

	Editorial	459
	Thema/Question du jour	
Marnie Dannacher	Aktuelle Fragen zum schweizerischen Einziehungsrecht	463
Philipp Dickenmann	Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz	468
	Anwaltspraxis/Pratique du barreau	
Gerhard Stoessel	Rechtsschutzversicherung und Anwaltsmonopol – eine Entgegnung	472
Markus Fischer	Die 2. Säule auf dem Prüfstand	475
Marco Itin	Die Revision der Verjährungsfristen und -regeln in Frankreich	478
David Rüetschi	Die Einführung eines differenzierten Interessennachweises im Rahmen der Betreuungsauskunft	479
Blaise Carron/ Roland Mathys	Perquisition en droit des cartels: le point de vue de l'avocat	483
	Rechtsprechung/Jurisprudence	487
	Rechtsetzung/Législation	492
	Anwaltsrecht/Droit de l'avocat	
Martin Sterchi	Kollegiales Verhalten als anwaltliche Berufspflicht?	494
Jean-Tristan Michel	Le secret professionnel de l'avocat et ses limites (1 ^{ère} partie)	498
	SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux	
	Der SAV teilt mit/La FSA vous informe	504
	Agenda	510

Impressum

Anwaltsrevue/Revue de l'avocat
12. Jahrgang 2009/12^e année 2009
ISSN 1422-5778

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

Zitervorschlag/Suggestion de citation
Anwaltsrevue 10/2009, S. 457 ff.
Revue de l'avocat 10/2009, p. 457 ss

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

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

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

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

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

Inserate/Annonces
Kretz AG
General Wille-Str. 147, Postfach
CH-8706 Feldmeilen
Tel. 044 925 50 60
Fax 044 925 50 77
info@kretzag.ch

Vertrieb/Distribution
Abo-Service
Postfach 382, CH-6048 Horw
Tel. 041 349 17 70
Fax 041 349 17 18
helbing@edp.ch

Preise/Prix
Jährlich/Annuel: Fr. 153.–, € 97.–
Studenten/Étudiants: Fr. 101.–, € 64.–
Einzelheft/Numéro séparé: Fr. 21.–, € 13.–
Mitglieder des SAV gratis/Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.4% MwSt.
Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. / La résiliation de l'abonne-

ment pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période.

Copyright
© Titel «Anwaltsrevue/Revue de l'avocat»
by Schweizerischer Anwaltsverband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsverband Bern und
Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel/Genf/München
© Gestaltung, Umsetzung und Grafik
by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel/Genf/München

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages./Tous droits réservés. La revue est protégée par la législation sur les droits d'auteur. Toute exploitation non autorisée par la loi nécessite l'accord écrit de l'éditeur.

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

Editorial

Stylistique

L'agressif

«J'ai reçu votre dernier courrier.

Je ne vois pas pourquoi, au motif qu'il se serait écoulé trois ans depuis l'ouverture du testament, je serais forclos d'en demander l'annulation.

Votre client est d'une mauvaise foi crasse, d'où l'application de l'art. 521 al. 2 CC: la péremption est manifestement de 30 ans. Prétendre le contraire mérite une citation de votre courrier au bêtisier de votre ordre.

Au cas où vous auriez l'outrecuidance de persister dans vos appétences indignes de la profession que nous exerçons, mon client se réserve de déposer contre le vôtre plainte pénale pour calomnie, diffamation, injure, menace, contrainte ainsi qu'une demande en dommages-intérêts positifs et négatifs et tort moral.

Les instances associatives des barreaux où vous sévissez, ainsi que les Commissions cantonales concernées me lisent en copie.

Vu votre scandaleuse attitude j'hésite à vous adresser des salutations.»

L'impatient

«J'ai parcouru votre torchon du 8 ct.

Je me réjouis que vous trouviez le temps de consacrer une grande énergie à la liquidation d'une succession dont j'ai cru comprendre que la valeur litigieuse ne s'élevait qu'à un montant plafonnant dans le meilleur des cas à CHF 15 millions.

Vous comprendrez sans doute que mes disponibilités m'empêchent d'entrer dans le détail de cette bagatelle alors qu'il appert au premier regard qu'en justice votre client n'aura que le bénéfice de la témérité et que vos arguments temporels seront balayés d'un revers de main.

Conscient aussi du fait que mes confrères ont un droit à ronger les rares os décharnés dont ils tentent de faire leurs choux gras, je vous suggère, à l'avenir, de vous en prendre à des avocats de votre piteux acabit.

Avec mes plus cordiales salutations.»

Le diplomate

«J'ai pris connaissance avec le plus grand intérêt de votre honoree du 8 courant et m'empresse d'y répondre.

Le problème que vous soulevez présente, je vous le concède, un intérêt scientifique que l'on ne saurait sous-estimer. Toutefois, dans l'esprit constructif qui est celui de mes clients, je suggère une rencontre où nous pourrions jeter les premières bases d'une solution négociée, dans un contexte de cordialité partagée profitable à chacun.

C'est dans cet esprit que, faisant le premier pas, je serais disposé à vous rencontrer en votre Etude quand bien même le ton de votre dernière correspondance justifierait que je m'en tienne aux us et coutumes de notre barreau, dès lors que j'ai passé mon brevet en 1952, soit 58 ans avant votre accession au tableau.

Bien à vous.»

L'historien

«En réponse à votre dernier fax, reçu le 8 juin 2008, à 18h52, je me bornerai, après une recherche sommaire, à vous rendre attentif à une jurisprudence bien établie, selon laquelle le délai est de 30 ans: AGVE 1909, p. 852, consid. 3, BlzR 1908, p. 32 ss, consid. 4, p. 35 i.m., Praxis 1872, p. 474 i.i., entre autres (je vous fais grâce de références plus anciennes mais toutes concordantes).

