2/2019

QUID?

FRIBOURG LAW REVIEW

ARTICLES

Die Rechtsverhältnisse beim Crowdlending - Eine Analyse des Crowdlending-Angebotes der Luzerner Kantonalbank

Gregor Wey

Le nouvel article 128a CO : un pas en avant, deux en arrière ?

Cindy Lerin

Der Einfluss der Urteile des EuGH auf die schweizerische Rechtsprechung - Eine empirische Analyse der bundesgerichtlichen Praxis

Raphael Dummermuth

L'état de la pratique de reconnaissance d'État par l'Union Européenne

Mickaël Moulin

Die Beschwerde gegen den Konkurseröffnungsentscheid: Kritikpunkte in der Praxis

Salomé Rutishauser

CAREER SPOTLIGHT

Interview mit Hans Wiprächtiger
Ehemaliger Bundesrichter und Rechtsanwalt

Editors
Svenja Kaufmann
Raja-Marie Achermann
Bérénice Billotte
Coralie Dorthe
Marwan Douihou
Simon Mazidi
Louis Muskens
Kim Wegmann

Faculty Advisors
Prof. Samantha Besson
Prof. Thomas Probst

Honorary Members
Prof. Benoît Chappuis
Nadja Al Kanawati, Krisztina Balogh, Hélène Bruderer, Barnabas Denes, Philippe Florinetti, Matthias Lanzoni, Louis Muskens

Sponsors
Fachschaft Jus/AGEF
Fondation pour le droit suisse de la circulation routière
Helmuth M. Merlin Stiftung
Institut pour le droit suisse et international de la construction
Law Faculty of the University of Fribourg
Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung

Contact
Quid? Fribourg Law Review
Case postale 51, Miséricorde,
Avenue de l'Europe 20, 1700 Fribourg
www.unifr.ch/ius/quid
fribourglawreview@unifr.ch

Printing
Europ'imprim Swiss, Bevaix (NE)
ISSN 2297-1106

Layouting
Johann-Jakob Chervet

Proposition de citation pour Quid? Fribourg Law Review : QFLR
Vorgeschlagene Zitierweise für Quid? Fribourg Law Review: QFLR

www.facebook.com/fribourglawreview

@UniFrLawReview

EDITORIAL 4

ARTICLES

Die Rechtsverhältnisse beim Crowdlending - Eine Analyse des Crowdlending-Angebotes der Luzerner Kantonalbank 6
Gregor Wey

Le nouvel article 128a CO : un pas en avant, deux en arrière ? 11
Cindy Lerin

Der Einfluss der Urteile des EuGH auf die schweizerische Rechtsprechung - Eine empirische Analyse der bundesgerichtlichen Praxis 15
Raphael Dummermuth

L'état de la pratique de reconnaissance d'État par l'Union Européenne 23
Mickaël Moulin

Die Beschwerde gegen den Konkurseröffnungsentscheid: Kritikpunkte in der Praxis 28
Salomé Rutishauser

CAREER SPOTLIGHT

Interview mit Hans Wiprächtiger
Ehemaliger Bundesrichter und Rechtsanwalt 32

LEADING CASES 36

Chère lectrice, cher lecteur,

C'est pour nous un immense plaisir que vous teniez la douzième édition de Quid? Fribourg Law Review entre vos mains. Dans les pages suivantes, vous trouverez une fois de plus un mélange coloré de contributions de haute qualité d'étudiantes et d'étudiants de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg. Les autrices et auteurs ont traité d'une grande variété de sujets relevant de différents domaines du droit, pour que chacune et chacun y trouve son bonheur. Dans cette édition, vous aurez également l'opportunité de découvrir nos habituelles rubriques.

L'étude suisse Niederer, Kraft und Frey (NKF) accorde chaque année un prix au meilleur travail rédigé dans le domaine du droit économique à l'Université de Fribourg. Cette année, le « Prix d'Excellence NKF » a été remporté par Gregor Wey. Dans cette édition, il nous présente un extrait de son travail primé, dans lequel il analyse l'offre de Crowdlending de la Banque cantonale de Lucerne. Dans le deuxième article, que nous vous recommandons de lire, Cindy Lerin traite du nouvel article 128a du Code des obligations. Raphael Dummermuth vous donnera ensuite un aperçu de son travail de recherche, dans lequel il analyse empiriquement l'influence des arrêts de la CJUE sur la jurisprudence suisse. Vous trouverez également une contribution de Mickaël Moulin sur la reconnaissance des États par l'Union européenne. Cette édition se terminera par un article de Salome Rutishauser, dans lequel elle évoque la modification du droit de recours de la LP et les problèmes pratiques qui en découlent.

Dans le cadre de notre rubrique *Career Spotlight* , nous avons eu la chance de nous entretenir avec Hans Wiprächtiger, ancien juge fédéral et docteur honoris causa de notre université, au sujet de ses études ainsi que de sa carrière. Nous tenons à lui réitérer nos remerciements pour le temps qu'il a pris afin de répondre à nos questions.

Enfin, vous retrouverez dans cette édition une autre rubrique désormais bien implantée : les *Leading Cases*, qui vous proposent une sélection de quelques cas issus de la jurisprudence récente. Nous remercions ici LawInside, plateforme spécialisée en analyse de jurisprudence de droit suisse lancée par des étudiants de l'Université de Fribourg, pour nous avoir

Liebe Leserin, lieber Leser

Es ist uns eine grosse Freude, dass Sie die zwölfte Ausgabe der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW in den Händen halten. Auf den folgenden Seiten präsentieren wir Ihnen einmal mehr eine bunte Mischung an hochstehenden Beiträgen von Studierenden der Juristischen Fakultät der Universität Fribourg. Die Autorinnen und Autoren haben sich mit verschiedensten Themen aus unterschiedlichen Rechtsgebieten auseinandergesetzt, womit für jeden Geschmack gesorgt ist. Zusätzlich finden Sie in dieser Ausgabe auch unsere bewährten Rubriken.

Die Anwaltskanzlei Niederer Kraft und Frey (NKF) verleiht jedes Jahr einen Preis an die beste im Wirtschaftsrecht verfasste Arbeit an der Universität Fribourg. Den «Prix d'Excellence NKF» erhielt dieses Jahr Gregor Wey. In der vorliegenden Ausgabe präsentiert er uns einen Auszug aus seiner prämierten Arbeit, in der er das Crowdlending-Angebot der Luzerner Kantonalbank analysiert. Im zweiten Artikel, den wir Ihnen zur Lektüre empfehlen, beschäftigt sich Cindy Lerin mit dem neuen Artikel 128a des Obligationenrechts. Anschliessend gewährt Ihnen Raphael Dummermuth Einblicke in seine Forschungsarbeit, in deren Rahmen er den Einfluss der Urteile des EuGH auf die schweizerische Rechtsprechung empirisch analysiert hat. Weiter erwartet Sie ein Beitrag von Mickaël Moulin über die Anerkennung von Staaten durch die Europäische Union. Diese Ausgabe wird abgerundet durch den Artikel von Salomé Rutishauser, in welchem sie auf die Änderung des Beschwerderechts im SchKG und die damit zusammenhängenden Probleme in der Praxis eingeht.

Für das traditionelle Interview in der Rubrik Career Spotlight hatten wir das Vergnügen, uns mit Hans Wiprächtiger, ehemaligem Bundesrichter und Ehrendoktor der Universität Fribourg, über seine Studienzeit und seinen Werdegang nach Abschluss des Studiums zu unterhalten. Wir danken ihm auf diesem Weg noch einmal herzlich für die Zeit, die er sich genommen hat, um unsere Fragen zu beantworten.

Diese zwölfte Ausgabe wird schliesslich durch die Rubrik Leading Cases abgerundet, welche eine Auswahl von Fällen der jüngsten Rechtsprechung vorstellt. Wir danken an dieser Stelle LawInside – einer Plattform, die sich auf die Analyse von schweizerischen Urteilen

préparé cette sélection.

Nous souhaitons également particulièrement remercier nos *Faculty Advisors*, la prof. Samantha Besson et le prof. Thomas Probst, ainsi que nos membres parrains, pour leur soutien renouvelé à Quid? Fribourg Law Review.

Nous adressons ainsi nos remerciements à la Fachschaft de droit et à la Faculté de droit de l'université de Fribourg, la Fondation pour le droit suisse de la construction, la Fondation pour le droit de la circulation routière, la Helmuth M. Merlin Stiftung ainsi qu'à la Fondation Peter Jäggi pour leur précieuse contribution au succès et à la pérennité de Quid? Fribourg Law Review.

Nous vous souhaitons une lecture stimulante et enrichissante et comme toujours, attendons avec impatience vos commentaires constructifs sur cette douzième édition de Quid? Fribourg Law Review.

Le Comité de rédaction

konzentriert und von Studenten der Universität Freiburg ins Leben gerufen wurde – für die Aufbereitung der Fälle.

Wir möchten uns ausserdem bei unseren Faculty Advisors, Prof. Samantha Besson und Prof. Thomas Probst, sowie unseren Ehrenmitgliedern für die unermüdliche Unterstützung der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW bedanken.

Die Publikation unserer Zeitschrift wäre nicht möglich ohne unsere Sponsoren. Unser wärmster Dank geht an die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Fribourg, die Fachschaft Jus, die Stiftung für Schweizerisches Baurecht, die Helmuth M. Merlin Stiftung und die Peter Jäggi Gedächtnisstiftung.

Wir wünschen Ihnen nun eine anregende und bereichernde Lektüre und freuen uns wie immer auf Ihre Rückmeldungen zu dieser zwölften Ausgabe der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Das Redaktionskomitee

Die Rechtsverhältnisse beim Crowdlending - Eine Analyse des Crowdlending-Angebotes der Luzerner Kantonalbank

Gregor Wey (MLaw, Universität Freiburg)

NIEDERER KRAFT FREY

Winning with Niederer Kraft Frey: Prix d'excellence NKF

Niederer Kraft Frey and the Faculty of Law at the University of Fribourg annually award a prize for exceptional master and term theses in the area of national and international business law to a student at the University of Fribourg. The award includes prize money in the amount of CHF 5,000. By honouring outstanding theses in the area of national and international business law with the Prix d'excellence, Niederer Kraft Frey, a preeminent Swiss law firm, aims to contribute to a more active and fruitful exchange between legal theory and practice. Further information about the Prix d'excellence NKF can be found at www.nkf.ch.

L'auteur de cet article s'intéresse à la question du crowdlending et plus précisément au cas de la banque cantonale de Lucerne. Le crowlending est devenu, depuis plusieurs années déjà, un mécanisme fortement utilisé et ce concept revêt d'une importance notable dans le droit privé. À travers son texte, il explique la formation complexe de ce contrat et ses enjeux pour le milieu juridique ainsi que la relation particulière entre investisseurs et initiateurs de crowlending.

Abstract provided by the Editorial Board

Einleitung

Auf der Website der Zeitschrift Bilanz ist in einem Artikel über Crowdlending aus dem Jahre 2016 folgendes zu lesen: „Bank, adieu! Auf Online-Plattformen vergeben private Anleger direkt Kredite".[1] In diesem Artikel streicht das Wirtschaftsmagazin die vielseitigen und attraktiven Möglichkeiten heraus, welche Crowdlending möglichen Investoren bietet. Eine immer grösser werdende Anzahl von Investoren scheint diese Möglichkeiten auch zu nutzen. So erreichte der Schweizer Crowdlending-Markt im Jahr 2017 ein Volumen von 187 Millionen Franken, was einer Verdreifachung der Vorjahreswerte gleichkommt.[2] Nicht nur auf der Seite der Investoren steigt das Interesse am Crowdlending, auch die Zahl der Anbieter vergrössert sich ständig.[3] So wurde in der Schweiz die Geldsuche mittels Crowdlending im Jahre 2017 von insgesamt 14 Plattformen angeboten.[4] Einer dieser Anbieter ist seit 2016 auch Funders, eine von der Luzernischen Kantonalbank betriebene Crowdfunding Plattform. Nachfolgend wird spezifisch auf das Crowdlending-Angebot dieser Plattform eingegangen, wobei sich die Ausführungen auf eine privatrechtliche Perspektive beschränken.

Rechtsverhältnis Initiator/Plattform (Projekt-Vertrag)

1. Vertragsinhalt gemäss Nutzungsbedingungen

Zunächst werden die diversen Pflichten der beiden Parteien aufgrund der Nutzungsbedingungen für Initiatoren[5] dargelegt.

1.1. Pflichten des Initiators

In Punkt 1.2 der Nutzungsbedingungen wird der Initiator dazu verpflichtet, die durch das Crowdlending erhaltenen Beiträge ausschliesslich für berufliche oder gewerbliche Tätigkeiten zu benützen, wodurch insbesondere private Zwecke ausgeschlossen werden. Zudem werden in Punkt 2 der Nutzungsbedingungen weitere Vorgaben bezüglich des Projektzweckes gemacht. So darf das Projekt insbesondere keine illegalen Aktivitäten beinhalten und keine politischen

[1] Bilanz, (aufrufbar unter : <https://www.bilanz.ch/invest/crowdlending-die-neue-art-der-finanzierung-749-951>)

[2] Zu den Zahlen vgl. Dietreich/Amrein, S. 19.

[3] Vgl. die Darstellung bei Dietreich/Amrein, S. 19.

[4] Dietreich/Amrein, S. 19.

[5] Nutzungsbedingungen für Starter (Initiatoren) (aufrufbar unter: <https://www.funders.ch/ueber/Nutzungsbedingungen/Crowdsupporting/nutzungsbedingungen-fuer-starter.html>).

Zwecke verfolgen. Ebenfalls durch Punkt 2 der Nutzungsbedingungen verpflichtet sich der Initiator sein Projekt ausschliesslich auf Funders anzubieten. Verletzt der Initiator diese Vorgaben, behält sich Funders vor, das Projekt zu sperren oder gänzlich zu löschen. Zu beachten bleibt, dass Projekte, welche diese Vorgaben vor der Aufschaltung auf die Plattform nicht erfüllen, erst gar nicht von Funders zugelassen werden, weshalb es in solchen Fällen zu keinem Vertragsabschluss kommt.

In Punkt 4 der Nutzungsbedingungen schreibt Funders einen Online-Identifikation vor. Nach hier vertretener Auffassung ist diese Online-Identifikation jedoch keine vertragliche Pflicht, sondern ein Vorgang im Rahmen der Vertragsverhandlungen.

Aus Punkt 5 der Nutzungsbedingungen ergibt sich für den Initiator die Pflicht im Falle einer vorzeitigen Rückzahlung des Darlehens dies vorgängig der Plattform zu melden und eine Gebühr von 200.00 CHF zu bezahlen. Weiter ist der Initiator gemäss Punkt 6 der Nutzungsbedingungen verpflichtet, eine Vermittlungsgebühr in der Höhe von 0.8% des Fundingzieles an die Plattform zu entrichten, bedingt durch das Erreichen des Fundingzieles.

Stellen die Investoren oder Dritte aufgrund des Verhaltens des Initiators Ansprüche gegen die Plattform, so hat der Initiator gemäss Punkt 7 der Benutzungsbedingungen die Plattform schadlos zu halten und insbesondere auch Anwalts- und Gerichtskosten zu bezahlen.

Durch Punkt 13 der Nutzungsbedingungen verpflichtet sich der Initiator zudem, sein Nutzerprofil weiterzuführen, solange er kein ausgeglichener Saldo hat, nicht sämtliche Darlehen an die Investoren zurückgezahlt sowie ein Darlehensgesuch aufgeschaltet hat.

1.2. Pflichten der Plattform

In Punkt 1.3 der Nutzungsbedingungen stellt Funders klar, dass sie sich als Plattform verpflichten, zwischen dem Initiator und den Investoren als Vermittlerin tätig zu werden und bei erfolgreicher Vermittlung die vereinbarten Transaktionen abzuwickeln.

2. Rechtliche Würdigung der Nutzungsbedingungen

Gemäss Punkt 1.3 der Nutzungsbedingungen von Funders handelt es sich bei ihrer Vermittlertätigkeit um einen Mäklertätigkeit gemäss Art. 412 Abs. 1 OR.

Zu betonen ist zunächst, dass die von den Parteien gewählte Bezeichnung eines Vertrages keinen Einfluss auf dessen rechtliche Würdigung hat, sondern ausschliesslich die durch die Parteien vereinbarten Rechte und Pflichten für die Vertragsqualifikation ausschlaggebend sind.[6] Nicht nur Funders selbst, sondern auch die Lehre qualifiziert das Verhältnis zwischen Plattform und Initiator als Mäklervertrag.[7] Deshalb wird nachfolgend geprüft, ob die Vereinbarung zwischen Funders und dem Initiator die Charakteristika eines Mäklervertrages nach Art. 412 ff. OR aufweist.

2.1. Mäklervertrag

In Art. 412 Abs. 1 OR wird der Mäklervertrag wie folgt umschrieben: „Durch den Mäklervertrag erhält der Mäkler den Auftrag, gegen eine Vergütung, Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln". Gemäss der Lehre sind folgende Komponenten für den Mäklervertrag charakteristisch:[8]

- **Mäklertätigkeit:** Gemäss dem Wortlaut von Art. 412 Abs. 1 OR besteht die Mäklertätigkeit entweder im Nachweis von Gelegenheiten zum Abschluss eines Vertrages (Nachweismäkler) oder im Vermitteln von Vertragsabschlüssen (Vermittlungsmäkler).[9] Während der Vermittlungsmäkler die beiden Parteien aktiv zusammenführt, verpflichtet sich der Nachweismäkler lediglich dazu, ein mögliches Geschäft so konkret nachzuweisen, dass der Auftraggeber die Vertragsverhandlungen aufnehmen könnte.[10] Die Tätigkeit von Funders geht nach hier vertretener Auffassung weiter als das blosse Nachweisen von Vertragsabschlüssen. Vielmehr bietet die Plattform diverse Zusatzleistungen wie das Identifizieren der Vertragspartner oder die Hilfe zur Präsentation des Projektes auf der Webseite an, welche eine aktive Rolle hinsichtlich des Vertragsabschlusses darstellen. Die Tätigkeit von Funders ist deshalb als Vermittlungsmäklerei zu qualifizieren.[11]

---

[6] Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1038; So auch das Bundesgericht in BGE 131 III 217, E.3: „La dénomination d›un contrat n›est pas déterminante pour évaluer sa nature juridique".

[7] Fritschi, N 188; Kunz, Fn. 60; Schneuwly, S. 1612; Spacek, S. 280.

[8] Ammann, Art. 412 OR N 1 ff.; Fritschi, N 142.

[9] Ammann, Art. 412 OR N 1; Honsell, S. 375; Rayroux, Art. 412 OR N 4.

