires juridiques de votre choix. Enfin, vu le succès qu'il a remporté lors de la dernière édition, nous organiserons bien entendu un nouveau *Triathlon du droit* samedi matin.

Nous informons les délégués que leur assemblée se tiendra elle aussi lors du prochain Congrès des avocats, à savoir le vendredi 16. 6. 2017.

News «Avocat/e spécialiste FSA»

Annonce de cours «Avocate spécialiste FSA/Avocat spécialiste FSA»

Nos cours de spécialisation s'adressent aux membres de la FSA qui bénéficient déjà d'une expérience importante dans l'une des spécialisations proposées par notre Fédération. Pour une activité d'avocat à 100%, cette expérience doit s'étendre sur quatre ans au moins avant l'admission ou le début des cours. Nous vous prions également de prendre note du règlement Avocat/e spécialiste FSA (www.sav-fsa.ch, voir sous Réglementation).

Spécialisation en droit de la responsabilité civile et droit des assurances (prévu en automne 2018)

Spécialisation proposée par la Fédération Suisse des Avocats (FSA), en collaboration avec les Universités de Fribourg et de Lausanne.

– Langue du cours: français

Avocat(e)s spécialistes FSA

La FSA félicite les avocats spécialistes FSA en Suisse romande qui ont suivi le cours de spécialisation, réussi l'examen écrit et été entendus avec succès lors du colloque final

Avocat(e)s spécialistes FSA droit du travail – Correction des noms

– Guggiari Salari Sharon, Lugano
– Savioz Nicole Christine, Lausanne

Nouveautés

«Médiatrice/Médiateur spécialiste FSA»

Annonce: Formation Médiateur/Médiatrice FSA 2017

La prochaine formation de médiation, d'une journée complète et telle qu'elle est définie par le règlement, sera organisée en 2017. Pour être admis, les participants doivent déjà avoir effectué une formation de médiateur conforme aux bases réglementaires (règlement sur les médiateurs FSA et directives sur la reconnaissance des formations de médiation). Le cours sera donné en français et en allemand. Vous trouverez sur www.sav-fsa.ch d'autres informations ainsi que le formulaire à télécharger prochainement.

Stämpfli juristische Lehrbücher SjL

Unentbehrliche Hilfsmittel für Studierende und für
Praktiker in Kanzleien, Gerichten und Unternehmen.

www.staempfliverlag.com/anwaltsrevue

1507-29/17

STREHLGASSE 11

Zu vermieten in Schwyz:
Repräsentative Büroräume in Herrschaftshaus



www.strehlgasse11.ch · Tel. 041 729 41 20

ADVENDIS Artherstrasse 7 · 6300 Zug · www.advendis.ch 

Lucerne University of
Applied Sciences and Arts

HOCHSCHULE LUZERN

Wirtschaft

Institut für Finanzdienstleistungen Zug
IFZ

Diploma/Certificate of Advanced Studies

DAS Compliance Management

Start 18. Lehrgang: 8. September 2017

CAS Tax Compliance Management for Financial Institutions

Info-Veranstaltung: 28. März 2017, 17:15 Uhr, Time Bar/Lounge, Zürich HB

CAS Finanz- und Rechnungswesen für Juristen

Start 13. Lehrgang: 19. Mai 2017

Info-Veranstaltungen:

08. März 2017, 18:15 Uhr, Hochschule Luzern – Wirtschaft

15. März 2017, 18:15 Uhr, Time Bar/Lounge, Zürich HB

www.hslu.ch/ifz-weiterbildung, T +41 41 757 67 67, ifz@hslu.ch

20 Jahre
HOCHSCHULE
LUZERN

FH Zentralschweiz



1507-28/17

Code annoté de droit des migrations:

Volume II Loi sur les étrangers (LEtr)

Minh Son Nguyen, Cesla Amarelle (éditeurs)

Mars 2017, env. CHF 192.–

Pratiques en droit des migrations,
env. 1456 pages, broché, 978-3-7272-8875-3

Stämpfli

Editions



2^e édition
intégralement
revue et
complétée

Procédure administrative

Benoît Bovay

Octobre 2015, CHF 140.–

Précis de droit Stämpfli PdS, 2^e édition,
704 pages, relié, 978-3-7272-2398-3

L'objectif poursuivi par ce précis est de mettre en parallèle la procédure administrative fédérale et celles des cantons romands et Berne, en comparant les dispositions et en mettant en évidence leurs divergences. Facilitant l'accès à la jurisprudence topique et casuistique, cette approche par étapes, de la procédure administrative non contentieuse puis contentieuse en passant par la décision administrative, est destinée aux praticiens, étudiants, administrés et membres de l'administration dans les nombreux domaines de l'activité de celle-ci vu la vaste portée de la procédure administrative.

Stämpfli

Editions

Stämpfli Editions SA

Wölflistrasse 1

Case postale

CH-3001 Berne

Tél. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempfliverlag.com

20%
de rabais

valable jusqu'au
17.03.2017

Précis de droit Stämpfli

Benoît Bovay

Procédure administrative

2^e édition, intégralement revue et complétée

Avec la collaboration d'Aurélien Wieder

 Stämpfli Editions

Commandez en ligne:

www.staempflishop.com/pa



Je commande _____ ex. 978-3-7272-2398-30

Nom, Prénom _____

Entreprise _____

Rue/NPA, Localité _____

Courriel _____

Je m'abonne à la newsletter

Date, Signature _____

Commande avec cette annonce: frais de port offerts.

1502-2/17