De même, la doctrine est tellement unanime que je peux me dispenser d'une énumération qui vous ennuiera sans doute autant que moi-même. Je la tiens néanmoins à votre disposition. Certes les textes ont changé, mais il est notoire que la vie s'accélère et que de ce fait les délais ont été globalement rallongés, comme vous le constaterez à la lecture de l'arrêt TF 4P.667/1878.

Espérant de votre part un règlement rapide de ce dossier à notre satisfaction partagée, je vous présente, cher Confrère, mes compliments confraternels.»

Le direct

«Mon cher Confrère

Non.

Veillez croire, mon cher Confrère, à l'assurance de mes sentiments dévoués.»

Le menaçant

«Vos lignes me sont parvenues, dans l'affaire successorale qui nous occupe.

Je les ai soumises à quelques connaissances étrangères, spécialement à Ajaccio et à Belfast, pour conseil factuel.

Je crois savoir que vous avez trois enfants qui fréquentent l'école du Tourmalais à Porrentruy.

Nous devrions donc parvenir à un arrangement satisfaisant pour toutes les parties concernées.

Avec mes très cordiales salutations.»

(A suivre)

Hans-Philippe Hegetschweizer

Marnie Dannacher*

Aktuelle Fragen zum schweizerischen Einziehungsrecht

Stichworte: Vermögenseinziehung, Korruption, kriminelle Organisation, Präventionsstrafrecht, Zuständigkeit

I. Einleitung

Im Einziehungsrecht haben in jüngster Zeit verschiedene konkrete Probleme für Diskussionsstoff gesorgt. Folgende drei aktuelle Themen sollen in diesem Beitrag deshalb noch einmal aufgegriffen werden: Einerseits wurde in Verbindung mit dem Korruptionsskandal der Firma *Siemens*¹ die Frage aufgeworfen, ob der Inhalt von schwarzen Kassen quasi als *pretium sceleris* der Korruption einziehbar ist.² In Bezug auf Art. 72 StGB, der Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation, scheinen derzeit generell die praktische Anwendung der Norm und der eigentliche Normzweck stark zu divergieren. Deshalb stellt sich die Frage, ob die rigorose Beweislastumkehr des Art. 72 StGB in der systemwidrigen Anwendung dieser Bestimmung noch zu rechtfertigen ist. Verfahrensrechtlich kam in der Praxis die Frage auf, ob Vermögenswerte in einem schweizerischen Verfahren eingezogen werden können, wenn sie sich im Ausland befinden, vielleicht sogar dann, wenn die Anlasstaten ebenfalls im Ausland stattgefunden haben. Diese drei Themenbereiche des Einziehungsrechts sollen hier behandelt werden.

II. Das Einziehungssubstrat bei Korruptionsdelikten gemäss Art. 70 StGB

1. Ausgangslage

Nach Art. 70 StGB können Vermögenswerte eingezogen werden, die aus einer strafbaren Handlung erlangt worden sind oder die dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen. Gemäss der herrschenden Lehre umfasst der Begriff der deliktisch erlangten Vermögenswerte sowohl konkrete bemerkte Vermögenspositionen, wie auch Vermögensvorteile, die indirekt durch eine Straftat entstanden sind.³ Zwischen der straf-

baren Handlung und den zur Einziehung in Frage stehenden Vermögenswerten oder Vermögensvorteilen muss allerdings ein Konnex bestehen – gemeint ist, dass ein adäquater Kausalzusammenhang vorhanden sein muss, wobei die Adäquanz wohl wertmässig zu bestimmen ist.⁴

Der Vermögenseinziehung liegt der Gedanke zu Grunde, dass sich Straftaten nicht lohnen dürfen.⁵ Es geht hier also darum, Vermögenswerte abzuschöpfen, die aus strafbaren Handlungen herrühren und so den wirtschaftlichen Zustand wiederherzustellen, der ohne strafbare Handlung bestehen würde. Bei Korruptionsdelikten stellen sich in diesem Zusammenhang folgende zwei Fragen: Sind Bestechungsgelder erst nach Übergabe beim Empfänger einzuziehen oder wäre bereits ein Zugriff nach Art. 70 StGB möglich, wenn sich die Gelder noch beim Anbietenden befinden, aber zukünftigen Korruptionshandlungen dienen sollen (sogleich 2.)? Sind darüber hinaus auch die Erträge aus solchen Geschäften einzuziehen, die sich an einen korruptiv ausgehandelten Vertrag anschliessen, für sich genommen aber durchaus legal sind – anders gefragt: Können diese Vermögenswerte eingezogen werden, obwohl sie nur mittelbar durch eine strafbare Handlung erlangt wurden (siehe 3.)?

2. Einziehbarkeit von Bestechungsgeldern

Vermögenswerte, die aus einer Straftat erlangt worden sind, müssen eingezogen werden. Dies trifft grundsätzlich auf die Bestechungsgelder zu, die der Amtsträger angenommen hat. In jüngster Zeit wurde allerdings diskutiert, ob Vermögenswerte aufgrund des zweiten Teilsatzes des Art. 70 StGB bereits auf Seiten des Anbietenden eingezogen werden können – als Vermögenswerte, die (bloss) *dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen*. Ein Teil der Lehre bejaht diese Einziehungsmöglichkeit mehr oder weniger weit reichend. Gemäss *Jositsch*⁶ unterliegen die für den Amtsträger bestimmten Vorteile bereits vor Übergabe an diesen der Einziehung, wenn ihre entsprechende deliktische Bestimmung feststeht und die Vermögenswerte für die Korruptionsdelikte von übrigen Vermögenswerten ausgeschieden sind. *Schmid*⁷ geht noch weiter: Seiner Ansicht nach sind auch Vermögenswerte auf sogenannten schwarzen Kassen einzuziehen, wenn diese schwarzen Kassen nur als Reservoir für verschiedenste Korruptionsdelikte dienen, die im Einzelnen jedoch noch nicht genauer bestimmt sind.