[10] Ammann, Art. 412 OR N 1; Honsell, S. 375.

[11] Vgl. auch Fritschi, N 154; Schneuwly, S. 1612.

- **Entgeltlichkeit:** Wird für die Vermittlung kein Entgelt verlangt, handelt es sich nicht um einen Mäklervertrag.[12] Da Funders von den Initiatoren 0.8 % des erreichten Fundingzieles im Falle der erfolgreichen Finanzierung verlangt, ist auch das Qualifikationsmerkmal der Entgeltlichkeit gegeben.
- **Erfolgsbedingtheit:** Die Erfolgsbedingtheit des Mäklerlohns ist weiteres Charakteristikum des Mäklervertrages.[13] Dies bedeutet, dass der Mäklerlohn nur geschuldet ist, wenn zwischen dem Auftraggeber und dem vermittelten Dritten auch ein Vertrag zustande kommt.[14] Funders verlangt ihre Gebühren gemäss den Nutzungsbedingungen nur im Falle der erfolgreichen Vermittlung mit den Investoren bzw. des Erreichens des Fundingzieles, weshalb auch das Qualifikationsmerkmal der Erfolgsbedingtheit gegeben ist.[15]

Folglich enthält das Rechtsverhältnis zwischen Funders und dem Initiator sämtliche für den Mäklervertrag ausschlaggebende Merkmale.[16] Doch welche Konsequenzen ergeben sich daraus? Soweit aus der Lehre und Rechtsprechung ersichtlich, enthalten die Bestimmungen zum Mäklervertrag selbst keine zwingenden Normen und spielen deshalb lediglich dort eine Rolle, wo die Parteien keine Vereinbarung getroffen haben (Art. 19 Abs. 2 OR). Nach hier vertretener Auffassung sind in den Nutzungsbedingungen, welche das Vertragsverhältnis zwischen der Plattform und dem Initiator bestimmen, sämtliche Vertragspunkte geregelt, für welche die dispositiven Normen des Mäklervertrages eine Regel vorsehen würden. Deshalb spielen die Art. 413-418 OR bezüglich des Mäklerlohns für das Rechtsverhältnis zwischen Funders und dem Initiator keine Rolle.

Durch den Verweis (Art. 412 Abs. 2 OR) auf den einfachen Auftrag ist für die Beendigung des Mäklervertrages jedoch Art. 404 Abs. 1 OR zu beachten, welchem gemäss Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwingender Charakter zukommt.[17] Gemäss Art. 404 Abs. 1 OR kann das Auftragsverhältnis jederzeit von beiden Parteien widerrufen bzw. gekündigt werden. Unter Punkt 13 Buchstabe c) der Nutzungsbedingungen untersagt Funders dem Initiator sein Nutzerprofil zu künden, solange er ein Darlehensgesuch aufgeschaltet hat. Zudem sieht Punkt 4 der Nutzungsbedingungen vor, dass ein aufgeschaltetes Projekt nur solange zurückgezogen werden kann, als nicht ein erstes Gebot durch einen Investor abgegeben wurde. Nach der hier vertretenen Ansicht widersprechen diese Punkte der Nutzungsbedingungen dem Recht auf jederzeitige Kündigung (Art. 404 Abs. 1 OR), da es dem Initiator verunmöglicht wird, den Mäklervertrag mit der Plattform jederzeit zu beenden. Da es sich bei Art. 404 Abs. 1 OR um eine zwingende Norm handelt, kann der Initiator entgegen den Nutzungsbedingungen den Vertrag dennoch jederzeit künden.[18] Zu prüfen wäre allenfalls, ob es sich um eine Kündigung zu Unzeit i.S.v. Art. 404 Abs. 2 OR handelt, was zu einer Schadensersatzpflicht führen könnte.[19] Durch eine Schadenersatzpflicht bei einer Kündigung zu Unzeit kann jedoch nicht nur der Initiator belangt werden. Im Falle das Funders beispielsweise ihre Plattform i.S.v. Punkt 14 der Nutzungsbedingungen einstellt, kann der Initiator unter Umständen gestützt auf Art. 404 Abs. 2 OR Schadenersatz aufgrund eines Widerrufs zu Unzeit verlangen.

Auch die Treue- und Sorgfaltspflichten eines Mäklers, in unserem Fall die der Plattform, sind denen des Auftragsrechts ähnlich.[20] So ergibt sich aus der Sorgfaltspflicht der Plattform insbesondere die Pflicht, im Interesse des Initiators einen möglichst günstigen Vertragsschluss zu unterstützen.[21]

2.2. Haftungsbeschränkung und Haftungsausschluss

In Punkt 7 der Nutzungsbedingungen beschränkt Funders seine Haftung zunächst für ihre Rolle als

[12] Ammann, Art. 412 OR N 2; Honsell, S. 375; Rayroux, Art. 412 OR N 6.
[13] Ammann, Art. 412 OR N 3.
[14] Ammann, Art. 412 OR N 3; BGE 113 II 49 (51 f.); Es handelt sich dabei um eine Bedingung i.S.v. Art. 151 ff. OR (Fritschi, N 176).
[15] Zur Frage der fehlenden Abschlussfreiheit des Initiators vgl. die Ausführungen von Fritschi, N 179 ff.
[16] Zur Abgrenzung zum Agenturvertrag vgl. Fritschi, N191 ff.; Spacek, S. 280.
[17] Rayroux, Art. 412 OR N 19; Zuletzt BGer 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014; BGE 115 II 464, E. 2; ausführlich zum zwingenden Charakter von Art. 404 OR vgl. Buff/Von der Crone, S. 334 ff.; Hinsichtlich des Verweises von Art. 412 Abs. 2 OR auf das Auftragsrecht vgl. BGE 110 II 276, E. 2a: „Les règles du mandat (art. 394 ss CO) sont applicables au contrat de courtage, en tant qu›elles sont compatibles avec la nature de ce contrat (art. 412 al. 2 CO; ATF 106 II 224).“
[18] Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 710 und 1146a.
[19] Zur Beendigung zu Unzeit vgl. Weber, Art. 404 OR N 14 ff.; Werro, Art. 404 OR N 8 ff.
[20] Ammann, Art. 412 OR N 8; Honsell S. 380.
[21] Honsell, S. 380.

Vermittlerin sowie als Betreiberin der Plattform auf grobfahrlässige und vorsätzlich verursachte Schäden. Zudem wird die Haftung oder Gewährleistung explizit in den nachfolgenden Fällen ausgeschlossen:

- Gültigkeit und Wirksamkeit der zwischen den Initiatoren und Investoren abgeschlossenen Darlehensverträge
- Inhalt der bereitgestellten Informationen wie Korrektheit, Vollständigkeit, Umsetzung oder Nachhaltigkeit der Projekte
- Einhaltung der Zahlungsversprechen der Investoren
- Betrieb der Plattform

Doch ist diese, sich aus den Nutzungsbedingungen ergebende Regelung rechtlich zulässig? Dabei muss zwischen der Haftungsbeschränkung und den Haftungsausschlüssen unterschieden werden. Art. 100 Abs. 1 OR schreibt generell vor, dass „eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde" nichtig sei. Folglich lässt sich die Haftung vor dem Schadenseintritt grundsätzlich lediglich für leichte und mittlere Fahrlässigkeit wegbedingen.[22] Die Haftungsbeschränkung durch Funders auf grobfahrlässige oder mit Absicht verursachte Schäden in der Rolle als Vermittlerin sowie Betreiberin der Plattform ist somit grundsätzlich mit Art. 100 Abs. 1 OR vereinbar.[23] Es stellt sich jedoch weiter die Frage, inwiefern Art. 100 Abs. 2 OR auf die Tätigkeit von Funders Anwendung findet. Gemäss dieser Bestimmung kann bereits die Wegbedingung leichter Fahrlässigkeit nichtig sein, wenn sich die „Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes"[24] ergibt. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung seit BGE 112 II 450[25] klargestellt, dass Banken in den Anwendungsbereich von Art. 100 Abs. 2 OR fallen. Die Plattform Funders wird durch die Kantonalbank Luzern AG betrieben.[26]

Da auf die Tätigkeit der Kantonalbank folglich Art. 100 Abs. 2 OR anwendbar ist, unterliegen die Nutzungsbedingungen von Funders ebenfalls dem Kontrollmechanismus von Art. 100 Abs. 2 OR. Zu betonen bleibt, dass in den Fällen von Art. 100 Abs. 2 OR die Freizeichnung von leichter Fahrlässigkeit nicht zwingend nichtig ist, sondern das Gericht aufgrund eines Ermessensentscheides darüber befindet.[27] Das Gericht hat folglich im Einzelfall festzustellen, ob die im Punkt 7 der Nutzungsbedingungen festgelegte Haftungsbeschränkung auf grobfahrlässige und mit Absicht begangene Vertragsverletzungen nichtig ist oder für den jeweiligen Vertrag Bestand hat.[28] Bezüglich der in Punkt 7 der Nutzungsbedingungen explizit ausgeschlossenen Haftungskonstellationen müsste man zunächst klären, ob Funders überhaupt eine vertragliche Verpflichtung in diesem Bereich hat. Ist dies zu bejahen, so ist der Haftungsausschluss aufgrund von Art. 100 Abs. 1 OR und unter Umständen Art. 100 Abs. 2 OR nur wirksam, sofern die Schäden nicht grobfahrlässig oder mit Absicht (Art. 100 Abs. 1 OR) und falls Art. 100 Abs. 2 OR zur Anwendung gelangt, nicht leichtfahrlässig verursacht wurden.

2.3. Weitere Vertragspflichten

Die Plattform verpflichtet sich nicht nur in der Vermittlung von Investoren und Initiatoren. Gemäss Punkt 1.3 der Nutzungsbedingungen sorgt sie zudem auch für die Abwicklung der Transaktionen.[29] Da das Rechtsverhältnis zwischen dem Initiator und der Plattform folglich nicht nur auf einen Mäklervertrag beschränkt ist, handelt es sich wie dies Fritschi ausführt um einen „Innominatkontrakt mit primär mäklervertraglichen Elementen".[30] Dies lässt die vorhergehenden Ausführungen bezüglich den zwingenden Normen im Zusammenhang mit dem Mäklervertrag unberührt, da der Regelungsschwerpunkt des Vertrages zwischen Funders und dem Initiator die Vermittlungstätigkeit ist und deshalb die Bestimmungen des Mäklervertrages bzw. des einfachen Auftrages auf das Rechtsverhältnis Anwendung finden.[31]

[22] Fritschi, N 592.
[23] BGE 115 II 474 (479), Das Bundesgericht spricht in diesem Urteil lediglich von leichter Fahrlässigkeit; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3083; Thévenoz, Art. 100 OR N 15; Weber, Art. 398 OR N 34 f.; Wiegand, Art. 100 OR N 4; In der Lehre wird jedoch vertreten, dass insbesondere bei auftragsrechtlichen Verhältnissen bereits die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit widerrechtlich ist, sofern dies der Natur des Geschäftes widerspricht (vgl. Wiegand, Art. 100 OR N 6, m.w.H.).
[24] Art. 100 Abs. 2 OR.
[25] BGE 112 II 450, E. 3a; Bestätigt in BGE 132 III 449.
[26] Funders Website (aufrufbar unter <https://www.funders.ch/ueber/impressum.html>).
[27] Thévenoz, Art. 100 OR N 29; Vgl. bezüglich gerichtlichen Ermessensentscheide im Allgemeinen Hürlimann/Schmid, N 210 ff.
[28] Hinsichtlich der Anwendung von Art. 100 Abs. 2 OR auf Crowdfunding-Plattformen im Allgemeinen vgl. Fritschi, N 592 ff.
[29] Vgl. zu dieser Vertragspflicht auch Spacek, S. 282.
[30] Fritschi, N 188.
[31] Vgl. dazu Schneuwly S. 1613.

Schlusswort

Aus der Überprüfung der Nutzungsbedingungen anhand des zwingenden Privatrechts ergeben sich folgende Schlussfolgerungen:

- **Projekt-Vertrag.** Anhand der sich aus den Nutzungsbedingungen ergebenden Verpflichtungen ist der Vertrag zwischen Initiator und der Plattfrom als Innominatkontrakt mit primär mäklervertraglichen Elementen zu qualifizieren. Daraus ergibt sich, dass beiden Vertragsparteien ein jederzeitiges Beendigungsrecht nach Art. 404 Abs. 1 OR zusteht, auch wenn die Nutzungsbedingungen gegenteiliges vorsehen.
- **Haftungsfreizeichnung.** Hinsichtlich der Haftungsbeschränkung bzw. den Haftungsausschlüssen sind die Schranken von Art. 100 OR zu beachten. Da die Betreiberin von Funders eine Bank ist, kommt insbesondere auch Art. 100 Abs. 2 OR zur Anwendung, nach welchem das Gericht mittels Ermessensentscheid die Haftungsfreizeichnung für durch leichte Fahrlässigkeit verursachte Schäden als nichtig erklären kann.

Join our team

nkf.ch/career

Niederer Kraft Frey leads excellence and innovation in Swiss law. We always look to the future. That means you.

IFLR WINNER EUROPE AWARDS 2019

WINNER CHAMBERS EUROPE AWARDS 2018

Transatlantic Legal Awards 2018 M&A Team of the Year (Large Deal) WINNER

THE LAWYER European Awards 2017 Winner European law firm of the year

NIEDERER KRAFT FREY

Niederer Kraft Frey AG Bahnhofstrasse 53 CH-8001 Zürich +41 58 800 80 00 nkf.ch

Le nouvel article 128a CO : un pas en avant, deux en arrière ?

Cindy Lerin (MLaw, Doctorante auprès du Prof. Walter Stoffel, Université de Fribourg)

Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit der Revision des Verjährungsrechts, welche per 1. Januar 2020 in Kraft tritt. Dabei wird das Hauptaugenmerk auf Art. 128a nOR gelegt, welcher die Verjährungsfristen im Vertragsrecht definieren soll. Demnach verjährt die Handlung eines Opfers eines Personenschadens infolge der Vertragsverletzung nach drei Jahren ab dem Tag, an dem der Geschädigte von dem Schaden Kenntnis erlangt hat, jedenfalls nach zwanzig Jahren ab dem Tag, an dem das schädliche Ereignis eingetreten resp. eingestellt wurde. Die kritische Würdigung des Artikels legt dar, warum der Inhalt der Bestimmung, wie sie sein wird, diejenigen aus den Augen verloren hat, für die sie ursprünglich bestimmt war.

Abstract provided by the Editorial Board

Introduction

La révision du droit de la prescription entrera en vigueur le 1er janvier 2020. Parmi les modifications, l'art. 128a nCO complétera les délais de prescription en matière contractuelle. Grâce à lui, l'action de victime de lésions corporelles résultant d'une faute contractuelle se prescrira par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage, et dans tous les cas par vingt ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé. Fruit de compromis entre les différents acteurs impliqués, l'art. 128a nCO revient de loin. La présente contribution expose pourquoi la teneur de la disposition telle qu'elle sera a perdu de vue ceux à qui elle était initialement destinée et ne servira pas ceux qui – peut-être prochainement – pourraient en avoir besoin.

I. La problématique des dommages différés

Dans l'affaire *Moor et autres c. Suisse*, Howald Moor est employé dans une usine où il est exposé à de la poussière d'amiante[1]. Il y travaille entre les années 1960 et 1970. En 2004, soit de nombreuses années après la fin de son activité, il apprend qu'il souffre d'un cancer résultant de son exposition à l'amiante. Il en décède en 2005. La famille Moor poursuit l'ancien employeur du défunt en lui reprochant de ne pas avoir pris les précautions nécessaires pour protéger la santé de ses travailleurs. Le Tribunal fédéral rejette l'action de la famille Moor en se fondant sur le fait que le délai de prescription absolu de dix ans a expiré. Il soutient que le point de départ du délai de prescription coïncide avec le moment de la violation du contrat et non lors de la survenance du dommage[2]. Selon lui, reconnaître l'inverse viderait de son sens l'institution de la prescription[3]. Il n'est alors d'aucune importance de savoir si la victime avait connaissance ou non de son dommage[4]. Saisie par la famille Moor, la Cour EDH considère que la décision du Tribunal fédéral viole le principe du procès équitable et qu'elle est donc contraire à l'art. 6 CEDH. Elle retient qu'en cas d'atteinte à l'intégrité physique, la victime devrait pouvoir agir en justice à partir du moment où elle a effectivement pu prendre connaissance de son dommage[5].

Le cas *Moor* n'est pas un cas isolé. En matière d'atteintes à la santé, les dommages différés dans le temps se produisent fréquemment[6]. En effet, il arrive fréquemment que des dégâts causés par des substances nocives ou par des interventions médicales ne se révèlent qu'après que le délai de prescription

[1] CEDH 52067/10 et 41072/11 (*Howald Moor et autres contre Suisse*) du 11 juin 2014.
[2] ATF 137 III 16, consid. 2.3 ; pour un commentaire de cet arrêt, cf. Chappuis / Werro, REAS 2011, p. 139-149.
[3] ATF 137 III 16, consid. 2.4.1.
[4] Ibid, consid. 2.3.
[5] Cour EDH *Moor* (n. 1), n° 73.
[6] Par ex. ATF 136 III 187 ; ATF 137 III 16. La CEDH a toutefois remis en cause la conformité d'une telle jurisprudence avec les droits de l'Homme.

s'est écoulé[7]. Dans ce cas de figure, les victimes se retrouvent dépourvues de toutes actions contre un quelconque responsable[8].

II. L'harmonisation du droit et la prolongation des délais comme solutions

L'état du droit suisse a poussé certains milieux à demander la révision du droit de la prescription. Cette demande a convaincu l'Office fédéral de la justice à envisager une révision d'ensemble du droit de la prescription. Il a proposé d'unifier les délais de prescription et de les prolonger significativement[9]. Pour des raisons politiques, le projet a peu à peu été revu à la baisse[10]. Dans la teneur finalement retenue, le nouveau droit retient pour l'action en dommages-intérêts dans l'art. 60 al. 1bis nCO (en matière extracontractuelle) et dans l'art. 128a nCO (en matière contractuelle) un délai de prescription relatif de trois ans et un délai absolu de vingt ans en cas de mort d'homme ou de lésions corporelles. Le délai relatif commence à courir dès le moment où la partie lésée a connaissance de son dommage, alors que le délai absolu court quand le fait dommageable s'est produit ou a cessé.