* Wissenschaftliche Assistentin von Prof. Dr. iur. Mark Pieth, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Juristische Fakultät der Universität Basel; Dissertationsprojekt: Einziehung von Vermögenswerten politisch exponierter Personen.

1 Z.B. Welt Online, 21. Mai 2007, http://www.welt.de/wirtschaft/article/887093/Weltweit_laufen_Ermittlungen_gegen_Siemens.html.

2 Auf eine mögliche Einziehung des Inhalts schwarzer Kassen aufgrund von Untreue- oder Buchführungsdelikten wird hier aus Platzgründen verzichtet, vgl. aber dazu NIKLAUS SCHMID, Straf- und einziehungsrechtliche Fragen bei «schwarzen Kassen» zur Begehung von Bestechungen, AJP 2008, S. 797 ff.

3 NIKLAUS SCHMID, in: Schmid (Hrsg.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. I, 2. Aufl., Zürich 2007, Art. 70–72 StGB N 17; GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006, § 13 N 87; kritisch: FLORIAN BAUMANN, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, 2. Aufl., Basel 2008, Art. 70/71 StGB N 21–24.

4 BAUMANN (Fn. 3), Art. 70/71 StGB N 38 b.

5 STRATENWERTH (Fn. 3), § 13 N 86; SCHMID (Fn. 3), Art. 70–72 StGB N 10.

6 DANIEL JOSITSCH, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Zürich, Basel, Genf 2004, S. 424.

7 SCHMID (Fn. 2), S. 806.

Beiden Standpunkten liegt zu Grunde, dass die Ausdrücke *Belohnen* und *Veranlassen* in Art. 70 StGB die zukünftige Zweckbestimmung der in Frage stehenden Vermögenswerte umschreiben⁸. Hat jemand die Intention, mittels bestimmter Vermögenswerte eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, wären diese nach Art. 70 StGB einzuziehen.

Dieser Annahme muss aus zwei Gründen widersprochen werden: Einerseits, weil sie dem Zweck der Vermögenseinzziehung – die Abschöpfung eines eingetretenen unrechtmässigen Vorteils – entgegensteht. Ein solcher kann gerade erst dann eintreten, wenn eine Vermögenstransaktion bereits stattgefunden hat – die Vermögenswerte vom Gebenden zum Nehmenden übergegangen sind. Andererseits könnte die oben beschriebene Ansicht zur fälschlichen Annahme führen, dass eine Einziehung vorgenommen werden kann, noch bevor eine strafbare Handlung bzw. ein strafbarer Versuch vorliegt. Das Verhängen einer Sanktion ohne Vorliegen einer strafbaren Handlung bzw. eines strafbaren Versuches widerspricht den Grundfesten des Schweizerischen Strafrechts: Jede strafrechtliche Massnahme ist die Reaktion auf in der Vergangenheit liegendes Unrecht.⁹ Liegt keine anderslautende gesetzliche Grundlage vor, sind Vorbereitungshandlungen aus diesem Grund straflos. *Stratenwerth* erkennt deshalb zu Recht, dass «[a]m Erfordernis einer wirklich begangenen Straftat [...] deshalb auch hier kein Weg vorbei [führt]»¹⁰. Die Ausdrücke *Veranlassen* oder *Belohnen* in Art. 70 StGB müssen demzufolge anders interpretiert werden. Sie umschreiben nicht den künftigen Bestimmungszweck der Vermögenswerte, sondern den Grund, warum eine bestimmte ungerechtfertigte Vermögens-transaktion getätigt wurde.¹¹ Nur nach dieser Interpretation wird die Vermögenseinzziehung auf Fälle angewendet, welche die Voraussetzungen des unrechtmässigen Vorteils und der strafbaren Handlung erfüllen.

Bezüglich der Bestechungsgelder bedeutet dies, dass diese lediglich beim Empfänger einziehbar sind – denn nur bei ihm hat ein unrechtmässiger und deshalb abzuschöpfender Vermögenszuwachs stattgefunden. Die Einziehung von Vermögenswerten, die lediglich zukünftigen Korruptionshandlungen dienen sollen, etwa der Inhalt von schwarzen Kassen, kann nach Schweizerischem Einziehungsrecht nicht rechtmässig eingezogen werden – eine gesetzliche Grundlage hierfür ist nicht auszumachen.¹² Selbst wenn der Anbietende sich schon in einem strafbaren Versuchsstadium befindet, scheint das Instrument der Vermögensabschöpfung gemäss Art. 70 StGB mit dem Grundgedanken, dass sich Straftaten nicht lohnen dürfen, nicht anwendbar, da dem Anbietenden auch in diesem Stadium kein unrechtmässiger Vermögensvorteil erwächst. Allenfalls könnten diese Gelder

dann als *instrumenta sceleris* der Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB unterliegen. Das scheitert allerdings daran, dass Vermögenswerten wohl generell die Gefährlichkeit fehlt, die diese Norm als Voraussetzung verlangt.¹³