Les solutions sont donc les mêmes aux art. 60 al. 1bis et 128a CO. Pour autant, les deux actions restent soumises à des conditions distinctes et les problèmes que soulève la délimitation entre les régimes contractuel et extracontractuel demeurent[11]. Par exemple, le régime du fardeau de la preuve de la faute reste différent selon le régime. En effet, alors que la victime d'un acte illicite doit prouver la faute du responsable (art. 8 CC), la faute d'un débiteur contractuel est présumée (art. 97 CO)[12]. Dans ce dernier cas, le créancier doit prouver la violation du contrat en établissant le lien de causalité entre la faute du débiteur et la violation du contrat ainsi que le préjudice qu'il a subi[13].

L'harmonisation des délais de prescription des actions découlant de lésions corporelles ou de la mort d'un homme aura pour conséquence de créer un délai de prescription relatif jusqu'alors inconnu au droit contractuel. Dans ce cas spécifique, l'introduction d'un délai relatif raccourcira le délai de prescription des dommages corporels non différés[14]. En effet, aussitôt que la partie lésée aura connaissance de son dommage, celle-ci devra agir dans les trois ans pour faire valoir sa prétention alors que si le délai relatif n'existait pas, elle pourrait agir dans un délai de vingt ans[15].

III. Appréciation critique

Comme le soulève la CourEDH, les modifications prévues pour le 1er janvier 2020 ne prévoient « aucune solution équitable au problème – ne serait-ce qu'à titre transitoire, sous la forme d'un « délai de grâce » - au problème posé »[16]. En effet, la révision ne vient pas en aide aux victimes dont l'action est déjà prescrite. Pour cause, c'est le point de départ (*dies a quo*) de la prescription qui permet une protection efficace de ces dernières.

En vertu de l'art. 130 al. 1 CO, la prescription des prétentions contractuelles court dès que la créance est exigible. Les délais de prescription de l'art. 128a nCO commenceront à courir dès que le fait dommageable s'est produit ou a cessé (délai absolu), respectivement dès que la partie lésée a connaissance de son dommage (délai relatif). Au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral, la créance est exigible au moment de la violation du contrat[17]. Bien que la prolongation à vingt ans du délai de prescription absolu soit nécessaire pour protéger les victimes de dommages corporels différés, elle peut se révéler inutilement longue dans d'autres situations[18]. Outre le cas où le dommage corporel apparaît tout de suite après l'atteinte (la victime a alors un délai de trois ans pour faire valoir sa prétention), la prolongation du délai absolu ne sert à

---

7 FF 2014 227 ; D. Husmann / M. Aliotta, *Die Regelung der Verjährungsproblematik von Schadenersatzforderung für sogenannte Spätschäden*, REAS 2014, p. 89.

8 Pour une illustration du problème, cf. l'initiative parlementaire 06.473 concernant les victimes de l'amiante.

9 FF 2014 229.

10 Cf. les débats parlementaires autour de l'objet 13.100 (CO. Droit de la prescription) du Conseil fédéral.

11 FF 2014 p. 229 ; F. Werro / M. Carron, *La révision du droit de la prescription*, in T. Probst / F. Werro (édit.), *Journée du droit de la circulation routière*, Fribourg / Berne 2014, p. 26.

12 P. Tercier / P. Pichonnaz, *Le droit des obligations*, 5^{e} éd., Genève / Zurich / Bâle 2012.

13 H. Honsell / B. Isenring / M.A Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrcht*, 5^{e} éd., Zurich / Bâle / Genève 2013.

14 FF 2104 244.

15 Ibidem.

16 Cour EDH *Moor* (n. 1), n° 75.

17 ATF 137 16 III consid. 2.1 et 2.2.

18 W. Fellmann, *Verkürzung der Verjährungsfriest aus Vertragsverletzung bei Körperverletzung oder Tötung*, REAS 2014, p. 74.

rien si le dommage corporel se manifeste après vingt ans. Il est regrettable qu'une révision souhaitant protéger les victimes de dommages différés n'ait pas pris en considération le fait que les maladies provoquées par certaines substances prennent généralement entre quinze et quarante ans (c'est le cas de l'amiante) pour se manifester[19]. Cela l'est d'autant plus à l'heure des nouvelles technologies et de leurs effets – très – discutés sur la santé (cf. les débats actuels sur les ondes, comme la 5G).

Afin de ne pas rendre la prolongation des délais de prescription sans effet, il faut espérer que le droit procédural permettra aux victimes d'accéder aux documents de l'éventuel responsable pour qu'elles puissent prouver la faute de ce dernier. Pour cause, dans certaines situations, particulièrement dans le domaine médical, le lésé peut se retrouver à dépendre de documents en possession de l'auteur de son dommage pour qu'il puisse prouver la violation du contrat par celui-ci (lien de causalité)[20]. Dans les pires cas, l'auteur du dommage peut même avoir disparu ou l'entreprise avoir fait faillite[21]. Le lésé rencontrerait alors de sérieuses difficultés pratiques à prouver la faute de son dommage. A cet égard, il serait opportun de prolonger parallèlement les délais légaux de conservation de certains documents (par ex. art. 962 al. 1 CO)[22].

Une des solutions aurait pu être celle de faire courir le délai absolu de prescription non pas au moment du fait dommageable (l'acte générateur de responsabilité) mais au moment de l'apparition du dommage, c'est-à-dire au moment de l'atteinte portée aux droits de la victime[23]. De cette manière, les victimes de dommages corporels se manifestant après vingt ans pourraient tout de même poursuivre le responsable. A cet égard, il est important de garder en tête que le fait que le dommage soit différé n'implique pas nécessairement que la victime n'ait pas connaissance du fait générateur de responsabilité. Faire courir le délai de prescription au moment de l'apparition du dommage respecterait le but du droit de la responsabilité civile qui est d'indemniser le lésé et non pas de le punir et aurait l'avantage de supprimer tout délai spécial de prescription[24]. Toutefois, le législateur suisse fait prévaloir la sécurité juridique de la personne tenue à réparation sur l'intérêt de la victime à poursuivre cette dernière à un moment indéterminé[25]. C'est pour cette raison que la Cour EDH estime, à juste titre, que la prolongation du délai absolu de prescription n'accorde qu'un délai de grâce aux victimes de dommages différés sans régler fondamentalement le problème de leur protection[26].

Outre les dommages matériels qui seront toujours soumis au délai de prescription de dix ans, les autres atteintes à la personnalité seront toujours réglées par l'art. 49 CO. Cette disposition comprend notamment la liberté, l'intégrité sexuelle et l'honneur[27]. Si l'atteinte est en connexité avec un contrat, l'action de la victime se prescrira par dix ans (art. 130 CO)[28]. Ce résultat est dérangeant. En effet, une personne atteinte dans sa personnalité connaît un délai de prescription de dix ans pour agir alors qu'une personne lésée corporellement doit agir dans les trois ans dès la connaissance de son dommage[29].

Finalement, une harmonisation du droit de la prescription représente une simplification importante en pratique. Toutefois, elle ne permet pas à elle seule de mettre sur un pied d'égalité les victimes de dommages corporels différés découlant d'un contrat ou d'un acte illicite. Celles-ci pourront bénéficier de délais de prescription plus longs mais rencontreront des obstacles différents dans l'établissement de la responsabilité. La victime de dommages corporels différés découlant d'un acte illicite supporte la preuve de la faute du responsable alors que la victime de dommages différés découlant d'un contrat ne doit prouver que la violation du contrat. Il ne restera alors pour le responsable contractuel aucune place pour une exculpation. La « présomption de faute » demeurera lettre morte.

[19] FF 2014 238 ; ATF 137 III 16 consid. 2.4.4.
[20] FF 2014 239 ; Husmann / Aliotta (n. 7) , p. 92.
[21] Chappuis / Werro (n. 2), p. 145 ; Werro / Carron, p. 21.
[22] Chappuis / Werro (n. 2), p. 145.
[23] FF 2014 238 ; Werro / Carron (n. 10), p. 18.
[24] F. Werro, *La responsabilité civile*, 3e éd., Berne 2017, n. 6 ss.
[25] FF 2013 238 ; ATF 137 III 16 2.4.
[26] Cour EDH *Moor* (n.1), n° 75 ; Werro / Carron (n. 10), p. 21.
[27] F. Werro, ad. art. 49 CO, in L. Thévenoz / F. Werro (édit.), *Commentaire romand – Code des obligations I*, Bâle 2012.
[28] Nous n'abordons pas ici les divergences doctrinales sur le point de savoir quel type de violation devrait être soumis au régime contractuel respectivement délictuel. Pour un aperçu de la question, cf. G. Fournier, *La prescription de l'action en dommages-intérêts : une réflexion sur la relation délit-contrat en droit privé, au regard notamment de l'avant-projet de modification et d'unification du droit de la responsabilité civile*, thèse, Fribourg 2009, p. 142 ss.
[29] Fellmann (n. 17), p. 74.

Conclusion

La prolongation des délais de prescription ne règle pas le problème des dommages différés[30]. En effet, par définition, plus la manifestation du dommage s'éloigne de la cause de celui-ci, plus il sera difficile de démontrer le lien de causalité entre les deux[31]. Dans le domaine médical particulièrement, le lésé peut ainsi se retrouver à dépendre de documents en possession de l'auteur de son dommage pour qu'il puisse prouver la violation du contrat par celui-ci (lien de causalité)[32]. C'est regrettable car au regard du développement probable de ces dommages avec les nouvelles technologies on peut imaginer que le délai de vingt ans ne servira à rien[33].

En fin de compte, la prescription est-elle vraiment une question de délai ? La réponse devient éthique et les politiques sont inébranlables[34]. La sécurité juridique prime et cela implique que le débiteur ne doit pas être éternellement sous la menace d'une action en justice, au détriment d'assurer justice en tout temps aux lésés. Ce choix est malheureux. Il ne nous reste plus qu'à espérer que le droit de la prescription pour les victimes de dommages corporels différés se développe dans le sens de l'arrêt *Moor*. Croisons les doigts, pour toutes les personnes qui en auront besoin.

---

30 Chappuis / Werro (n. 2), p. 146.
31 Werro / Carron (n. 10), p. 21.
32 FF 2014 239.
33 Ibid, p. 141 ; Husmann / Aliotta (n. 7), p. 91.
34 Husmann / Aliotta (n. 7), p. 90.

Der Einfluss der Urteile des EuGH auf die schweizerische Rechtsprechung - Eine empirische Analyse der bundesgerichtlichen Praxis

Raphael Dummermuth (Student im Master, Universität Freiburg)

Dans cet article, l'auteur se penche d'une part sur la manière dont la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne influence le Tribunal fédéral, et d'autre part, sur la portée de cette influence pour la recherche empirique. De manière générale, l'auteur parvient à la conclusion que la relation juridique entre l'UE et la Suisse est complexe, et que la jurisprudence fédérale n'en est pas influencée de façon significative. Ce travail individuel ne permet pas une compréhension totale du fonctionnement du système juridique en lui-même, mais propose des pistes de réflexion intéressanates.

Abstract provided by the Editorial Board

Einleitung

Die Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung und ihre Systematisierung ist ein Thema, welches zunehmend einen zentralen Platz im juristischen Diskurs einnimmt.[1] Dazu trägt auch die Tatsache bei, dass die „Europafrage" im parallel laufenden politischen Diskurs seit vergleichsweise längerer Zeit intensive Beachtung findet. Es fehlen dazu auch nicht die entsprechenden wissenschaftlichen Publikationen, welche sich mit den rechtstheoretischen Modalitäten des Verhältnisses zwischen der Schweiz und der EU befassen.[2]

Mit einem weniger gut erkennbaren „*sens d'urgence*" wird in der Lehre über die Möglichkeit diskutiert zur Erkenntnisfindung in der juristischen Forschung den Rahmen an wissenschaftlichen Forschungsmethoden auszuweiten: Die herrschende Lehre funktioniert im selben deduktiven, textbezogenen wissenschaftlichen Modus, in welchem bereits geraume Zeit gearbeitet wird. Methodisch wird jedoch gerade in der Europäisierungsforschung zunehmend der Griff zu induktiv-empirischen Forschungsmethoden gewagt, um die klassischen juristischen Modi der Erkenntnisfindung zu *ergänzen*.[3]

Diesen Weg beschreitet auch der vorliegende Beitrag. Er versucht, basiert auf der empirischen Datenerhebung und -auswertung, der Frage nachzugehen, wie das schweizerische Bundesgericht die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) rezipiert, was dabei als gemeinschaftsrechtliche Rechtsquellen übernommen oder als Vorlage verwendet wird und inwiefern das Bundesgericht dabei selbst europäisierend wirkt. Angewandt wird dabei möglichst ein Zusammenspiel der theoretisch auf der Literatur zur europäischen Integration basierten klassischen juristischen Forschung und der davon methodisch abweichenden eigenen Auswertung jener Entscheide des Bundesgerichts, welche EuGH-Rechtsprechung innerhalb der letzten Dekade rezipierten. Dem Leser soll dabei einerseits Einblick in die Weise verschafft werden, wie das Bundesgericht mit europäisiertem Gesetzesrecht umgeht, und andererseits Möglichkeiten aufgezeigt werden, welche die empirische Erkenntnisfindung für die juristische Forschung bietet.

I. Vorgehen der Datenerhebung

A. Datensammlung

Die Vorgehensweise der Datenerhebung und -verarbeitung in diesem Beitrag folgt weitgehend gewissen Forschungstechniken, wie sie aus der Kommunika-

[1] Jenni Sabine, Direkte und Indirekte Europäisierung der Schweizerischen Gesetzgebung, Zürich 2017.

[2] Epiney Astrid/Metz Beate/Pirker Benedikt, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen", Zürich/Genf/Basel 2012; Brunetti Aymo, Die wirtschaftlichen Effekte der bilateralen Abkommen, in: Felder Daniel/Kaddous Christine (Hrsg.), Bilaterale Abkommen Schweiz-EU, Basel/Genf/Brüssel/Bruylant 2001.; Forstmoser Peter, Der autonome Nach-, Mit- und Vorvollzug europäischen Rechts; das Beispiel der Anlagefondsgesetzgebung. Sonderdruck aus: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz. Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Zürich 1999, S. 3 ff.

[3] Jenni (Fn 1); ferner auch Amstutz Marc, Die vernetzte Wirtschaft. Netzwerke als Rechtsproblem, Zürich/Basel/Genf 2004.

tions- und Medienwissenschaft bezüglich der Datenvisualisierung und Interpretation von Daten bekannt sind. Dabei kommen dem Autor die umfangreichen Urteilssammlungen des Bundesgerichts online zugute.

Die Online-Sammlungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (sowohl publizierte als auch unpublizierte Urteile) wurden dabei bezüglich eines Untersuchungszeitraums von 2008 bis 2018 auf verschiedene Stichworte geprüft („EuGH", „Europäischer Gerichtshof", „Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften") und die korrespondierenden Urteile gesammelt.

Die geprüften Stichworte bringen es mit sich, dass nur Fälle geprüft werden, in denen sich das Bundesgericht ausdrücklich auf die Rechtsprechung des EuGH bezogen hat. Also nur Fälle, in denen das BGer die Herkunft der Rechtsprechung mit einem der untersuchten Stichwörter angibt und den EuGH namentlich erwähnt. Wird Rechtsprechung durch das Bundesgericht stillschweigend und mit einem Verzicht auf eine entsprechende Referenz rezipiert, so wird die Rezeption erstens diskutabel, was empirisch mit Daten in dieser Grössenordnung nur eingeschränkt verwertbar ist (Datenverwertung in diesen Ausmassen ist auf eine gewisse Dichotomie bzgl. der Klassifizierung der Daten angewiesen), und zweitens verschwindet die Rezeption damit in der Masse von bundesgerichtlicher Rechtsprechung, was das Auffinden deutlich schwieriger macht bzw. machen würde.

Mit dieser Vorgehensweise wurden 264 Urteile zwischen dem 01.01.2008 und dem 01.01.2019 gefunden, welche die drei Stichwörter „*EuGH*", „*Europäischer Gerichtshof*" oder „*Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*" enthielten und in welchen die erwähnte Rechtsprechung des EuGH tatsächlich Folgen für den Bundesgerichtsentscheid zeitigte.

B. Kategorisierung der erhobenen Daten

Die so gefundenen Urteile wurden danach inklusive dem Entscheiddatum und der bundesgerichtlichen Kammer, welche den Entscheid erlassen hat, vermerkt. Dadurch konnte zunächst eine Einteilung nach bundesgerichtlicher Kammer gemacht werden, welche es erlaubt zu sehen, welche Kammer überwiegend EU-Recht rezipiert. Ferner wurden die analysierten Urteile in vier Kategorien eingeteilt, welche den begrenzten untersuchten Zeitraum von elf Jahren (1. Januar 2008 bis 1. Januar 2019) in vier Zeitabschnitte kategorisiert. Diese Sequenzen wurden jeweils von einer Volksabstimmung von europarechtlicher Relevanz begonnen und beendet.

C. Erstellung von Fallgruppen

Für eine weitere Analyse wurden die ermittelten Urteile im Anschluss jeweils in eine bestimmte Fallgruppe eingeteilt. Diese Fallgruppen versuchen, die Urteile nach „Einfallstor" der Europäisierung zu unterscheiden.

Bei der Erstellung der Fallgruppen wurde die Überlegung angestellt, wie Europäisierung am ehesten klassifizierbar ist. Als Antwort auf diese Fragen wurden vier „Europäisierungswege" gewählt, welche sich zwar teilweise Gemeinsamkeiten teilen, aber aufgrund ihres Inhalts verdienen, separat abgehandelt zu werden: Erstens Fälle, welche EU-Recht aufgrund der sogenannten „Bilateralen Verträge" übernehmen, zweitens Fälle, welche EU-Recht aufgrund von Staatsverträgen übernehmen, welche nicht unter die Bilateralen fallen, und drittens autonom nachvollzogenes Gesetzesrecht. In einer vierten Fallgruppe wurden Entscheide subsumiert, bei welchen das Bundesgericht vermeintlich europäisierend tätig wird.

Diese Parameter sind entsprechend als Kategorien zu verstehen, unter welche je nach Rechtsgrund der Rezeption von EuGH-Rechtsprechung die darauf zutreffenden Urteile des Bundesgerichts subsumiert wurden.

Um eine höhere Differenzierung innerhalb der erhobenen Daten zu ermöglichen, wurden bei der Rechtsprechungsrezeption aufgrund von Staatsverträgen zwei Gruppen unterschieden, welche beide als gleichwertige Kategorien gesehen werden: Die erste Kategorie umfasst Entscheide, welche aufgrund der sogenannten „Bilateralen Verträge" (I und II) auf Rechtsprechung des EuGH zurückgreifen. Die zweite rezipiert EuGH-Rechtsprechung aufgrund anderer Staatsverträge, welche nicht in die Abkommenskomplexe Bilaterale I oder Bilaterale II eingeordnet werden können; hier kommt insbesondere das Übereinkommen von Lugano zum Zuge.[4]

Eine dritte Kategorie referenziert (und rezipiert) Rechtsprechung des EuGH aus einem anderen Grun-

[4] Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, SR 0.275.12.

de; hier ist es auf gesetzgeberischer Stufe zur indirekten Europäisierung gekommen, d.h. der schweizerische Gesetzgeber hat europäisches Recht im ordentlichen Gesetzgebungsprozess übernommen, ohne dazu vertraglich verpflichtet zu sein. Bei der Auslegung des entsprechenden Rechtsakts durch das Bundesgericht wird danach entsprechend auch die „europäische Wurzel" des in Frage stehenden Rechtsakts herangezogen (sei dies im Rahmen der klassischen Auslegungswege, welche durch das Bundesgericht eine „Kanonisierung" erfahren haben oder zur Sicherung der Europakomptabilität der höchstrichterlichen Rechtsprechung). Bei dieser Kategorie wird oftmals von *leges europea* gesprochen.[5]

Eine vierte geprüfte Kategorie rezipiert Rechtsprechung des EuGH, ohne durch Staatsverträge oder schweizerische Rechtsetzung entsprechend dazu angehalten zu sein. Hier wird aus diversen Überlegungen heraus auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen. Es soll als Erstes geprüft werden, ob solche Entscheide überhaupt vorliegen und wenn ja, in welchem Ausmass. Diese Gruppe von Urteilen würde, falls existierend, im Rahmen der Datenanalyse in der Folge im Zentrum stehen, da hier das Bundesgericht selbst europäisierend tätig wird (oder würde), und entsprechend statt der üblichen rechtsprechungstechnischen Verwertung europarechtlichen Besitzstands, welcher auf gesetzgeberischem Weg in die schweizerische Rechtsordnung gelangt ist, höchstselbst ein Einfallstor „aufreissen".

D. Methodologische Fallstricke

Beim gewählten methodischen Vorgehen gilt es insbesondere das Auseinanderklaffen zweier wissenschaftlicher Richtungen zu überwinden: Die Rechtswissenschaft auf der einen Seite gibt nur auf eine kleine Gruppe von Fragen, welche sie behandelt, klare „Ja" oder „Nein" Antworten. Graubereiche und Diskutierbares sind das tägliche Brot des Juristen. Empirische Wissenschaften wie die Sozialwissenschaften, zu welcher auch die hier angewandten Theorien der Datenvisualisierung gezählt werden, sind jedoch auf klar dichotome „0" und „1" Antworten, auf sichere „Ja" und „Nein" Resultate angewiesen, um Daten in jener Menge bearbeiten zu können, wie man sie in der vorliegenden Arbeit vor sich hat. Antworten wie „Es kommt darauf an" sind für Datenverarbeitungen von mehreren hundert Bundesgerichtsentscheiden im dem Sinne ungeeignet, als dass sie datenvisualisierend schlussendlich nicht zur Gänze brauchbar sind. Entsprechend mussten Kategorien gefunden werden, welche, trotz der argumentierenden, diskutierenden Natur der Rechtswissenschaft und des Rechts klare dichotome Aussagen zulassen.

Eine Frage, welche sich in den induktiv funktionierenden Wissenschaftszweigen wiederholt stellt, ist, ab welcher Datenmenge qualifizierte wissenschaftliche Aussagen bezüglich einer Forschungsfrage gemacht werden können. *In casu* wurden relativ weit gefasste Forschungsfragen und ein breites Forschungsunterfragen gewählt. Daraus resultierten rund 270 deutschsprachige Urteile des Bundesgerichts, die verteilt auf 11 Kalenderjahre ergangen sind. Deshalb kann die aus dem gewählten Vorgehen erfolgte Datensammlung der Anzahl der analysierten Urteile nach bereits als verwertbare Datenmenge qualifiziert werden, insbesondere, wenn parallel zu diesen Zahlen auch die Gesamtanzahl von Urteilen berücksichtigt wird, welche das Bundesgericht innerhalb derselben Periode gefällt hat. Entsprechend wurden nur die Entscheide mit den *supra* geschilderten Merkmalen analysiert, welche in deutscher Sprache ergangen sind. Umgekehrt wurde auf die Analyse französisch- und italienischsprachiger Urteile verzichtet.

Es stellt sich zum Zweck der Datenanalyse, aber auch bereits bei dem der Analyse zugrundeliegenden Ermittlung der Fallgruppen,, die bereits in der Untersuchung Jennis aufgeworfene Frage, inwieweit Europäisierung messbar ist. Die Antwort, welche Jenni darauf gefunden hat, wurde dabei auch für die hier vorgenommene Untersuchung als gültig angesehen: „Die Messung der Europäisierung basiert theoretisch auf der Literatur zur differenzierten europäischen Integration und methodisch auf der Europäisierungsforschung"[6].

[5] Probst Thomas, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als neue Herausforderung für die Praxis und die Wissenschaft im schweizerischen Privatrecht, in: Basler juristische Mitteilungen, Basel 2004, S. 5 ff.

[6] Jenni (Fn 1), S. 2.

II. Auswertung der Daten und Resultate

A. Die Verteilung der Urteile nach bundesgerichtlichen Kammern

Auf Basis dessen war feststellbar, dass diverse Entscheide mehrere (wenn nicht sogar alle drei) der Stichwörter beinhalteten. Entsprechend wurden Schnittmengen eruiert und eliminiert, damit Urteile nicht doppelt erscheinen und zwar dahingehend, dass die Entscheide nur unter dem als Erstes im Urteilstext erscheinenden Stichwort vermerkt wurden, welches zum Untersuchungszweck verwendet wurde.

Dies resultierte in 264 Entscheiden des schweizerischen Bundesgerichts innerhalb der letzten elf Jahre, in welchen nach einer Inhaltsanalyse festgestellt werden konnte, dass EuGH-Rechtsprechung ausdrücklich erwähnt wurde, sei es nun im Rahmen einer Übernahme von Rechtsprechung oder nur als „obiter dictum"-Kommentar.

Die Kammern des Bundesgerichts erwähnen den EuGH unterschiedlich oft:

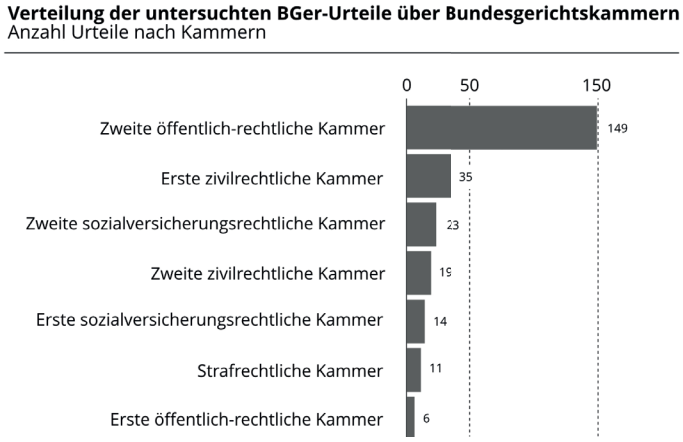


Abbildung 1

Da die Kammern des Bundesgerichts nach Rechtsgebiet geordnet sind, bildet sich in Abbildung 1 daher auch eine Verteilung der Entscheide aus der Analysemasse, die auf der Einteilung nach der herkömmlichen Rechtsgebiete fusst, ab. Deshalb besteht zwischen den in Abbildung 1 dargestellten Zahlen und jenen aus Abbildung 3 eine gewisse Korrelation. So ist etwa die zweite öffentlich-rechtliche Kammer des Bundesgerichts aussergewöhnlich oft mit Fällen aus dem Gebiet des Freizügigkeitsabkommens[7] bzw. des Schengen- und Dublinabkommens[8] beschäftigt, da es sich hierbei um öffentliches Recht handelt. FZA, Schengen und Dublin stellen wiederum die Rechtsquellen für eine überwiegende Mehrheit der unten folgenden Fälle in Fallgruppe a) (sektorielle Abkommen) dar. Andere Fallgruppen, etwa Fallgruppe d), sind bezüglich den an das Bundesgericht gelangenden Fällen gleichmässiger auf die sieben Kammern verteilt.

B. Die Anzahl im Untersuchungszeitraum ergangener Urteile

Über die elf Jahre verteilt, kommt es zu Zu- oder Abnahmen in der Häufigkeit der Fälle, in welchen die Rechtsprechung des EuGH erwähnt wird, unabhängig davon, ob es um eine inhaltliche Übernahme von Rechtsprechung geht oder nicht:

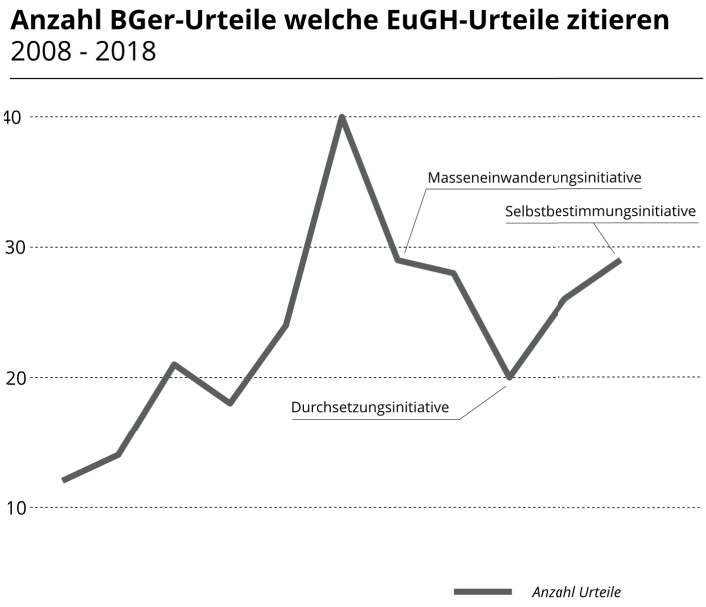


Abbildung 2

Abbildung 2 visualisiert die Anzahl der Bundesgerichtsentscheide, welche EuGH-Rechtsprechung verteilt auf den Untersuchungszeitraum im oben dargelegten Sinne erwähnen. Das elfte Jahr des Unter-

[7] Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.

[8] Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstandes, SR 0.362.31.

suchungszeitraums ist nicht erfasst, da im Zeitpunkt der Datenanalyse noch nicht alle in diesem Kalenderjahr gefällten Entscheide zugänglich waren. Die drei miteinbezogenen Volksabstimmungen werden auf der Kurve nicht am genauen Abstimmungsdatum angegeben, sondern zum jeweiligen Jahresbeginn.

Zur selben Zeit ist das Bild, welches Abbildung 2 vermittelt, zugegebenermassen trügerisch: Die politischen Diskussionen, welche während der untersuchten Periode via Volksabstimmung geführt wurden, hatten keinen in dieser Untersuchung messbaren oder festzustellenden kausalen Einfluss auf die Häufigkeit der Übernahme von Rechtsprechung, auch wenn die Graphik dies mit einiger Deutlichkeit zu suggerieren scheint. Die dargestellten Schwankungen können viel wahrscheinlicher auch Gründe haben, welche ausserhalb des politischen Diskurses und eher in den Funktionalitäten der sektoriellen Abkommen liegen, welche sich während des Untersuchungszeitraums geändert haben. Um Schwankungen derartigen Ausmasses auf politische Einflüsse zurückzuführen, müssten Daten anderer Art erhoben werden (insb. über den damaligen politischen Diskurs).

Auffallend ist die Gegenüberstellung der Fallzahlen von 2013 und 2016; die Häufigkeit, mit welcher die geprüften Stichworte in den Entscheiden vorkommen, sinkt innerhalb der Kalenderjahre 2014, 2015 und 2016 signifikant. 2016 ist sie insgesamt halb so hoch wie 2013.

C. Die Rezeption der Urteile nach Rechtsgrund

Gründe für die Rezeption von EuGH-Urteilen
Anzahl Urteile nach Rezeptionsgründen

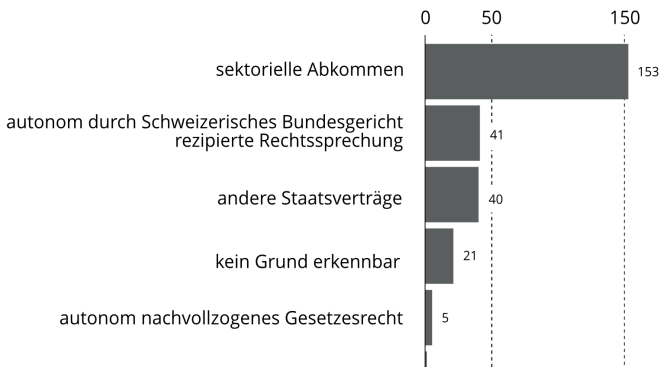


Abbildung 3

Auch diese graphische Einteilung in Fallgruppen nach Rezeptionsgrund in Abbildung 3 muss mit einer gewissen Vorsicht gelesen werden. So entsprechen sie nicht gänzlich den besprochenen Fallgruppen. Es wurde bei der Datenerhebung strikte der Suchfunktion der Online-Datenbank des Bundesgerichts gefolgt; die Kategorie „nicht erkennbar" bezeichnet auch darum ein einziges Urteil, welches zwar unter dem Stichwort „EuGH" ausnahmslos immer vorgeschlagen wurde, dieses Stichwort im Urteilstext jedoch nicht enthielt.

Zudem muss das Folgende festgestellt werden: Die zweite Fallgruppe ist zwar mit den Worten „autonom durch Schweizerisches Bundesgericht rezipierte Rechtsprechung" bezeichnet. Dies gibt die Natur der Entscheide dieser Fallgruppe indes nur teilweise wieder. Tatsächlich stehen sie einer autonomen Europäisierung durch das Bundesgericht am ehesten nahe. Das bedeutet jedoch nicht, dass sich das Bundesgericht blind am Urteil des EuGH orientiert, ohne die Entscheidgründe auch selbst eingehend zu prüfen. Die Orientierung ist in einem überwiegenden Anteil dieser Fälle denn auch eher „lose" zu nennen.

D. Was rezipiert das Bundesgericht?

Eine zahlenmässig grosse Rolle spielen bei der Analyse der gewonnenen Daten jene Urteile, in welchen EU-Recht aufgrund von Staatsverträgen übernommen wurde. Darunter fallen sowohl die erste Kategorie (Bilaterale) als auch die zweite Kategorie (übrige Staatsverträge). In solchen Fällen wird oftmals ausländisches Recht berücksichtigt, um unter den Unterzeichnerstaaten eine einheitliche Auslegungspraxis zu garantieren.[9] Diese Praxis einer Bemühung um einheitliche Rechtsprechungspraxis unter den Unterzeichnerstaaten durch eine Einführung einer „Berücksichtigungspflicht" ausländischer Rechtsprechung ist am ehesten mit dem Begriff der direkten Europäisierung zu vergleichen, wie Jenni ihn verwendet: Eine Angleichung geschieht aus vertragli-

[9] Zu den Bilateralen etwa Epiney/Metz/Pirker (Fn 2), S. 1; Epiney Astrid, Die Grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Lichte des Europarechts, in: Tschudi Hans Martin/Schindler Benjamin/Ruch Alexander/Jakob Eric/Frieseke (Hrsg.), Die Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Schweiz, Juristisches Handbuch zur Grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Bund und Kantonen, Zürich/St. Gallen 2014, N 39 ff.; Kren Kostkiewicz Jolanta, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Bern 2018, N 61 ff.

chen Verpflichtungen heraus.[10]

Streitfälle, welche auf dem Lugano-Übereinkommen beruhen, stellen in der zweiten Kategorie (welche selbst einen relativ hohen Anteil von 40 der 264 Entscheide ausmacht) deshalb die überwiegende Mehrheit dar. Das LugÜ hat zwar sektorielle Regelungswirkung und ist ein multinationaler Staatsvertrag, existiert jedoch aufgrund seines Zustandekommens jenseits der Bilateralen Verträge. Grundsätzlich stellt das LugÜ ein sogenanntes Parallelabkommen zur Gerichtsstandsverordnung der EU (EuGVVO) und deren Nebenerlasse dar, welchen wiederum ein nachträglich „vergemeinschaftetes" Übereinkommen zugrundeliegt.[11]

Bereits bei der Erhebung der beschriebenen Daten, speziell aber bei der anschliessenden Auswertung ist klar ersichtlich, dass ein Grossteil der Fälle, bei welchen die EuGH-Praxis beigezogen wird, Routinefälle im Bereich des Freizügigkeitsabkommens oder andere Reflexwirkungen der Bilateralen darstellen. Eine weitere grössere Gruppe stellen Fälle des internationalen Privatrechts (insbesondere LugÜ-Fälle) oder Fälle von Staatsverträgen dar.

Mengenmässig ebenfalls nicht zu vernachlässigen sind Fälle, wo der EuGH referenziert wird, weil autonom nachvollzogenes Gesetzesrecht ausgelegt werden muss. Wiederum zahlenmässig schwer ins Gewicht fallend, sind Entscheide, in welchen das Bundesgericht vermeintlich autonom EuGH-Rechtsprechung zur Auslegung des nationalen Rechts beizieht und eventuell Vergleiche anstellt, in Wahrheit aber trotz allem autonom und ausschliesslich gestützt auf nationales Recht entscheidet.

Es bestehen zudem Fälle, wo eine Rezeption von EuGH-Rechtsprechung verweigert wird und eine weitere Gruppe von Entscheiden, bei welchen der EuGH querulatorisch angerufen wird (in der Graphik fallen jene unter die Kategorie „kein Grund erkennbar").

E. Europäisierung durch das Bundesgericht?

Seine Methodik bezüglich des autonomen Herbeiziehens von EuGH-Rechtsprechung zur Auslegung autonomen Rechts schildert das Bundesgericht in BGE 137 II 199 («Swisscom») selbst wie folgt: „Vom Recht der Europäischen Union unabhängiges schweizerisches Recht ist grundsätzlich autonom auszulegen. Eine Koordination bzw. der Beizug des europäischen Rechts als Auslegungshilfe drängt sich immerhin soweit auf, als dies vom schweizerischen Gesetzgeber bezweckt war und sich die Regelungen auch inhaltlich entsprechen."[12]

Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu dieser Thematik lässt sich ohne Mühe herauslesen, dass es sich (nach der Rechtsauffassung des Bundesgerichts selbst) mit der „autonomen Europäisierung" des Bundesgerichts eindeutig nicht so verhält, dass schrankenlos EuGH-Rechtsprechung zur Interpretation konsultiert werden dürfte oder würde. Zumindest klar ersichtliche Ansätze bzw. Koordinationsabsichten müssen bereits im auszulegenden Recht vorhanden sein, um einen ausdrücklichen Verweis auf EuGH-Urteile oder -Praxis zu rechtfertigen. Das Bundesgericht hatte zwar in den Auszügen supra weniger im Sinne, Schranken für die Rezeption von EuGH-Rechtsprechung festzulegen, als vielmehr klarzustellen, dass die Orientierung an ausländischer Rechtsprechung grundsätzlich möglich ist. Die analysierten Daten bestätigen, dass dieser Praxis durchwegs gefolgt wird.