3. Einziehbarkeit der Erträge aus Korruptionsgeschäften

Wie oben ausgeführt, sind Bestechungsgelder beim Empfänger einzuziehen: Es handelt sich um einen unrechtmässigen, weil aus einer Straftat stammenden Vermögensvorteil. Doch aus einer Bestechungshandlung kann auch dem Gebenden ein Vermögensvorteil erwachsen. So ist es z.B. möglich, dass mit der Bestechung ein legales Folgegeschäft initiiert wird. Ein Rüstungsunternehmen besticht z.B. den Sicherheitsminister eines Landes und bekommt so den Zuschlag für den Verkauf von Kampfflugzeugen. Zur Erfüllung dieses Deals muss das Unternehmen seine Produktionskapazität erhöhen, zusätzliche Arbeitskräfte einstellen, verschiedene Unterverträge abschliessen etc. Aus dem Auftrag erwächst ihm aber schlussendlich ein Gewinn von mehreren Millionen Franken. Es stellt sich nun die Frage, ob diese indirekt aus Korruption stammenden Gewinne auch nach Art. 70 StGB einzuziehen sind. Für die Schweiz wurde am 30. Juli 2000 die OECD-Konvention über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger verbindlich.¹⁴ Das schweizerische Einziehungsrecht muss also im Sinne dieser Konvention – völkerrechtskonform – ausgelegt werden.¹⁵ In Art. 3 Abs. 3 der Konvention wird ausdrücklich verlangt, dass die Bestechungsgelder und die aus der Bestechung erlangten Profite einzuziehen sind.¹⁶ Die Einziehung von indirekt aus Korruption stammenden Geschäftsgewinnen muss folglich nach nationalem Einziehungsrecht grundsätzlich möglich sein.

Wie kann Art. 70 StGB diesen Anspruch erfüllen? Er fordert als Voraussetzung für die Einziehung eine Verbindung zwischen den Vermögenswerten und der verübten Straftat – ein Kausalzusammenhang muss vorhanden sein. Diese Voraussetzung steht der Einziehung von Korruptionserträgen nicht zwingend entgegen, da ein Geschäft – auch wenn es in seiner Ausgestaltung legal ist – zum Teil nur abgeschlossen werden kann, wenn Bestechungszahlungen geleistet werden.¹⁷ Der Gewinn eines solchen Geschäfts wurde dann zwar indirekt, aber doch kausal aus der Vornahme einer Bestechungshandlung erlangt. Wird allerdings nur an das Kriterium der Kausalität angeknüpft, könnte dies zu einer uferlosen Anwendung der Vermögenseinzziehung führen.¹⁸

8 SCHMID (Fn. 3), Art. 70–72 StGB N 37 ff.

9 INGEBORG ZERBES, Spitzeln, Spähnen, Spionieren. Sprengung strafprozessualer Grenzen durch geheime Überwachung von Kommunikation, Habilitationsschrift Wien (im Druck), insbes. IV.3.1.1.

10 STRATENWERTH (Fn. 3), § 13 N 102.

11 STRATENWERTH (Fn. 3), § 13 N 102.

12 Zumindest nicht mit einem Korruptionsdelikt als Anlassstat. Die Einziehungsmöglichkeit aus Buchführungs- und Untreuedelikten wird aus Platzgründen hier nicht besprochen, vgl. dazu SCHMID (Fn. 2).

13 BAUMANN (Fn. 3), Art. 69 StGB N 14c.

14 OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Paris, 21. November 1997.

15 Dabei scheint es in dieser Frage keine sachlichen Gründe zu geben, die Bestechung ausländischer Amtsträger, mit der sich die Konvention befasst, anders zu behandeln als die Bestechung inländischer Amtsträger, zur gleichen Frage im österreichischen Recht: HELMUT FUCHS, § 20 StGB N 43, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Wien 2008.

16 MARK PIETH, Korruptionsgeldwäsche, in: Ackermann/Donatsch/Rehberg (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, S. 444.

17 PIETH (Fn. 16), S. 448 f.

18 Zur österreichischen Abschöpfungsnorm FUCHS (Fn. 15), § 20 StGB N 41.

Zum Beispiel dann, wenn auf eine unbedeutende Bestechungszahlung ein legales Geschäft mit Millionengewinn folgt. *Pieth* schlägt für solche Fälle zu Recht eine Einzelfallbetrachtung vor.¹⁹ In Anwendung von Art. 70 Abs. 5 StGB muss bei der Einziehung von Korruptionserträgen der Richter letztlich schätzen, welcher Teil des Gewinnes noch adäquat kausal aus der Bestechungshandlung folgt und einzuziehen ist.²⁰ Was bei Korruptionserträgen Gegenstand dieser Schätzung sein könnte, wurde am 5. Dezember 2005 vom deutschen Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit dem sogenannten Kölner Müllskandal erklärt.²¹ Der BGH stellt richtigerweise fest, dass in solchen Fällen nicht der Geschäftsertrag durch Korruption erlangt wurde – das Folgegeschäft war legal – sondern der Vertragsabschluss an sich bemakelt ist. Zu schätzen wäre also der Wert des Vertragsabschlusses.²² Dieser bemisst sich entweder mit der Summe, die der Auftragsnehmer für den Vertragsabschluss zu zahlen bereit war – die Summe der Bestechungsgelder also, oder aber die Schätzung könnte anhand von konkreten Anhaltspunkten erfolgen, die den Wert des Vertragsabschlusses darstellen: etwa konkrete Chancen auf weitere Aufträge, Steigerung des wirtschaftlichen Goodwills des Unternehmens, die Vermeidung von Verlusten durch die Auslastung der bestehenden Kapazitäten oder die Verbesserung der Marktposition durch das Ausschalten der Mitbewerber.²³ Die Schweizerische Rechtsprechung hält hierzu bisher keinen Lösungsvorschlag bereit. Wohl aufgrund der Schwierigkeit der Berechnung wurde bisher auf die Einziehung von Korruptionserträgen verzichtet.²⁴ Im Hinblick auf die völkerrechtliche Pflicht, auch Erträge der Korruption einzuziehen, scheint diese Vorgehensweise allerdings äusserst problematisch.