Insgesamt kann aus der Auswertung der erhobenen Daten geschlossen werden, dass das schweizerische Bundesgericht nicht signifikant europäisierend auf die schweizerische Rechtsordnung einwirkt. Hauptsächlich wird es seiner Rolle als rechtsanwendende Institution gerecht.

Begründet werden kann dieser Fakt hauptsächlich durch die während der gesamten untersuchten Zeitdauer herrschenden bundesgerichtlichen Praxis, welche das Bundesgericht selbst am besten zusammenzufassen scheint: „Vom Recht der Europäischen Union unabhängiges schweizerisches Recht ist grundsätzlich autonom auszulegen. Eine Koordination bzw. der Beizug des europäischen Rechts als Auslegungshilfe drängt sich immerhin soweit auf, als dies vom schwei-

[10] Jenni (Fn 1), S. 5.

[11] Oetiker Christian/Weibel Thomas, Einleitung, Art. 1, in: Oetiker Christian/Weibel Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, 2. Auflage, Basel 2016. Einleitung, N 26.

[12] BGE 137 II 199 («Swisscom»), E. 1 ff; ferner auch BGE 133 III 180, S. 184; BGE 130 III 182, S. 190; BGE 129 III 350, E. 6.; Amstutz (Fn 3), S. 1; Probst (FN 5), S. 10; Heinemann Andreas, Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, in: Fahrländer Lukas et al., Europäisierung der Schweizerischen Rechtsordnung, Zürich 2013, S. 32.

zerischen Gesetzgeber bezweckt war und sich die Regelungen auch inhaltlich entsprechen".[13] Diese Praxis lässt, die grundsätzliche Rolle des Rechtsanwenders noch gänzlich unbedacht, wenig Spielraum für richterliche Europäisierung.

Heinemann weist jedoch darauf hin, dass der Grad der Europäisierung der Rechtsordnung sich gerade in der Rechtsanwendung besonders klar zeigt und es gerade deshalb „Aufgabe der Rechtsanwendungsinstanzen" sei, den „Grad der europarechtlichen Prägung" festzustellen. Zu diesen bekannten Fakten kann entsprechend auch die vorliegende Arbeit eine wissenschaftliche Erkenntnis einbringen, und zwar insofern, als sie die Arbeit dieser „Rechtanwendungsinstanzen" analysiert und damit ein Bild davon zeichnet, wie breit und intensiv die schweizerische Rechtsordnung auf verschiedenen Wegen europäisiert wird und wurde. So haben sich zwischen 2008 und 2018 sämtliche Kammern des schweizerischen Bundesgerichts mehrere Male mit europäisiertem nationalen Recht und/oder Staatsverträgen, welche Gemeinschaftsrecht in die schweizerische Rechtsordnung tradieren, befasst und in diesem Zusammenhang Entscheide in praktisch allen Rechtsgebieten gefällt.[14]

Weiter weist Heinemann darauf hin, dass die rechtsanwendenden Institutionen diese vollziehende Rolle in der europarechtlichen Dynamik innerhalb der Rechtsordnung nur in diesem Modus weiterverfolgen können, solange auf Seite der Gesetzgebung die europäischen Einflüsse und Reichweiten „transparent dokumentiert werden".[15] Es darf m.E. deshalb noch einmal betont werden, dass – bloss im Lichte der hier behandelten Fragekomplexe gesehen – die rechtsetzenden- und die rechtsanwendenden Behörden sich aus politischen Überlegungen nicht zu einer „Europäisierung „*sotto voce*" hinreissen lassen dürfen, welche „die Autonomie stärker betont (...) als den Nachvollzug"[16], da dies die Übersichtlichkeit der europarechtlichen Einflüsse in der schweizerischen Rechtsordnung gefährden würde.

III. Ausblick

Das rechtliche Verhältnis zwischen der Schweiz und der Europäischen Union ist komplex. Die vorliegende Arbeit leistet der wissenschaftlichen Einsicht Unterstützung, dass zumindest der Punkt „Europäisierung durch Rechtsanwendung" keinen zusätzlichen zentralen Platz auf der „To-do-Liste" jener Kräfte und Institutionen einnehmen muss, welche sich mit diesem Verhältnis befassen.

Zum methodologischen Vorgehen in diesem Beitrag lässt sich abschliessend das Folgende sagen: Eine empirische Analyse von juristischen Phänomena ist auch als Reflexion über das Funktionieren des Rechtssystems an sich zu sehen. Amstutz spricht bezüglich solcher Analysen jenseits der traditionellen Sichtweise auf das Recht von einer Annäherung des Rechts „von innen",[17] was verschiedene Chancen biete, „[...] weil so das Recht Beobachtungs-Instrumente zur Verfügung bekommt, um die Verhältnisse und die Prozesse in seiner Umwelt besser erfassen zu können"[18]. Sich auf Foucault beziehend führt er weiter aus, dass bezüglich dieser Beobachtungsinstrumente von „*Epistemen*" gesprochen werden könne, welche es der Rechtstheorie ermöglichen würden, die Wirklichkeit in einem bestimmten Sinne zu deuten und allenfalls auch „blind spots" im Rechtssystem zu lokalisieren.[19] Eine einzelne Arbeit wie die vorliegende ermöglicht dies zwar nicht, kann aber in Ansätzen aufzeigen, was möglich ist und wäre, wenn die „Palette" der Wege zur Erkenntnisfindung in der Rechtswissenschaft auch von der herrschenden Lehre verbreitert würde.

[13] BGE 137 II 199 («Swisscom»), E. 1 ff.
[14] Zum Ganzen Heinemann (Fn 12), S. 31.
[15] Heinemann (Fn 12), S. 31.
[16] Heinemann (Fn 12), S. 31.
[17] Amstuz (Fn 3), S. 49.
[18] Amstuz (Fn 3), S. 49.
[19] Zum Ganzen Amstuz (Fn 3), S. 49 ff.

The ever-changing legal environment needs an ever-learning law firm.

LENZ & STAEHELIN

The world's Swiss law firm

www.lenzstaehelin.com

L'état de la pratique de reconnaissance d'État par l'Union Européenne

Mickaël Moulin (étudiant en Bachelor, Université de Fribourg)

Der Autor stellt sich die Frage, ob und inwieweit die EU als supranationale Organisation einen Staat anerkennen kann. Dazu analysiert er in einem ersten Schritt die Kompetenzaufteilung innerhalb der EU. Unter anderem am Beispiel des Kosovo erklärt der Autor anschliessend die beschränkten Handlungsspielräume der EU hinsichtlich dieser Thematik und führt schliesslich aus, inwiefern die EU dennoch einen Einfluss auf die völkerrechtliche Anerkennung von Staaten haben kann.

Abstract provided by the Editorial Board

Introduction

En droit international, la reconnaissance d'État *stricto sensu* correspond à « l'acte par lequel un État admet qu'une entité tierce réunit bien, à raison des éléments qui la composent sinon des modalités de sa formation, les conditions nécessaires à la possession de la personnalité juridique plénière dans l'ordre international »[1]. Cette définition semble réserver la compétence de reconnaitre aux seuls États, sujets originaires du droit international, jouissant de la plénitude des compétences et bénéficiant de la souveraineté. Il s'agira par conséquent d'examiner si, et dans quelle mesure, l'UE peut, en tant qu'organisation internationale, reconnaître un État.

I. L'UE est-elle compétente pour reconnaitre un État ?

A. L'attribution des compétences au sein de l'UE

L'UE est une organisation supranationale, et non un État. Elle est un sujet de droit international doté d'une personnalité juridique dérivée et d'une capacité fonctionnelle, comme en dispose l'art. 47 TUE[2]. Ses compétences sont donc limitées à celles qui lui ont été attribuées par ses États Membres[3]. Déterminer si et dans quelle mesure l'UE peut reconnaître un État invite de ce fait à s'interroger sur la question de savoir si ses États membres lui ont conféré la compétence d'effectuer un tel acte.

En matière de politique étrangère, les compétences de l'UE relèvent de la Politique Étrangère et de Sécurité Commune (*ci-après* PESC) définie aux art. 2 al. 4 TFUE et 20 ss TUE. Selon ces dispositions, les États membres doivent tenir compte des décisions prises dans le cadre de la PESC, mais ne sont pas privés de leurs compétences. L'UE n'a donc pas de compétences exclusives en matière de politique étrangère. L'adoption d'actes législatifs dans le cadre de la PESC est exclue (art. 24 par. 1 TUE). Les décisions prises dans ce cadre ne sont dès lors pas des actes unilatéraux de l'UE ayant un effet contraignant sur les entités concernées ou les États Membres, mais des décisions renforçant la coopération entre les États membres (art. 25 let. c TUE). Le pouvoir de l'UE en matière de reconnaissance est donc limité, « les États n'ayant pas transféré à la Communauté européenne le pouvoir de reconnaissance »[4].

La position de l'UE par rapport au cas Palestinien remet en question l'attribution de compétences à l'UE.

[1] Dupuy Pierre-Marie / Kerbrat Yann, *Droit international public*, 10e éd., Dalloz : Paris 2010, p. 38.

[2] Vaurs-Chaumette Anne-Laure, « La capacité diplomatique de l'Union – La question de la reconnaissance », in : Benlolo-Carabot Myriam / Candas Ulas / Cujos Églantine (édit.), *Union Européenne et droit international*, Pedone *: Paris 2012, 255-264*, p. 256.

[3] Besson Samantha, *Droit constitutionnel européen*, 3e éd., Schulthess : Berne 2016, p. 40.

[4] CDI, sixième rapport sur les actes unilatéraux de l'État, A/C N.4/534, 30 mai 2003, no 57.

Dans des conclusions du Conseil le 23 mai 2011, l'UE affirmait qu'elle était « disposée, le moment venu, à reconnaître un État Palestinien »[5]. Cette formulation peut nous faire croire que l'UE dispose de compétences en la matière, qu'elle peut unilatéralement procéder à un acte de reconnaissance, en violation de l'attribution de ses compétences. La résolution du Parlement européen du 17 décembre 2014 sur la reconnaissance de l›État palestinien clarifie la position de l'UE au sujet de la Palestine en rappelant que « la reconnaissance de la Palestine relève de la compétence des États membres ».

En définitive, parler de reconnaissance des États tiers par l'UE est inadapté. C'est dans le cadre de leur politique étrangère nationale et suivant leurs propres intérêts que les États membres procèdent à une reconnaissance[6].

B. La reconnaissance : un acte unilatéral et discrétionnaire.

Certaines caractéristiques de l'acte de reconnaissance soulignent elles aussi que l'UE n'est pas compétente pour reconnaître un État. Tout d'abord, cet acte doit être unilatéral, imputable au seul sujet de droit international qui en est l'auteur[7]. Comme nous l'avons vu, l'UE ne dispose pas des compétences pour effectuer un tel acte. En outre, le processus décisionnel de la PESC est dominé par les institutions européennes intergouvernementales (le Conseil européen et le Conseil de l'UE) et la plupart des décisions doivent être prises à l'unanimité (art. 31 TFUE). Cet aspect rend donc l'UE dépendante de la position de ses États membres, limitant ainsi sa compétence d'émettre des déclarations.

Le cas du Kosovo souligne l'aspect plus intergouvernemental qu'institutionnel qu'ont ces déclarations mais aussi le fait que l'UE ne peut formuler de position si ses États membres ne s'accordent pas. La question de la reconnaissance du Kosovo suite à sa déclaration d'indépendance du 17 février 2008 a divisé les États membres. Le Conseil, après s'être réuni au sujet d'une possible reconnaissance, a déclaré qu'il revient aux États membres de déterminer leurs relations avec le Kosovo, sans définir la position de l'UE. L'unanimité encadrant la prise de décision en matière de PESC ne lui a pas permis de surpasser la division des États membres.

De plus, les États sont souverains, aucun d'entre eux ne peut être obligé et contraint d'accorder sa reconnaissance à un État[8]. Il s'agit ainsi d'un acte discrétionnaire, guidé par les intérêts et opportunités propres à chaque État. Cet aspect pose une autre limite à la politique commune de reconnaissance européenne. À l'occasion de la dissolution de l'URSS et de l'ex-Yougoslavie, l'UE a fixé dans des déclarations cadres, des critères préalables à la reconnaissance. On peut ainsi penser que l'UE viole la souveraineté des États membres, en leur imposant une obligation de reconnaître[9]. Il a été rappelé que ces déclarations se contentent d'orienter le comportement des États membres, sans pour autant les contraindre de procéder à une reconnaissance**.** L'UE en revanche influe sur la politique des États membres en essayant d'encadrer leurs actes de reconnaissance.

II. L'influence de l'Union européenne en matière de reconnaissance

A. Détermination de critères précédents la reconnaissance

L'UE tente de mettre en place une « politique commune de reconnaissance » permettant d'assurer « la cohésion de l'Europe communautaire »[10]. L'un des aspects de cette influence réside en la détermination de critères, par l'UE, que l'État qui souhaite être reconnu doit remplir[11]. Les déclarations-cadre[12] du 16 décembre 1991 concernant l'ex-Yougoslavie[13] et les Lignes directrices sur la reconnaissance des nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique [14], précédemment évoquées, fixent ces conditions. Elles

---

[5] Conclusions de la 3091ème session du Conseil Affaires étrangères.

[6] Vaurs-Chaumette, p. 260.

[7] Tawil Emmanuel, *Relations Internationales*, Vuibert : Paris 2010, nº 124.

[8] Dold Beat, « Concepts and Practicalities of the Recognition of States », (2012) 22:1 *Revue Suisse de Droit International et Européen*, 81-100, p. 91.

[9] Reproduite dans le *Bull. CE*, 12-1991, n°1.4.6, p. 128.

[10] Charpentier, p. 344.

[11] Blumann Claude / Dubouis Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6e éd., LexisNexis : Paris 2016, p. 187.

[12] Terpan Fabien, *La politique étrangère et de sécurité commune de l'Union européenne*, Bruylant : Bruxelles 2003, p. 225.

[13] Reproduite dans le *Bull. CE*, 12-1991, nº1.4.6, p. 128.

[14] *Idem*, nº1.4.5, pp. 125 s.

ne constituent pas un acte de reconnaissance ou un acte qui oblige les États membres à reconnaitre un États. Elles obligent néanmoins les États à s'assurer que les conditions posées par ces déclarations soient remplies avant de procéder à une reconnaissance (art. 2 par. 3 TUE)[15].

Elles contiennent différents prérequis pour la reconnaissance des États, et notamment le respect des droits de l'homme, de l'état de droit et de la démocratie, le respect de l'inviolabilité des frontières, la protection des minorités et les garanties concernant la non-prolifération nucléaire ainsi que la stabilité régionale[16]. L'UE semble donc définir sa conception de la notion d'État, en consacrant une part importante au respect de certaines de ses valeurs. Aux critères « classiques » de la définition de l'État[17], l'UE ajoute des critères afin d'effectuer une réelle harmonisation des politiques étrangères de ses États membres. La création d'un tel cadre permet ainsi à l'UE d'influencer la politique de ses États membres[18].

La pratique de l'UE visant à établir des conditions à la reconnaissance n'a cependant pas été renouvelée après les déclarations de 1991. Cette politique de reconnaissance était limitée aux nouveaux États en Europe occidentale et en URSS, et n'avait donc pour but de créer un précédent[19]. Plusieurs déclarations telles que celle du 9 juillet 2011 suite à la déclaration du Soudan ou celle du 12 juin 2006 par rapport au développement des relations avec la République du Monténégro le soulignent. L'UE est liée à la position de ses États membres et adapte son intervention en fonction des situations.

B. Relations entre l'UE et l'État à reconnaître

Certains actes des États membres démontrent l'influence de l'UE et l'importance des déclarations sur leurs politiques étrangères. Par exemple, la déclaration de la France sur la reconnaissance du Monténégro se réfère directement à la déclaration du Conseil pour justifier sa position. Cela souligne ainsi l'effet normatif des positions adoptées par le Conseil, que l'UE et qu'une politique étrangère commune dans le cadre de l'UE existe[20].

En outre, malgré l'impossibilité pour l'UE de procéder à une reconnaissance formelle, due aux positions variées des Etats Membres sur la question, celle-ci peut par son attitude démontrer sa volonté de tenir compte de l'émergence d'une entité sur la scène internationale[21]. Le cas du Kosovo le souligne, dans la mesure où l'attitude de l'UE semble être en rupture avec la position variée des États membres. Comme nous l'avons vu, l'aspect intergouvernemental et l'unanimité des décisions au sein du Conseil n'ont pas permis à cet organe de prendre position. En revanche, le Parlement européen s'est montré favorable à la reconnaissance du Kosovo et a invité les cinq États ne l'ayant pas reconnu à le faire. L'UE a par ailleurs accordé au Kosovo le statut de candidat potentiel d'adhésion à l'Union européenne. Dans ce cadre, la Commission européenne a alloué près d'un milliard d'euros d'aide au Kosovo au titre de l'Instrument d'aide de préadhésion (IPA).

Les déclarations du 16 décembre 1991 nous informent sur les effets de la reconnaissance. Elles évoquent que la satisfaction des critères fixés par l'UE ouvre la voie à la reconnaissance et à l'établissement de relations diplomatiques. Cet établissement de relations a été confirmé dans des cas plus récents, comme lors de la déclaration du Conseil par rapport à la reconnaissance du Monténégro, dans laquelle celui-ci déclarait que « l'Union européenne et les États membres ont décidés qu'ils développeront leurs relations avec la République du Monténégro ».

Enfin, nous pouvons aussi nous demander si un État n'ayant pas été reconnu par l'ensemble des États membres peut adhérer à l'UE. D'abord, la ratification de l'accord d'adhésion par l'ensemble États membres

[15] Vaurs-Chaumette, p. 260.

[16] Türk Danilo, « Recognition of States: A Comment », (1993) 4:1 *European Journal of International Law*, 66-71, p. 72.

[17] Avis de la Commission d'arbitrage de la conférence pour la paix en Yougoslavie du 29 novembre 1991, « une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumise à un pouvoir politique organisé » ; Högger Daniel, *The recognition of states – a study on the historical development in doctrine and practice with a special focus on the requirements*, Lit Verlag : Bâle 2014, p. 13.

[18] Charpentier Jean, « Les déclarations des douze sur la reconnaissance des nouveaux États », (1992) 96:2 *Revue Générale de Droit International Public*, 343-355, p. 347.