III. Vermögenseinziehung bei Vermögenswerten einer kriminellen Organisation

1. Präventive Vermögenseinziehung?

Im Rahmen des zweiten Massnahmenpakets gegen das organisierte Verbrechen im Jahre 1994 wurden auch die Einziehungsbestimmungen revidiert. Mit Art. 59 Abs. 3 aStGB (heute Art. 72 StGB) können erstmals Vermögenswerte unabhängig ihrer kriminellen Herkunft und unabhängig ihrer kriminellen Bestimmung eingezogen werden. Einziehungsvoraussetzungen sind alleine das Vorliegen einer kriminellen Organisation im Sinne des Strafgesetzbuches (Art. 260^{ter} StGB) und dass diese faktisch die Verfügungsmacht über die in Frage stehenden Vermögenswerte innehat. Diese konzeptionell völlig neuartige Einziehungsvariante wird umso bemerkenswerter, als sie mit einer Beweislastumkehr

ergänzt wird.²⁵ Eine der beiden Voraussetzungen – die Verfügungsmacht der Organisation – ist im Hinblick auf Vermögenswerte von Organisationsmitgliedern nicht von den staatlichen Behörden zu beweisen, sondern wird vermutet. Die Betroffenen – Privatpersonen – können nun ihrerseits den Gegenbeweis führen und so eine Einziehung verhindern. Der Zweck dieser Norm ist also nicht das Abschöpfen deliktisch erworbener Vermögenswerte, sondern die Wegnahme des gesamten Betriebskapitals einer kriminellen Organisation.²⁶ Dies ist angeblich mit dem in erster Linie präventiven Charakter der Norm zu rechtfertigen:²⁷ Die Vermögenswerte müssen eingezogen werden, weil es zu gefährlich wäre, sie in den Händen der kriminellen Organisation zu belassen, weil vermutet wird, dass sie sonst erneut in kriminelle Ziele investiert werden.

Nun lässt die praktische Anwendung dieser Norm allerdings Zweifel an deren überwiegend präventivem Charakter aufkommen. Es scheint, als sei diese Einziehungsvariante doch nicht in erster Linie aus einem Sicherheitskonzept entstanden, sondern eher zur Überwindung praktischer Beweisprobleme. Einerseits wird von Seiten der Strafverfolgungsbehörden in der Regel weder die zukünftige Gefährlichkeit der kriminellen Organisation noch die Gefährlichkeit der Vermögenswerte selbst anhand ihres kriminellen Bestimmungszweckes geprüft.²⁸ Sind die Vermögenswerte beschlagnahmt, wird der Zugriff der betroffenen Personen auf das in Frage stehende Vermögen in der Regel auch für legale Zwecke wie etwa die Bestreitung des Lebensunterhaltes verweigert.²⁹ Obwohl gerade bei einer legalen Verwendung von Vermögenswerten keine Gefährlichkeit besteht.

Auch das Thema des Gegenbeweises, den der Betroffene führen kann, um eine Einziehung zu verhindern, deutet nicht auf einen präventiven Charakter dieser Norm hin. Gemäss dem Wortlaut des Gesetzes und gemäss dem Präventionsgedanken, der dem Gesetz zugrunde liegt, müsste für den Gegenbeweis die fehlende Verfügungsmacht der Organisation genügen: Allein damit wäre verbunden, dass sich die betreffenden Vermögenswerte eben nicht in gefährlichen Händen befinden und der Gesellschaft daher kein (weiterer) Schaden droht. In der Praxis wurden die Betroffenen jedoch in der Regel angehalten, die legale Herkunft der Vermögenswerte zu beweisen.³⁰ Die legale oder illegale Herkunft der Vermögenswerte soll nach der Konzeption dieses Artikels aber gerade nicht wesentlich sein.

Diese systemwidrige Anwendung der Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation drängt den Präventi-

19 PIETH (Fn. 16), S. 448 f.: «Je nach Lage des Sachverhalts kann eine unbedeutende Bestechungszahlung zwar ein grosses Grundgeschäft [ankränken], insgesamt aber für den in concreto erzielten Millionengewinn als nicht kausal erscheinen.»

20 BAUMANN (Fn. 3), Art. 70/71 StGB N 57 d.

21 BGH, Urteil vom 5. Dezember 2005, 5 StR 119/05.

22 BGH, Urteil vom 5. Dezember 2005, 5 StR 119/05, 5.a)bb).

23 BGH, Urteil vom 5. Dezember 2005, 5 StR 119/05, 5.a)cc).

24 JOSITSCH (Fn. 6), S. 426.

25 ROBERTA TSCHIGG, Die Einziehung von Vermögenswerten krimineller Organisationen, Diss. Bern 2003, S. 1.

26 BAUMANN (Fn. 3), Art. 72 StGB N 1.

27 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers), BBl 1993 III 277 ff.