[19] *Idem*, p. 350.

[20] Vaurs-Chaumette, p. 262.

[21] Rideau Joël, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6e éd., L.G.D.J : Paris 2010, p. 373.

est nécessaire pour qu'un État puisse devenir membre de l'UE[22]. Or, la ratification d'un tel accord est considérée comme un acte de reconnaissance**.** Il est ainsi peu probable qu'un accord d'adhésion d'un État non reconnu par l'ensemble des États membres soit adopté à l'unanimité. Il n'y a par conséquent pas de perspectives d'adhésion pour une entité qui n'a pas été reconnue par l'ensemble des États membres[23].

Conclusion

Le droit international de la reconnaissance concerne chaque sujet de droit international et notamment l'organisation supranationale qu'est l'UE. En matière de reconnaissance active, l'UE ne dispose pas des compétences lui permettant de reconnaitre un État de manière unilatérale (*supra I*). Elle tente cependant d'harmoniser les politiques étrangères de ses États membres par le biais de déclarations communes dans le cadre de la PESC et d'influencer la politique de ses États membres (*supra II*).

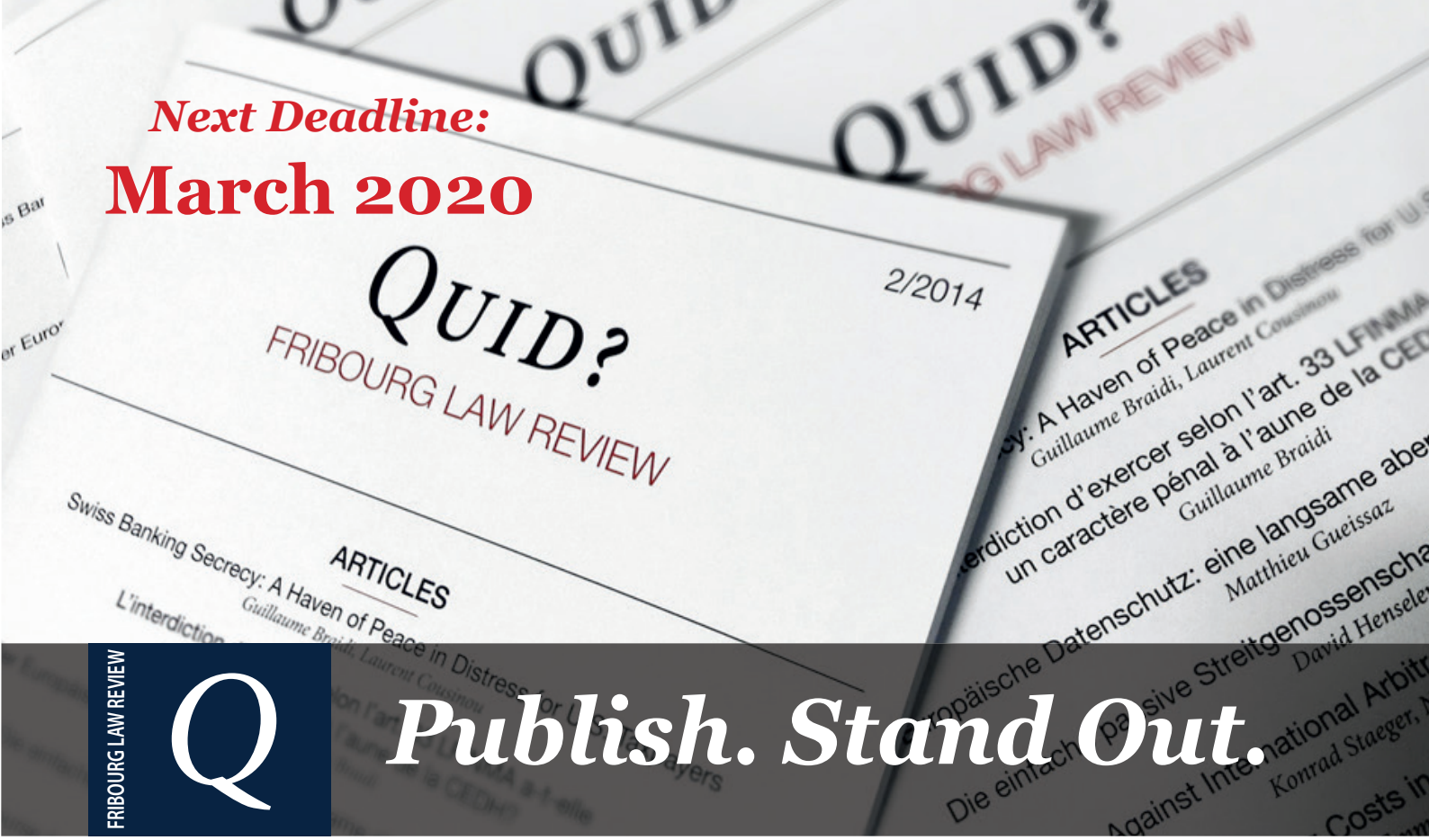
Nous pouvons déceler une certaine évolution dans la pratique de l'UE en matière de reconnaissance. L'Acte unique prévoyait que les positions communes n'étaient qu'un point de référence pour les États. Elles sont ensuite devenues plus contraignantes, notamment suite à l'adoption du Traité de Maastricht qui disposait que « les États membres veillent à la conformité de leurs politiques nationales avec les positions communes »[24]. De plus, l'attitude de l'UE dans le cas kosovar montre que l'UE tend à surpasser le clivage existant entre ses États membres pour nouer des relations diplomatiques et économiques avec cet État[25]. Face à cet interventionnisme croissant, il paraît légitime de se demander si l'UE s'arrogera les compétences lui permettant d'avoir une politique extérieure indépendante, d'effectuer une reconnaissance communautaire et non plus intergouvernementale.

[22] Rideau, p. 95.

[23] Koeth Wolfgang, *La Bosnie, le Kosovo et l'UE : une adhésion est-elle possible en l'absence d'une pleine souveraineté ?*, disponible sous https://www.eipa.eu/wp-content/uploads/2017/11/WKOEipascope2012_1_FR .pdf, p. 5.

[24] *Ibidem.*

[25] Rideau, p. 373.



Next Deadline:

March 2020

FRIBOURG LAW REVIEW

Publish. Stand Out.

Publish your legal article in QUID? FRIBOURG LAW REVIEW and become part of Switzerland's first student law review.

YOU

- are a student at the University of Fribourg (incl. LL.M./Erasmus)
- have written a paper, incl. a (pro)seminar or master thesis, on a legal topic in DE, FR, IT, EN (or you are planning to do so)
- want to publish and show your commitment

WE

- are QUID? FRIBOURG LAW REVIEW
- publish under the auspices of Fribourg Law Professors
- are officially referenced by the Swiss National Library
- cooperate with Zurich law firm Niederer Kraft & Frey

LEARN MORE AT https://student.unifr.ch/quid
CONTACT US fribourglawreview@unifr.ch

Die Beschwerde gegen den Konkurseröffnungsentscheid: Kritikpunkte in der Praxis

Salomé Rutishauser (Studentin im Master, Universität Fribourg)

L'article traite de la révision du droit de recours de la LP introduit par l'entrée en vigueur du CPC le 1er janvier 2010 ainsi que des problèmes engendrés dans la pratique. L'autrice illustre ces derniers à l'aide d'exemples, et démontre qu'ils sont parfois dus aux divergences de la LP et du CPC, notamment en ce qui concerne le droit de recours et le droit des novas.

Abstract provided by the Editorial Board

Einleitung

Mit der Einführung der Zivilprozessordnung und deren Inkrafttreten am 1. Januar 2010 erfuhr auch das Beschwerderecht im SchKG eine Änderung.[1] Die Entscheide des Konkurs- und Nachlassgerichts wurden der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO unterstellt, was neu in Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO ausdrücklich bestimmt wurde.[2]

Art. 174 SchKG spricht lediglich vom «Entscheid des Konkursgerichts».[3] Bei Art. 293a Abs. 3 SchKG wird der Konkurs zwar durch das Nachlassgericht ausgesprochen. Art. 174 Abs. 1 SchKG findet jedoch analog Anwendung, falls aufgrund gescheiterter Stundung der Konkurs v.A.w. eröffnet wird. Weitere Entscheide die von Art. 174 SchKG erfasst sind, sind der Entscheid über die Konkurseröffnung, Abweisungsentscheide, Nichteintretensentscheide, Abschreibungen zufolge Rückzugs sowie zufolge Gegenstandslosigkeit, aber auch der Entscheid über die Aussetzung und den Konkursaufschub.[4] Vor der Revision von 1994 nannte der Gesetzestext lediglich die Eröffnung und Abweisung des Konkurserkenntnisses als mögliche Anfechtungsobjekte.[5] Da der Gesetzestext durch die Revision nur noch von «Entscheid» spricht und weder Botschaft noch Bericht der Expertenkommission sich zu diesem Umstand äussern, fallen auch die oben genannten weiteren Entscheide zweifellos unter die Bestimmung. Weiter stellt Art. 194 Abs. 1 SchKG klar, dass das Weiterziehungsrecht auch für die Konkurseröffnungen ohne vorgängige Betreibung nach Art. 190 ff. SchKG gilt.[6]

Wenn auch durch die Möglichkeit der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO gegen den Konkurseröffnungsentscheid die Stellung der Beschwerdelegitimierten wesentlich verbessert wurde, ergeben sich in der Praxis verschiedene Probleme.[7] Dies mitunter bedingt durch die abweichenden Regelungen, welche das SchKG von der ZPO insbesondere in Bezug auf die Beschwerdelegitimation und das Novenrecht vorsieht. Diese Problematik wird anhand der zwei nachfolgenden Beispiele verdeutlicht.

I. Beschwerdelegitimation des Gläubigers im Fall von Art. 190 SchKG

Da das Weiterziehungsrecht von Art. 174 SchKG wie erwähnt auch im Rahmen von Art. 191 SchKG gilt, stellt sich die Frage der beschwerdelegitimierten Parteien.[8] Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die Gläubiger im Fall von Art. 191 SchKG, wenn

[1] Zum Ganzen vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBL 2006, S. 7244.

[2] Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBL 2006, S. 7258.

[3] Zum Ganzen vgl. Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2018, N 1113.

[4] Ammonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 57 N 10; Talbot Philip, Kommentar zu Art. 174 SchKG, in: Kostkiewicz Kren Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Prozess- und Vollstreckungsrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Bern und Zürich 2017, Art. 174 SchKG N 1.

[5] Zum Ganzen vgl. Giroud Roger, Kommentar zu Art. 174 SchKG, in: Staehlin Adrian/Bauer Thomas/Staehlin Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159-352 SchKG, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 174 SchKG N 10.

[6] Dolge Anette, Praktische Fragen im Beschwerdeverfahren gegen die Konkurseröffnung, in: Markus Alexander R./Hrbuesch-Millauer Stephanie/Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international-Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kostkiewicz, Bern 2018, S. 474.

[7] Steiner Jakob, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel, Basel 2019 (Band 31), N 288; Steiner Jakob, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessord-nung, Diss. Basel, Basel 2019 (Band 31) N 546.

[8] Gasser Dominik, Revidiertes SchKG-Hinweise auf kritische Punkte, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, ZBJV, 1996, Band 132, Heft 10, S. 627-653, S. 645.

der Schuldner über sich selbst die Konkurseröffnung beantragt, nicht zur Beschwerde legitimiert.[9] Dies u.a. mit der Begründung, dass ihnen im Verfahren der Insolvenzerklärung des Schuldners keine Parteistellung zukommt.[10] Folgt man einer rein grammatikalischen Auslegung von Art. 191 SchKG, ist diese Lösung richtig. Die folgenden Ausführungen werden aber zeigen, dass sich aufgrund der starken Betroffenheit des Gläubigers auch im Rahmen von Art. 191 SchKG durchaus die Frage stellt, ob es sich nicht um eine Gesetzeslücke handelt.

A. Fehlende Beschwerdelegitimation: Gesetzeslücke?

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung wird deshalb in der Lehre auch von verschiedenen Seiten kritisiert.[11] Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass der Gläubiger auch im Fall einer Konkurseröffnung nach Art. 191 SchKG in seinen Interessen gefährdet werden kann.[12] Dieser wird durch die Konkurseröffnung stark betroffen, da mit ihr sämtliche Betreibungen gegen den Schuldner wegfallen und er sich u.U. mit einer Konkursdividende begnügen muss. Die Interessen des Gläubigers fallen aber an sich in den Schutzbereich des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts. Massgebend sollte dabei also weniger die förmliche Parteistellung als vielmehr die materielle Beschwer sein.[13] In Betracht zu ziehen ist auch die Botschaft zur Revision des SchKG, welche u.a. den Zweck verfolgte, unnötige Konkurse zu verhindern.[14]

Die Insolvenzerklärung nach Art. 191 SchKG ist mit einer erheblichen Missbrauchsgefahr verbunden.[15] Der Schuldner kann sich durch sie u.U. in den Konkurs flüchten, da sich eine Häufung von Spezialexekutionen durchaus härter auswirken kann.[16] Auch wenn man dies in der Praxis durch eine restriktive Anwendung von Art. 191 SchKG zu verhindern versucht, sind die Vorteile gross.[17] Sämtliche bereits vollzogene Pfändungen fallen dahin, er kann wieder frei über seinen Lohn verfügen und für Konkursforderungen kann er erst wieder betrieben werden, wenn er zu neuem Vermögen gekommen ist.[18] Unter Berücksichtigung dieses Umstands, besteht durchaus ein Bedürfnis, dem Gläubiger auch im Rahmen von Art. 191 SchKG eine Beschwerdelegitimation zuzugestehen, auch wenn dieser keine Parteistellung hat. Dabei ist der Meinung von Gasser durchaus zuzustimmen, die förmliche Parteistellung hinter der materiellen Beschwer, welche damit durchaus gegeben ist, zurücktreten zu lassen.[19] Zudem ist zu erwägen, dass kein Schuldner seine eigene Insolvenzerklärung anfechten wird, weshalb sich die Frage der Legitimation des Gläubigers umso mehr aufdrängt und auch entsprechend bejaht werden sollte.

B. Beginn des Fristenlaufs?

Es stellt sich die Frage, wann in diesem Fall die 10-tägige Frist für die Gläubiger zu laufen beginnt.[20] Mangels Parteistellung wird diesen der Entscheid nicht zugestellt, womit eine Zustellung als möglicher Anknüpfungspunkt entfällt. Als Folge müsste man die Frist in jedem Fall wiederherstellen.[21] Der Gläubiger müsste demnach ein Gesuch nach Art. 33 Abs. 4 SchKG stellen, was zu einer Verfahrensverzögerung führen könnte.[22] Einzig auf die Publikation des Entscheids im Handelsamtsblatt nach Art. 176 Abs. 1 SchKG

[9] BGE 123 III 402, E.3.
[10] BGE 123 III 402, E.3cc.
[11] Vgl. Gasser Dominik, Revidiertes SchKG-Hinweise auf kritische Punkte, in: Zeitschrift des Bern-ischen Juristenvereins, ZBJV, 1996, Band 132, Heft 10, S. 627-653, S. 645.
[12] Zum Ganzen vgl. Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Kon-kursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 38 N 23; § 48 N 13.
[13] Amonn Kurt/Gasser Dominik, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., Bern 1997, § 38 N 29.
[14] Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991, BBL 1991 III 1, S. 112.
[15] Talbot Philip, Kommentar zu Art. 190 SchKG, in: Kostkiewicz Kren Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Prozess- und Vollstreckungsrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Bern und Zürich 2017, Art. 190 SchKG, N 5.
[16] Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 38 N 19.
[17] Talbot Philip, Kommentar zu Art. 190 SchKG, in: Kostkiewicz Kren Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Prozess- und Vollstreckungsrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Bern und Zürich 2017, Art. 190 SchKG, N 5; vgl. Urteil des BGer 5A_676/2008 vom 15. Januar 2009.
[18] Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 38 N 23.
[19] Zum Ganzen vgl. Gasser Dominik, Revidiertes SchKG-Hinweise auf kritische Punkte, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, ZBJV, 1996, Band 132, Heft 10, S. 627-653, S. 645.
[20] Zum Ganzen vgl. Amonn Kurt/Gasser Dominik, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, ZBJV, 1998, Band 123, Heft 9, S. 556-567, S. 567.
[21] BGE 123 III 402, E.3bb.
[22] Amonn Kurt/Gasser Dominik, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, ZBJV, 1998, Band 123, Heft 9, S. 556-567, S. 566.

abzustellen, erweist sich ebenfalls als schwer.[23] Dies ist also durchaus auch zu bedenken. Nichtsdestotrotz bleibt durch die Rechtsprechung des BGer das ungelöste Problem eines ungenügenden Rechtsschutzes für den Gläubiger, der im Fall von Art. 191 SchKG, wenn auch nicht formell, doch materiell beschwert ist.[24] Nach der hier vertretenen Auffassung sollten deshalb die Interessen des Gläubigers an einem genügenden Rechtsschutz höher gewichtet werden als das Interesse an einem raschen Verfahren. Eine mögliche Lösung wäre u.U. für den Zeitpunkt des Fristenlaufs auf die Spezialanzeige nach Art. 233 SchKG abzustellen.[25]

II. Redaktionelle oder materielle Änderung des Novenrechts?

Nicht von Anfang an war klar, ob durch die SchKG Revision von 1994 im Hinblick auf das Novenrecht, die Einhaltung der zeitlichen Schranke von 10 Tagen auch für echte Noven gelte.[26] Das BGer hatte sich in seinem Urteil vom 26. Juli 2013 mit dieser Frage auseinanderzusetzen und bestätigte die alte Rechtsprechung, dass auch die echten Noven innert der 10-tägigen Beschwerdefrist vorgebracht werden müssen. Im vorliegenden Fall ging es um eine Beschwerdeführerin, die mit ihrem Antrag nach Art. 174 Abs. 2 SchKG abgewiesen wurde, da sie ihr als echtes Novum qualifiziertes Vorbringen erst nach Ablauf der 10-tägigen Beschwerdefrist eingebracht hat.[27] Diese machte daraufhin geltend, dass durch die Revision des Art. 174 Abs. 2 SchKG auch die zuvor für die bis zu Ende 2010 gültige Fassung des SchKG geltende Rechtsprechung des BGer einer Änderung zugänglich sei.[28] Dafür müsste es sich aber um eine materielle und nicht bloss redaktionelle Änderung des Gesetzes handeln.[29] Demnach hatte sich das BGer anhand der verschiedenen Auslegungselemente mit dieser Frage zu befassen.[30] Auffallend zeigt sich die Argumentation beim grammatikalischen Element, wonach das BGer zum Schluss kommt, der Passus «dabei» mache klar, dass echte Noven zwingend innert der Rechtsmittelfrist vorzubringen seien, indem das Wort direkt an die Rechtsmittelfrist anknüpfe.[31] Wenn das BGer sich hier auch mit einer etwas knappen Begründung begnügt, ist diese nach Ansicht der Autorin durchaus nachvollziehbar. Auch aufgrund der systematischen Auslegung kommt das BGer zum Schluss, dass Art. 174 Abs. 1 SchKG, der nach der grammatikalischen Auslegung ausdrücklich ein fristgerechtes Vorbringen verlange, massgebend für die Auslegung von Art. 174 Abs. 2 SchKG sei.[32] Auch könne dieser Schluss nicht durch einen Rückgriff der Bestimmung von Art. 317 ZPO umgangen werden. Dieses Argument ist durchaus zu begrüssen, da, wie Sterchi argumentiert, es an Konsistenz mangeln würde, wenn man bei Art. 174 Abs. 2 SchKG einerseits von einer lex specialis zum allgemeinen Novenrecht nach Art. 326 Abs. 1 ZPO ausgeht und dann aber anderseits diese Bestimmung durch einen Rückgriff auf die Bestimmung der ZPO umginge.[33] Im Rahmen der teleologischen Auslegung beschränkt sich das BGer in seiner Argumentation auf die Bemerkung, dass es sich bei der Änderung lediglich um eine Anpassung an die ZPO handle und deshalb das teleologische Element überhaupt keinen Raum finde.[34] Die Argumente der Beschwerdeführerin lassen jedoch durchaus für eine gegenteilige Auffassung sprechen, indem sie auf den Sinn und Zweck der Revision, unnötige Konkurse zu verhindern, hinweist. Dass dies zutrifft und sich der Gesetzgeber im Rahmen der Revision ausführlich mit dem Novenrecht beschäftigte, bestreitet das BGer in keiner Weise. Nach Ansicht der Autorin ist die Argumentation, es verhalte sich bei der per 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Änderung anders und lediglich um eine Anpassung an die ZPO, nicht konsistent.