28 So wurde der Art. 72 StGB bei der Einziehung der Duvalier-Gelder angewendet, obwohl eine kriminelle Organisation Duvalier heute wohl kaum mehr besteht, bzw. kaum mehr gefährlich sein kann, vgl. dazu MARNIE ENGELWALD-DANNACHER, Aufarbeitung von Staatsunrecht in rechtstaatlichen Grenzen?, AJP 2009, S. 288, S. 291.

29 BGE vom 7. 6. 2005, 1 S. 16/2005; BAUMANN (Fn. 3), Art. 72 StGB N 2.

30 BAUMANN (Fn. 3), Art. 72 StGB N 11, m. w. N.; zum Fall Duvalier vgl. etwa: Medienmitteilung des Bundesamtes für Justiz vom 2. Juli 2008.

onsgedanken in den Hintergrund. Sie dient vielmehr dazu, Schwierigkeiten bei der Strafverfolgung von kriminellen Organisationen zu überwinden – diese scheint wohl aufgrund der Vielzahl der Delikte, der Internationalität und der funktionalen Arbeitsteilung besonders schwierig zu sein. Die eindeutige Herkunft aus einem spezifischen Verbrechen ist unter diesen Umständen offensichtlich kaum beweisbar. Verlangt wird ein lückenloser *paper trail* – eine Datenspur von den in Frage stehenden Vermögenswerten zu einzelnen Delikten muss vorliegen. Gerade bei internationaler Grosskriminalität ist dies ein äusserst schwieriges Unterfangen. Erstens wird es in der Regel nicht immer einfach sein, Beweise, die sich z.B. im Ausland befinden, zu beschaffen.³¹ Zudem wird die Herkunft der Vermögenswerte mittels verschiedenster Transaktionen verschleiert: Umwandlungen von Bar- in Buchgeld, Aufsplitten und Zusammenführen der Vermögenswerte, Transaktionen über Scheinfirmen und Strohmänner, etc.

Wenn das Sicherheitskonzept allerdings nicht im Vordergrund steht, sondern diese Norm benutzt wird, um die eben genannten Beweisschwierigkeiten zu überwinden, kommt die Frage auf, wie die Beweislastumkehr dieser Norm dann anzuwenden ist (dazu im Folgenden).

2. Beweislastumkehr des Art. 72 StGB

Wie oben ausgeführt, wird in Art. 72 StGB die im Strafrecht grundsätzlich dem Staat obliegende Beweislast zum Teil auf die betroffene Person übertragen: Hat sich eine Person an einer kriminellen Organisation beteiligt, wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass diese Organisation auch die Verfügungsmacht über ihr Vermögen hat. Nur wenn der Betroffene erfolgreich den Gegenbeweis entweder der fehlenden Verfügungsmacht der Organisation oder aber – insofern systemwidrig – der legalen Herkunft der Vermögenswerte führt, kann er eine Einziehung verhindern.

Einer solchen Regel steht das fundamentale Strafrechtsprinzip *in dubio pro reo* entgegen. Zudem gerät die Einziehung von Vermögenswerten einer zivilen Person aufgrund einer Umkehr der Beweislast wohl auch mit der Eigentumsgarantie und dem Prinzip der Verhältnismässigkeit in Konflikt.³² Aufgrund dessen muss die praktische Anwendung der Beweislastumkehr in Art. 72 StGB auf ein absolutes Mindestmass zurückgeführt werden.³³

Die Praxis hat gezeigt, dass insbesondere der direkte Konnex zwischen einzelnen Vermögenswerten und einzelnen Straftaten bei organisierter Kriminalität kaum zu erbringen ist. Genau dies scheint diese Einziehungsvariante auch – obwohl als Präventionsinstrument formuliert – zu überbrücken. Bezüglich eines unvollständigen *paper trails* ist eine Beweislastumkehr allerdings nur dann zu rechtfertigen, wenn der Richter nach vollumfängli-

cher Beweiserhebung davon überzeugt ist, dass die in Frage stehenden Vermögenswerte mit hoher Wahrscheinlichkeit und trotz des fehlenden konkreten Nachweises aus Straftaten stammen.³⁴ Das Misslingen des Gegenbeweises kann vom Richter dabei zwar durchaus als ein weiteres Indiz gewürdigt werden,³⁵ es reicht aber noch nicht als Grundlage zu einer Vermögenseinziehung aus: Bleiben dem Richter nach vollständiger Beweiswürdigung Zweifel an der Verfügungsmacht der Organisation über die Vermögenswerte oder an deren krimineller Herkunft, muss er dies trotz der Beweislastumkehr in Anwendung von *in dubio pro reo* für den Betroffenen und folglich gegen eine Einziehung deuten.³⁶ Ansonsten liesse sich der Art. 72 StGB und insbesondere seine systemwidrige Anwendung rechtsstaatlich nicht vertreten. Im Sinne des Bestimmtheitsgebots wäre eine Revision dieser Einziehungsnorm bzw. eine Anpassung auf die praktischen Bedürfnisse und auf die heute schon über den Zweck gedehnte Anwendung angebracht.³⁷

IV. Einziehung von im Ausland befindlichen Vermögenswerten

Die Einziehung von Vermögenswerten erfolgt entweder akzessorisch in einem Strafverfahren gegen eine beschuldigte Person oder aber, wenn objektive Gründe dafür vorliegen, dass kein Strafverfahren durchgeführt werden kann, in einem selbständigen Einziehungsverfahren. Sachlich zuständig muss dabei schon nach dem Gesetzeswortlaut immer eine richterliche Behörde sein. Es genügt allerdings, dass der Entscheid einer Untersuchungsbehörde mittels Einsprache der gerichtlichen Beurteilung zugeführt werden kann.³⁸

Insbesondere bei der Einziehung von Vermögenswerten unter der Kontrolle einer kriminellen Organisation kamen Fragen nach der territorialen Grenze der Einziehungsmöglichkeit auf: Können in einem nationalen Verfahren nur Vermögenswerte eingezogen werden, die sich tatsächlich in der Schweiz befinden; können Vermögenswerte im Ausland eingezogen werden, wenn sie aus einer Straftat stammen, die in der Schweiz stattgefunden hat; können Vermögenswerte einer kriminellen Organisation in einem nationalen Verfahren etwa auch dann eingezogen werden, wenn sie sich im Ausland befinden und die Anlasstat ebenfalls im Ausland stattgefunden hat?