[23] Amonn Kurt/Gasser Dominik, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, ZBJV, 1998, Band 123, Heft 9, S. 556-567, S. 567.

[24] Zum Ganzen vgl. Amonn Kurt/Gasser Dominik, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, ZBJV, 1998, Band 123, Heft 9, S. 556-567, S. 567.

[25] Vgl. BGE 123 III 402, S. 404 E.3bb.

[26] Zum Ganzen vgl. Urteil des BGer 5A_258/2013 vom 26. Juli 2013.

[27] Urteil des BGer 5A_258/2013 vom 26. Juli 2013, E.2.

[28] Urteil des BGer 5A_258/2013 vom 26. Juli 2013, E.4.3.

[29] Urteil des BGer 5A_258/2013 vom 26. Juli 2013, E.4.1.

[30] Vgl. Urteil des BGer 5A_258/2013 vom 26. Juli 2013.

[31] Urteil des BGer 5A_258/2013 vom 26. Juli 2013, E.4.4.

[32] Zum Ganzen vgl. Urteil des BGer 5A_258/2013 vom 26. Juli 2013, E.4.4.

[33] Sterchi Martin, Kommentar zu Art. 326 ZPO, in: Alvarez Ciprinao/Berger Bernhard/Berger-Steiner Isabelle/Brönnimann Jürgen/Bühler Alfred/Emch Daniel/Frei Nina J./Gross Balz/Güngerich Andreas/Hurni Christoph/Kellerhals Franz/Killias Laurent/Markus Alexander R./Marti Mario/Peter James T./Rüetschi David/Rüetschi Sven/Spycher Annette/Sterchi Martin H./Walpen Adrian/Walther Fridolin/Zingg Simon/Zuber Roger (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, Artikel 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, 1. Aufl., Bern 2012, Art. 326 ZPO N 7.

[34] Zum Ganzen vgl. Urteil des BGer 5A_258/2013 vom 26. Juli 2013, E.4.5.

A. Das Bedürfnis nach Schutz des Gläubigers

Insbesondere der Argumentation, dass durch die zahlreichen Betreibungsphasen genügend Sicherheiten zum Schutz des Schuldners und damit Verhinderung eines unnötigen Konkurses eingebaut wären, kann nach dem Gesagten nicht zugestimmt werden. Der Konkurs kann nämlich vom Gläubiger auch aufgrund eines materiellen Konkursgrundes eröffnet werden, welcher keine vorgängige Betreibung voraussetzt.[35] In diesem Fall fehlen diese «zahlreichen Betreibungsphasen», von welchen das BGer in seinem Urteil spricht.[36] Der Gläubiger gelangt in diesem Fall direkt an das Konkursgericht, ohne dass er zunächst ein Einleitungsverfahren durchschreiten muss.[37] Dies kann dazu führen, dass der Konkurs eröffnet wird, ohne dass die Forderung je materiell überprüft worden wäre.

B. Gewährung einer Nachfrist als Lösung

Betrachtet man den eben erwähnten Umstand, besteht durchaus ein Interesse, ein echtes Novum auch nach Ablauf der 10-tägigen Rechtsmittelfrist zuzulassen.[38] Auch Fritschi spricht sich dafür aus und regt gar dazu an, den Gesetzestext von Art. 174 Abs. 2 SchKG dahingehend zu ändern, dass die Zahlungsfähigkeit innert einer von der Rechtsmittelinstanz zu gewährenden Nachfrist glaubhaft zu machen sei.[39] Es soll also entgegen der geltenden Praxis nach Ablauf der Rechtsmittelfrist das Gewähren einer Nachfrist zulässig sein. Nichtsdestotrotz überzeugt das Ergebnis des BGer, da nach Einschätzung der Autorin keine Gründe für eine unterschiedliche Regelung bezüglich echter und unechter Noven ersichtlich sind. Zudem würde sich die Frage nach einer zeitlichen Grenze für das Zulassen echter Noven stellen.[40] Hier zeigt sich das Spannungsverhältnis zwischen den unterschiedlichen Interessen von Gläubiger und Schuldner. Wenn auch eine Zulassung echter Noven nach Ablauf der Rechtsmittelfrist dem Schuldner einen zusätzlichen und vielleicht auch durchaus nötigen Schutz vermitteln würde, steht dem das durchaus legitime Interesse des Gläubigers an Rechtssicherheit entgegen.

Fazit

Wenn auch das Beschwerdeverfahren gegen den Konkurseröffnungsentscheid grundsätzlich der ZPO folgt, sieht das SchKG gewisse abweichende Regelungen vor, was sich insbesondere aus seiner Eigenständigkeit ergibt. Dass diese Abweichungen das Verfahren nicht nur vereinfachen, sondern auch zu Problemen und Ungerechtigkeiten führen können, konnte anhand von zwei Beispielen gezeigt werden. Während durch die Einführung von Art. 295c SchKG der Kreis der Beschwerdelegitimierten erweitert und damit die Stellung des Gläubigers wesentlich verbessert wurde, bestünde ein solches Bedürfnis auch im Fall von Art. 191 SchKG.

In Bezug auf die Novenproblematik wurde gezeigt, dass auch die Gewährung einer Nachfrist keine mögliche Lösung für das bestehende Rechtsschutzbedürfnis des Schuldners sein kann. Einerseits weil sich damit die zusätzliche Frage einer zeitlichen Grenze stellen würde. Anderseits aufgrund dem in diesem Fall höher zu gewichtendem Bedürfnis des Gläubigers an Rechtssicherheit.

[35] Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 35 N 10.
[36] Urteil des BGer 5A_258/2013 vom 26. Juli 2013, E.4.5.
[37] Zum Ganzen vgl. Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 38 N 2.
[38] Vgl. Fritschi Eugen, Beschwerde gegen Konkurseröffnungsentscheide, in: Breitschmied Peter/ Jent-Sørensen Ingrid/Schmid Hans/Sogo Miguel (Hrsg.), Tatsachen Verfahren Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich 2015, S. 157-172, S. 160.
[39] Zum Ganzen vgl. Fritschi Eugen, Beschwerde gegen Konkurseröffnungsentscheide, in: Breitschmied Peter/Jent-Sørensen Ingrid/Schmid Hans/Sogo Miguel (Hrsg.), Tatsachen Verfahren Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich 2015, S. 157-172, S. 161.
[40] Vgl. Urteil des BGer 5A_258/2013 vom 26. Juli 2013, E.4.1.

Interview mit Hans Wiprächtiger

Ehemaliger Bundesrichter und Rechtsanwalt

Geburtsjahr: 1943 Heimatkanton: Luzern

Akademische Laufbahn

1967: lic. iur., Universität Zürich

1970: Rechtsanwaltspatent und Notariatspatent Luzern

2004: Dr. iur. h.c., Universität Fribourg

Berufliche Laufbahn

1970-1973: Wissenschaftlicher Mitarbeiter
Justizdepartement Luzern

1975-1981: Grossrat Luzern (1979-1981 Fraktionspräsident)

1975-1978: Obergerichtsschreiber Obergericht Luzern

1978-1981: Amtsrichter Luzern

1981-1990: Oberrichter Luzern

1978-1991: Eidg. Militärkassationsrichter

1980-1990: Präsident eidg. Einigungsamt

1990-2011: Bundesrichter

Seit 2011: Rechtsanwalt bei Advokatur Gremmelspacher Biaggi Wiprächtiger

Wieso haben Sie sich damals für ein Rechtsstudium entschieden?

Ein naturwissenschaftliches Studium kam wegen mangelnder Fachkenntnis nicht in Frage und bei den Geisteswissenschaften habe ich bei der Jurisprudenz die besten beruflichen Möglichkeiten gesehen.

Würden Sie sich heute nochmals gleich entscheiden?

Ja.

Wie gut fühlten Sie sich durch das Rechtsstudium auf die Berufswelt vorbereitet?

Überhaupt nicht. Mir fehlte der Praxisbezug völlig. Ich erinnere mich an den Kurs Wertpapierrecht, in dem mir zwar juristisch-abstrakte Definitionen beigebracht wurden, am Ende hatte ich jedoch kein einziges Mal ein Wertpapier in den Händen gehalten. Die Bedeutung eines Wertpapieres wurde mir dadurch gar nicht richtig bewusst.

Welches ist Ihre schönste Erinnerung an die Studienzeit?

Der Abschluss. Im Übrigen fand ich diese Zeit – neben dem Studium – als sehr schön und aufregend.

Welche Bedeutung hat für Sie die Ehrendoktorwürde, die Ihnen von der Universität Fribourg im Jahr 2014 verliehen wurde?

Ich erachte diese Ehre als eine sehr grosse Anerkennung für meine Arbeit als Richter, als Lehrer und als juristischer Schriftsteller. Sie hat mich riesig gefreut.

Ich erachte diese [Ehrendoktorwürde] als eine sehr grosse Anerkennung für meine Arbeit als Richter, als Lehrer und als juristischer Schriftsteller. Sie hat mich riesig gefreut.

Wie kam es dazu, dass Sie sich nach Ihrem Studium und dem Erwerb des Anwaltspatents sowie des Notariatspatents für eine Stelle als Gerichtsschreiber am Obergericht Luzern entschieden habe?

Zuerst war ich Mitarbeiter beim Justizdepartement des Kantons Luzern. Als beim Obergericht eine Stelle als Gerichtsschreiber frei wurde, habe ich mich für diese beworben, weil sie mir interessanter erschien.

Nur wenige Jahre später wurden Sie zum Amtsrichter gewählt. War für Sie da bereits klar, dass Sie eine Laufbahn in der Justiz einschlagen würden?

Ja, diese Möglichkeit habe ich schon gesehen, aber erst von diesem Zeitpunkt an.

Als Gerichtsschreiber konnte ich Erfahrungen sammeln, die mir in meinem späteren Beruf als Richter sehr nützlich waren. Ein Beispiel hierfür ist die fachgerechte Begründung eines Urteils, welche eine der Hauptaufgaben des Gerichts darstellt.

Inwiefern hat die Tätigkeit als Gerichtsschreiber Sie auf den Beruf des Richters vorbereitet?

Als Gerichtsschreiber konnte ich Erfahrungen sammeln, die mir in meinem späteren Beruf als Richter sehr nützlich waren. Ein Beispiel hierfür ist die fachgerechte Begründung eines Urteils, welche eine der Hauptaufgaben des Gerichts darstellt. Ausserdem konnte ich vieles zum Umgang mit Prozessparteien, vor allem hinsichtlich ihrer Persönlichkeitsrechte, lernen.

Sie wurden direkt nach Ihrem Berufseinstieg in den Grossen Rat des Kantons Luzern gewählt. Inwiefern war es für Ihre Tätigkeit als Richter von Bedeutung, parteipolitisch aktiv zu sein?

Die sechsjährige Tätigkeit als Grossrat hat mir – neben vielen wertvollen Erfahrungen – später insofern geholfen, als im Jahre 1989, bei meiner Wahl zum Bundesrichter, etliche dieser ehemaligen Kollegen in der Zwischenzeit Stände- oder Nationalräte waren, also zur Wahlbehörde gehörten, zum Beispiel Josy Meier, Judith Stamm, ferner ein Bundesrat Kaspar Villiger.

Man muss zur richtigen Zeit am richtigen Ort stehen, denn es werden immer wieder Stellen frei. Von den persönlichen Eigenschaften her schätze ich Sozialkompetenz als sehr wichtig ein.

Woher rührt Ihr besonderes Interesse am Strafrecht?

Die Hinwendung ins Strafrecht war rein zufällig – es waren eben Richterstellen in diesem Fachgebiet zu besetzen. Die Vielzahl der Fälle, die mir in meinem Beruf begegnet sind, führten dazu, dass ich im Laufe der Zeit immer mehr Einblick in strafrechtlichen Themen gewann, weshalb ich mich auch in der Lehre vertieft mit diesem Rechtsgebiet auseinandergesetzt habe.

Vom Amtsrichter wurden Sie zum Oberrichter gewählt. Schliesslich kamen Sie ans Bundesgericht. Was braucht es, um sich entsprechend hochzuarbeiten?

Glück. Man muss zur richtigen Zeit am richtigen Ort stehen, denn es werden immer wieder Stellen frei. Von den persönlichen Eigenschaften her schätze ich Sozialkompetenz als sehr wichtig ein.

Wie sah Ihr Alltag als Bundesrichter aus?

Der bestand aus viel Aktenstudium von morgens ab 07:00 Uhr bis abends um 18:00 Uhr. Hin und wieder sassen wir Richterinnen und Richter intern zusammen und tauschten uns miteinander aus, wenn wir uns nicht einig wurden. In den meisten Fällen ergab sich die Einstimmigkeit jedoch bereits auf dem Weg der Aktenzirkulation. Kam keine Einstimmigkeit zustande, fand eine offizielle Sitzung statt, wie sie das Gesetz vorschreibt. Neben meiner Arbeit bereitete mir das herrliche Lavaux-Gebiet viel Freude.

> Ich bin sehr froh, haben wir in der Schweiz ein massvolles Strafrecht zustande gebracht, das dem Verhältnismässigkeitsprinzip entspricht. [...] Die Dichte, Transparenz und Überschaubarkeit der Strafbemessung, wie wir sie heute kennen, ist sicher eine Errungenschaft.

Welches waren die grössten Herausforderungen, denen Sie sich in diesem Amt stellen mussten?

Der Kampf für mehr Öffentlichkeit und das Bemühen gegen zu hohe Strafen.

Welche Fälle sind Ihnen nahegegangen?

Dazu gehören schwierige Fahrlässigkeitsdelikte wie beispielsweise Schwimmbadunfälle. Ausserdem gingen mir Fälle mit hohen Strafen und Verwahrungen nahe, die gottseidank nur selten ausgesprochen wurden.

In welchen Situationen empfanden Sie Ihren Beruf als besonders erfüllend?

Wenn sich die Möglichkeit ergab, im Strafrecht Weichen zu stellen und so eine positive Wirkung auf die Gesellschaft ausüben zu können. Ich bin sehr froh, haben wir in der Schweiz ein massvolles Strafrecht zustande gebracht, das dem Verhältnismässigkeitsprinzip entspricht. Ich kann mich auch noch gut daran erinnern, wie in den 90er-Jahren die Begründung der Strafzumessung vor Gericht gänzlich fehlte. Die Dichte, Transparenz und Überschaubarkeit der Strafbemessung, wie wir sie heute kennen, ist sicher eine Errungenschaft.

> An erster Stelle sollten die Sozialkompetenz und das hohe fachliche Wissen [bei der Auswahl der Richterinnen und Richter am Bundesgericht] stehen. Die Zugehörigkeit zu einer Partei dürfte höchstens drittrangig sein.

Sie hatten als Bundesrichter keine Scheu davor, sich mit Ihren Positionen der Öffentlichkeit zu stellen und Aussagen zu treffen, die auch kontrovers aufgenommen wurden. Würden Sie dies heute noch genauso handhaben?

Ja, aber noch viel pointierter.

Wie stehen Sie zur Auswahl der Richterinnen und Richter am Bundesgericht? Würden Sie allenfalls Anpassungen am jetzigen System vornehmen?

An erster Stelle sollten die Sozialkompetenz und das hohe fachliche Wissen stehen. Die Zugehörigkeit zu einer Partei dürfte höchstens drittrangig sein. Im Moment sehe ich keine konkrete Lösung, wie man die Schwierigkeiten des aktuellen Systems angehen

könnte. Auch die Justiz-Initiative, welche die Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren erreichen will, betrachte ich als nicht zielführend. Die Kandidatinnen und Kandidaten für das Amt müssten gemäss der Justiz-Initiative von Expertinnen und Experten aufgestellt werden, bei denen sich wiederum die Frage stellt, nach welchen Kriterien sie auserkoren würden. Ich denke, dass es auch bei ihnen letztlich darauf hinauslaufen wird, wie sie – unabhängig von einer Parteizugehörigkeit – politisch ausgerichtet sind, ob sie beispielsweise jemanden aufstellen wollen, der im Strafrecht eine harte Linie verfolgt oder eben gerade nicht.

Worin ich den Initianten zustimme, ist, dass auch parteilose Kandidatinnen und Kandidaten zur Wahl zugelassen werden sollten. Allgemein fände ich es gut, wenn sich Parteien, die gerade keine geeigneten Kandidatinnen und Kandidaten haben, zurücknehmen und anderen Parteien oder jemandem ohne Parteizugehörigkeit den Vortritt lassen würden. Es dient niemandem und schadet viel mehr der Gesellschaft, wenn fachlich unqualifizierte Personen aus Quotengründen das Amt innehaben.