Grundsätzlich muss bei der Beantwortung dieser Fragen wohl unterschieden werden, ob die Einziehung in einem akzessorischen oder in einem selbständigen Verfahren angeordnet wer-

31 Gerade bei sogenannten failing states wird hier der Rechtshilfsweg selten erfolgreich sein, so etwa im Fall Mobutu, dazu: MARNIE DANNACHER, Der Fall Mobutu wird in der Schweiz nicht ermittelt, AJP 2009, S. 1195–1197.

32 GUNTHER ARZT, Beweiserleichterungen bei der Einziehung, recht 1993, S. 77–82.

33 BAUMANN (Fn. 3), Art. 72 StGB N 10.

34 Dies hat das Bundesgericht wohl im Fall der Vermögenswerte der Familie Abacha angenommen, BGE 131 IV 169, dazu ausführlich ENRICO MONFRINI, The Abacha case, in: Mark Pieth (ed.) Recovering Stolen Assets, Bern/Bru-xelles/Frankfurt a.M./New York/Oxford/Wien 2008, S. 41–61; ähnlich äusserte sich das deutsche Bundesverfassungsgericht zur weniger rigorosen deutschen Einziehungsnorm, BVerfG, Beschluss vom 14. 1. 2004 – 2 BvR 564/95.

35 ARZT (Fn. 32), S. 78 f.

36 BAUMANN (Fn. 3), Art. 72 StGB N 10.

37 Zum Revisionsbedarf insbesondere bezüglich der Einziehung von Potentatengeldern vgl.: ENGELWALD-DANNACHER (Fn. 28).

38 BAUMANN (Fn. 3), Art. 72 StGB N 16.

den soll.³⁹ Bei der akzessorischen Einziehung ergibt sich die Zuständigkeit des Gerichts aus den allgemeinen Zuständigkeitsvoraussetzungen der Art. 3–8 StGB bzw. gemäss den speziellen Zuständigkeitserweiterungen bei einzelnen Straftatbeständen.⁴⁰ Kann danach ein Strafverfahren in der Schweiz gegen eine Person geführt werden, so sind sämtliche deliktischen Vermögenswerte dieser Person einzuziehen. Nicht entscheidend ist dabei, ob sich die Vermögenswerte im Ausland befinden – selbst dann nicht, wenn die Anlasstat, aus der die Vermögenswerte herrühren, ebenfalls im Ausland stattgefunden hat. Bei der selbständigen Anwendung ergibt sich die Zuständigkeit aber aus Art. 344a StGB. Gemäss dieser Bestimmung ist für die selbständige Einziehung das Gericht am Ort der einzuziehenden Sache zuständig (*locus rei sitae*).⁴¹ Der Lageort der Vermögenswerte ist hier der einzige Anknüpfungspunkt zur Bestimmung des Gerichtsstandes und der Zuständigkeit. Befinden sich Vermögenswerte im Ausland, können sie in einem nationalen selbständigen Verfahren deshalb nicht eingezogen werden.⁴²

De lege ferenda wird hier für die selbständige Einziehung ergänzend zum Lageort ein weiterer Anknüpfungspunkt zur Bestimmung der Zuständigkeit vorgeschlagen. Möglich wäre die Anknüpfung an die hypothetische⁴³ Zuständigkeit von Schweizer Behörden zur Verfolgung des Grunddelikts, auf dem die Einziehung basiert. Gerade wenn Vermögenswerte mit Straftaten in Verbindung stehen, bei denen der Gesetzgeber die territoriale Zuständigkeit für die Strafverfolgung erweitert hat – etwa bei der Beteiligung an einer kriminellen Organisation nach Art. 260^{ter} StGB – wäre dies wohl ein sinnvollerer Lösungsansatz. Gemäss Art. 260^{ter} StGB können Mitglieder einer kriminellen Organisa-

tion in der Schweiz verfolgt werden, wenn nur ein Teil der verbrecherischen Tätigkeit der Organisation in der Schweiz stattgefunden hat. Es wäre also z.B. denkbar, dass Kriminelle im Ausland, die den Finanzplatz Schweiz im Rahmen von Geldwäschereihandlungen lediglich als eine Zwischenstation für ihre Vermögenswerte nutzen, in der Schweiz strafrechtlich verfolgt werden könnten⁴⁴ und mit einer akzessorischen Einziehung der im Ausland befindlichen Vermögenswerte rechnen müssten. Auch wenn sich die in Frage stehenden Vermögenswerte längst nicht mehr in der Schweiz befinden. Ist aber in einem solchen Fall die Strafverfolgung der Personen aus faktischen Gründen in der Schweiz nicht möglich, obwohl eine Zuständigkeit besteht, bleibt auch die Anwendung der selbständigen Einziehung verwehrt. Art. 344a StGB knüpft ja gerade nicht an die mögliche Strafverfolgung, sondern an den Ort der gelegenen Sache an. Bezüglich der Einziehung nach Art. 72 StGB, die ein Instrument gegen das internationale Verbrechen sein sollte, ist dies deshalb wenig sinnvoll.