In der Schweiz sind Bundesrichterinnen und -richter daran gehalten, ihr Amt nach vollendetem 68. Lebensjahr abzulegen. Hätten Sie auch noch länger als Bundesrichter geamtet, wenn das Gesetz anders lauten würde?

Ja. Im Übrigen durfte ich, weil ich im Februar geboren wurde, noch das ganze 68. Jahr Richter bleiben.

> Ausserdem gingen mir Fälle mit hohen Strafen und Verwahrungen nahe, die gottseidank nur selten ausgesprochen wurden.

Sie arbeiten mittlerweile in einer Anwaltskanzlei in Basel. Fiel Ihnen die Umstellung vom Richter zum Rechtsanwalt leicht?

Sie fiel mir nicht schwer, aber die Arbeit eines Richters ist insofern einfacher, als er Entscheidungsträger ist, während der Anwalt verschiedene Leute, wie etwa Klienten, Behörden und Richter überzeugen muss.

Welche Tipps haben Sie für Studentinnen und Studenten, die eine richterliche Laufbahn ins Auge fassen?

Richter ist ein so schöner Beruf. Nutzen Sie die Gelegenheit, wenn eine Gerichtsschreiberstelle frei wird; dann werden sich die Tore zum Richterberuf bald einmal öffnen.

Welche Eigenschaften wünschen Sie sich von künftigen Bundesrichterinnen und Bundesrichtern?

Mut zu unbequemen Entscheiden, Unabhängigkeit sowohl nach innen, indem man keine Angst vor Mitrichtern hat, wie auch nach aussen.

> Richter ist ein so schöner Beruf. Nutzen Sie die Gelegenheit, wenn eine Gerichtsschreiberstelle frei wird; dann werden sich die Tore zum Richterberuf bald einmal öffnen.

Am 5. Dezember 2019 hielten Sie an der Universität Fribourg einen Vortrag zum Thema «Die Grenzen des menschlichen Gedächtnisses». Wie häufig sahen Sie sich als Richter mit sogenannten Erinnerungsverfälschungen konfrontiert? Blieb Ihnen ein bestimmter Fall besonders in Erinnerung?

Diese Thematik betraf vor allem Fälle, die zeitlich weit zurücklagen. Ein Beispiel aus einem Bundesstrafprozess, der früher noch vom Bundesgericht durchgeführt wurde: Im Fall gegen Oberst Nyffenegger hatte ein Oberstkorpskommandant als Zeuge im Prozess viel günstiger für den Beschuldigter ausgesagt als noch in der Untersuchung vier Jahre zuvor, ohne dass er etwa die Unwahrheit gesagt hatte – die Erinnerung war einfach eine andere.

Haben Sie einen Traum?

Ich habe viele Träume. Aber einer wäre, nochmals als Richter, auf welcher Stufe auch immer, amten zu dürfen.

LEADING CASES

LawInside.

Leading Cases is a section compiled by LawInside.ch within the framework of a collaboration with Quid; it updates you with the latest cases from recent Swiss jurisprudence.

Un arrêt détaillé: L'accès au compte Gmail de l'ex-époux grâce au mot de passe trouvé

ATF 145 IV 185

Faits

Après s'être séparée de son époux, une femme **trouve le mot de passe du compte Gmail de son ex-époux dans l'ancien logement conjugal**. Elle accède ainsi à ses données commerciales, aux échanges entre celui-ci et son avocat ainsi qu'à plusieurs photos de celui-ci avec une jeune femme.

Avant d'utiliser ce mot de passe, l'ex-épouse a d'abord demandé l'**avis** de son beau-frère qui exerce comme **procureur général** dans un autre canton, lequel lui a confirmé la licéité d'un tel acte. Elle a ensuite procédé à **quelques recherches sur Internet** sur des sujets tels que "l'accès au courrier à des fins criminelles", "l'adresse électronique privée pour la protection des données", "ma femme vérifie mes e-mails en Suisse", "**l'accès non autorisé à un compte mail est puni par la loi ? Suisse**" "Suis-je passible de poursuites si je consulte les e-mails de mon mari". Elle a finalement **consulté son avocat**.

Le *Bezirksgericht* de Bremgarten la **condamne** pour **accès indu à un système informatique** (art. 143bis CP) à 50 jours-amende à CHF 30 le jour. Après que l'*Obergericht* du canton d'Aarau a confirmé le jugement attaqué, l'ex-épouse dépose un recours en matière pénale auprès du Tribunal fédéral. Celui-ci est amené à préciser si le fait d'utiliser un **mot de passe trouvé** remplit les conditions objectives de l'art. 143bis CP et si l'ex-épouse pouvait invoquer l'**erreur sur l'illicéité** (art. 21 CP).

Droit

Selon l'art. 143bis al. 1 CP, quiconque s'introduit sans droit, au moyen d'un dispositif de transmission de données, dans un système informatique appartenant à autrui et **spécialement protégé** contre tout accès de sa part est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Le Tribunal fédéral souligne d'emblée que le législateur a sciemment conditionné l'application de cette disposition au **contournement d'un dispositif de sécurité**. Se pose alors la question de savoir si le fait d'utiliser un mot de passe trouvé constitue un tel contournement.

Le Tribunal fédéral affirme que **l'utilisation d'un code d'accès ou d'un mot de passe constitue une protection suffisante** d'un système informatique afin qu'il soit considéré comme "spécialement protégé contre tout accès" au sens de l'art. 143bis al. 1 CP. **Le moyen par lequel la sécurité électronique est outrepassée n'est pas pertinent**.

En l'espèce, le compte Gmail de l'ex-époux était protégé par un mot de passe. Ce "dispositif de transmission de données" était ainsi "spécialement protégé contre tout accès". Dès lors que l'ex-épouse s'y est introduit sans droit, à l'aide du mot de passe trouvé, les conditions objectives de l'art. 143bis al. 1 CP sont remplies. **Le fait qu'elle n'ait pas trouvé le mot de passe à l'aide d'une recherche active, mais qu'elle soit tombée dessus accidentellement, n'y change rien.**

Dans un second temps, le Tribunal fédéral se penche sur la question de l'**erreur sur l'illicéité** (art. 21 CP).

L'ex-épouse fait valoir qu'**elle pensait se comporter de manière licite en utilisant le mot de passe trouvé**. En effet, bien qu'elle ait eu au premier abord certains doutes sur la licéité de son acte, elle avait demandé l'avis de son beau-frère qui exerce comme procureur général dans un autre canton. En se fiant à ses connaissances juridiques, l'ex-épouse aurait agi de bonne foi.

L'art. 21 CP dispose que quiconque **ne sait ni ne peut**

savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable. Le juge atténue la peine si l'erreur était évitable. Le Tribunal fédéral considère que, lorsqu'une personne qui n'est pas familière avec le droit se fie aux conseils d'une personne qui connaît le droit, en particulier un avocat, une erreur de droit n'est considérée comme inévitable que si l'information a trait à une question juridique complexe et que **l'examen est exhaustif**.

En l'espèce, le procureur n'a pas procédé à un examen exhaustif, mais à une **simple consultation de la loi**. Il a ainsi partagé son opinion juridique, laquelle ne constitue pas une information contraignante d'une autorité compétente. En outre, la question juridique qui se posait n'était pas encore tranchée et était vivement débattue en doctrine. L'ex-épouse ne pouvait donc pas se contenter de l'avis juridique de son beau-frère. De plus, le fait qu'elle ait **ensuite** procédé à des **recherches sur Internet** et demandé l'avis de son avocat démontre qu'elle avait encore des **doutes** sur la licéité de ses actes.

Dès lors, c'est à juste titre que l'*Obergericht* n'a pas appliqué l'art. 21 CP.

Partant, le Tribunal fédéral rejette le recours.

Note

Même si le Tribunal fédéral affirme, de manière générale, que l'utilisation d'un mot de passe suffit à protéger de manière suffisante un "dispositif de transmission de données", il n'est, selon nous, pas anodin que tout mot de passe remplisse ce critère. En effet, un **mot de passe particulièrement simple**, comme "123456", ne suffirait probablement pas à ce que le dispositif soit considéré comme étant "spécialement protégé contre tout accès" au sens de l'art. 143bis al. 1 CP.

Concernant la **protection physique** du mot de passe, il était évident, dans le cas d'espèce, que l'ex-époux n'avait pas **volontairement** laissé son mot de passe à la disposition de son ex-épouse. Toutefois, d'autres situations peuvent être **moins claires**, comme celle du collaborateur qui, parti en vacances, laisse son **mot de passe sur un post-it** proche de son ordinateur. Dans ce cas, consent-il tacitement à l'utilisation de son ordinateur ? Si oui, par tous ses collègues ou seulement ceux qui partagent son bureau ?

Concernant l'erreur sur l'illicéité, il est intéressant de noter que **les recherches sur Internet** ont servi de preuve pour déterminer que l'ex-épouse avait **encore des doutes** sur la licéité de son acte, malgré l'avis juridique de son beau-frère. A notre avis, il n'est pas exclu que les recherches Internet permettront de plus en plus souvent de déterminer la réelle intention d'une partie à la procédure (cf. très récemment l'arrêt DG190018 du Bezirksgericht de Zurich où le tribunal souligne que le prévenu avait googlé "voler des données bancaires" et "violation de données commerciales").

Le Tribunal fédéral a rendu récemment deux autres arrêts dans lesquels il a examiné la question de l'**erreur sur l'illicéité**, en l'écartant : l'arrêt 6B_77/2019*, résumé *in* LawInside.ch/731 (*La mutilation d'organes génitaux féminins commise à l'étranger*) ainsi que l'arrêt 6B_804/2018, résumé *in* LawInside.ch/693 (*L'acte exécuté sans droit pour un État étranger (271 CP) et l'erreur sur l'illicéité (21 CP)*).

Célian Hirsch, L'accès au compte Gmail de l'ex-époux grâce au mot de passe trouvé, in : www.lawinside.ch/774/

Aperçu de quelques jurisprudences récentes

ATF 145 IV 197

Simone Schürch, Le défaut de traduction d'une ordonnance pénale en tant que motif de nullité absolue, in : www.lawinside.ch/764/

Le défaut de traduction d'une ordonnance pénale condamnant une personne de langue étrangère et analphabète ne constitue pas un motif de nullité absolue lorsque le condamné ne requiert pas la traduction de l'ordonnance et ne se renseigne pas au sujet de son contenu.

ATF 145 IV 154

Tobias Sievert, La condamnation pénale d'un footballeur pour lésions corporelles par négligence, in : www.lawinside.ch/781/

En matière de lésions corporelles infligées lors d'une rencontre sportive, le comportement tacitement accepté par le lésé et le devoir de prudence de l'auteur se déterminent en fonction des règles de jeu applicables. Cela étant, les limites déterminantes pour le droit pénal ne sauraient se calquer définitivement sur le système de sanctions prévu par les règles du jeu. Dès lors, une violation grave des règles du jeu au sens du droit pénal ne suppose pas forcément une « faute grossière » selon ces mêmes règles. Il suffit que la faute commise comporte un caractère dangereux pour engendrer une application du droit pénal.

ATF 145 II 229

Arnaud Nussbaumer, L'utilisation d'un espace de co-working par un avocat, in : www.lawinside.ch/777/

L'utilisation d'un espace de co-working par un avocat est susceptible de le mettre dans une situation de dépendance structurelle non conforme à l'art. 8 al. 1 let. d LLCA et de compromettre son secret professionnel (art. 13 LLCA).

ATF 145 II 201

Julien Francey, L'obligation du mandataire de recourir contre une décision défavorable à son client, in : www.lawinside.ch/820/

Un mandataire, comme une fiduciaire, qui reçoit une décision défavorable à son client doit recourir lorsqu'elle n'obtient pas d'instruction de son mandant durant le délai de recours. À défaut, le client empêché d'agir pour des raisons médicales ne peut pas se prévaloir d'une restitution de délai et doit se laisser imputer le comportement de son mandataire.

TF, 12.04.19, 4A_598/2018

Marie-Hélène Spiess, Un bail de durée déterminée peut-il constituer une fraude ?, in : www.lawinside.ch/780/

La conclusion d'un bail de durée déterminée en l'absence de motif valable peut constituer une fraude à la loi. Il appartient au locataire de prouver la fraude. Le juge peut toutefois se contenter d'une vraisemblance prépondérante.

ATF 145 III 160

Emilie Jacot-Guillarmod, Les exigences probatoires en matière de mainlevée, in : www.lawinside.ch/758/

Le seul moyen de preuve recevable en procédure de mainlevée s'agissant de l'existence d'un titre de mainlevée est le titre lui-même. Le titre doit valoir reconnaissance de dette et démontrer la réalisation des trois identités (soit 1/ identité de la prétention mise en poursuite et la dette reconnue, 2/ identité du poursuivant et du créancier, et 3/ identité du poursuivi et du débiteur). Le degré de preuve requis est celui de la preuve stricte.

TF, 09.09.2019, 6B_127/2019*

Julien Francey, L'avocat n'est généralement pas un confident nécessaire (art. 173 CP), in : www.lawinside.ch/830/

L'avocat n'est généralement pas un confident nécessaire, de sorte qu'il doit être qualifié de tiers. Son mandant peut donc être reconnu coupable de diffamation ou de calomnie s'il lui confie des faits attentatoires à l'honneur de la partie adverse.

CEDH, 22.01.2019, Affaire Rivera Vazquez et Celleja Delsordo c. Suisse, requête no. 65048/13

Camilla Jacquemoud, Le droit d'être entendu sur la capacité d'un avocat d'agir au Tribunal fédéral (CourEDH), in : www.lawinside.ch/740/

Le Tribunal fédéral porte une atteinte injustifiée au droit à un procès équitable (art. 6 par. 1 CEDH) lorsque, sans entendre au préalable les recourants ni leur laisser l'occasion de remédier à une éventuelle irrégularité, il refuse d'office de leur octroyer des dépens au motif que l'avocat qui les avait jusqu'alors défendu au nom de l'ASLOCA n'a pas la capacité de les représenter.

POLITIQUE UNIVERSITAIRE

Chères étudiantes, chers étudiants,

À travers ces quelques lignes, notre tâche sera de vous rendre attentif.ve.s au travail que la Fachschaft Jus a accompli durant ces derniers mois, ainsi qu'aux projets qui baliseront cette nouvelle année académique, tant au niveau de la politique universitaire que de l'événementiel.

Bonne lecture,

Votre Comité de la Fachschaft Jus

L'élaboration du programme d'études à temps partiel que propose désormais notre faculté a sans doute été l'un des dossiers les plus importants pour la Fachschaft. En effet, conscient.e.s des enjeux que représente cette tâche titanesque, nous avons dû réfléchir soigneusement aux moyens les plus adaptés à la construction de cette nouvelle offre d'études. Notre but était que celle-ci serve les intérêts des étudiantes et des étudiants, que ce soit les direct.e.s bénéficiaires du programme comme celles et ceux suivant le cursus habituel de Bachelor. Il est clair que ce dossier n'est pas encore classé. Les études à temps partiel ayant vu le jour à la rentrée 2019/2020, le Comité exécutif de la Fachschaft se doit d'être d'autant plus à l'écoute des étudiantes et étudiants, afin de s'assurer que leurs intérêts soient défendus et qu'ils puissent bénéficier d'un climat d'études favorable à l'apprentissage.

L'année 2019 a d'ores et déjà été riche en événements ! La terrasse féerique du belvédère et les profondes galeries du mouton noir ont à nouveau accueilli la traditionnelle « Law Night ». Ce fut un franc succès qui aura, nous l'espérons, suscité chez vous l'envie de revenir en février 2020. Cette année encore, nous avons assisté le Prof. Walter Stoffel dans l'organisation du « Droit dans le cinéma », une série de projections de films suivis de discussions en compagnie d'intervenant.e.s bien choisi.e.s autour du thème de l'identité. Avec un groupe d'une trentaine de personnes, nous nous sommes rendu.e.s à Zürich pour visiter l'Étude Niederer, Kraft und Frey (NKF). Plusieurs avocat.e.s ont partagé avec nous leurs expériences professionnelles, permettant aux étudiant.e.s de se faire une idée plus tangible du droit, et offrant une confrontation à ce que nous rencontrerons à la fin notre cursus universitaire. Le comité était présent lors de la journée d'informations pour les premières années. Astuces académiques, conseils juridiques avisés, ou encore recommandations culinaires en ville de Fribourg : la Fachschaft n'a pas chômé. Afin de créer un véritable lien avec les étudiantes et les étudiants de notre faculté, nous avons organisé à la fin de cette journée un barbecue destiné à tout.e jeune juriste fribourgeois.e. Nous étions heureux et heureuses de constater que ce fût un pari gagnant. Toujours dans un optique de collaboration intra-facultaire, nombre d'entre vous êtes venu.e.s vendre et acheter vos grimoires poussiéreux lors de la bourse aux livres, et avez pris ou été pris.es sous l'aile d'un.e autre étudiant.e lors du programme de coaching. Le comité vous en est très reconnaissant.

Plus récemment, les tribunaux fédéraux de St-Gall et Lucerne ont accueillis 50 d'entre vous dans le cadre du traditionnel voyage de la Fachschaft. Une météo plus que capricieuse nous attendait, mais l'ambiance était chaleureuse et a donné lieu à la création de beaux souvenirs. Nous tenions à remercier la fondation du droit de la construction ainsi que notre faculté, qui ont généreusement contribué au financement de ce voyage. Enfin, joute verbale incontournable, le « Grand débat » a rassemblé politicien.ne.s, entrepreneurs et fervent défenseurs des droits de l'homme et de normes environnementales. Ces derniers ont échangé leurs opinions au sujet de l'initiative pour de multinationales responsables devant un public impressionnant.

Si on regarde un peu vers l'avant, le calendrier de la Fachschaft est déjà bien rempli. Nos événements du semestre de printemps sont en préparation. La politique universitaire nous promet de nombreux nouveaux défis. En effet, chaque 10 ans, l'université (et notre faculté), établit une stratégie regroupant les grands défis et les possibles pistes d'amélioration. En d'autres termes : les objectifs à atteindre d'ici 2030. Notre faculté étant particulièrement à l'écoute de ses étudiant.e.s, elle accorde une place importante à notre avis en la matière, ce que nous saluons. Nous nous sommes donc attelé.e.s à la tâche avec plaisir et intérêt !

En guise de mot de la fin, le comité tient à remercier toutes et tous ceux qui viennent à nos événements. Cette forte affluence assure une vie facultaire riche en échange, et non pas essentiellement basée sur l'aspect académique. Il est merveilleux de voir que notre assemblée générale remplit un auditoire, que les places du voyage partent en 5 minutes, ou encore que chaque coaché.e peut trouver un.e coach.

Sincèrement, merci !

www.facebook.com/fribourglawreview @UniFrLawReview