V. Fazit

Die vorgängige Skizze über die drei verschiedenen Probleme im Zusammenhang mit dem noch relativ jungen Instrument der Vermögenseinziehung, das sich von den Grundsätzen des klassischen Schuldstrafrechts löst und das Strafrecht auch für ein Sicherheitskonzept nutzbar machen will, offenbart einige bisher noch nicht hinreichend gelöste Schwierigkeiten. Die Vermögenseinziehung, insbesondere gekoppelt mit einer Beweislastumkehr, kann für den Betroffenen ein massiver Eingriff in seine verfassungsmässigen Rechte sein. Dass solche Normen derart unbestimmt oder gar unrichtig ausformuliert wurden, ist besorgniserregend. Eine Revision der Einziehungsnormen drängt sich demzufolge auf. ■

39 TSCHIGG (Fn. 25), S. 139.

40 BAUMANN (Fn. 3), Art. 70/71 StGB N 19 m. w. N.

41 GIUSEP NAY/MARC THOMMEN, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 2. Aufl., Basel 2008, Art. 344a StGB N 2.

42 TSCHIGG (Fn. 25), S. 139.

43 Hypothetisch, weil bei der selbständigen Einziehung gerade keine Strafverfolgung geführt wird.

44 HANS BAUMGARTNER, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 2. Aufl., Basel 2008, Art. 260^{ter} StGB N 18.



Zur Erinnerung

Einziehung: (1) → Beschlagnahme; (2) Oberbegriff zu Sicherungseinziehung und Einziehung von Vermögenswerten.

- **selbständige:** es sind Gegenstände oder Werte einzuziehen, obwohl keine Person vorhanden ist, gegen die ein Strafverfahren durchzuführen wäre. Beispielsweise ist der Täter gestorben oder es handelt sich um im Ausland begangene Straftaten, die nach Art. 3 ff. StGB nicht dem schweizerischen Strafrecht unterstehen.
- **Sicherungseinziehung:** Fälle von Art. 58 StGB als präventive Massnahme. Richtschnur ist das Verhältnismässigkeitsprinzip. Ein in Täterhand gefährlicher Gegenstand kann nach Rückgabe

an den ursprünglichen Eigentümer oder in der Hand eines Dritt-erwerbers durchaus harmlos sein. Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts können aus dem Verwertungserlös des eingezogenen Gegenstandes entschädigt werden. Möglich ist auch die Rückgabe an den Täter, sofern er Eigentümer ist und der Gegenstand zuvor unbrauchbar gemacht wurde. Ist nur ein Teil des Gegenstandes gefährlich, ist nach Möglichkeit nur der gefährliche Teil einzuziehen. Die Frage der Verjährung stellt sich nicht; die Sicherungseinziehung muss so lange möglich sein, als vom betreffenden Gegenstand eine Gefahr für die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung ausgeht.

Fortsetzung auf S. 502

Philipp Dickenmann*

Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz

Stichworte : Privatrecht, Zivilprozessrecht, Sammelklage, Class Action, kollektiver Rechtsschutz

I. Die Begriffe der Sammelklage und des kollektiven Rechtsschutzes

Eine *Sammelklage* (*class action*) erlaubt es einzelnen Vertretern einer Gruppe, für die ganze Gruppe eine Klage einzureichen und die Ansprüche aller Betroffenen geltend zu machen. Das Institut der Sammelklage dient der Interessenbündelung vieler Einzelner, die von einer Verletzungshandlung in gleicher Weise betroffen sind. Ziel ist die Vermeidung einer Vielzahl von inhaltlich gleichgelagerten Prozessen mit der Gefahr widersprüchlicher Entscheide.

Sammelklagen kommen daher dort vor, wo ein beanstandetes Verhalten viele Personen in gleicher Weise betrifft. Dazu gehören etwa Klagen wegen schädlicher Produkte (Raucherwaren, Asbest) oder Mängel einer ganzen Produkteserie. Weitere Anwendungsbereiche sind Umweltschädigungen, Arbeitnehmerdiskriminierungen und die Verletzung von Aktionärsinteressen.

Kollektiver Rechtsschutz (*collective redress*) ist ein Begriff, welcher seit einigen Jahren von der EU-Kommission verwendet wird. Der Begriff umfasst alle Arten von Verfahren, mit welchen eine Mehrheit von Klägern ihre Ansprüche gemeinsam durchsetzen können. Dazu gehören nebst der Sammelklage etwa Verbandsklagen und Musterverfahren.

II. Die Sammelklage in anderen Ländern

1. USA

In den USA sind Sammelklagen verbreitet.¹ Auch wenn gewisse Auswüchse kritisiert werden, so wird die Sammelklage nicht in Frage gestellt. Eine Sammelklage muss vom angerufenen Gericht autorisiert werden. Sie ist unter den folgenden Voraussetzungen zulässig:²

- Es gibt eine grosse Anzahl Betroffener (Gruppe) mit gleich oder ähnlich gelagerten Ansprüchen, so dass eine Streitgenossenschaft nicht mehr als praktikabel erscheint.
- Die Ansprüche werden für alle Angehörigen der Gruppe von einem oder mehreren Vertretern der Gruppe als Repräsentan-

ten geltend gemacht, wobei die Ansprüche der Repräsentanten für die ganze Gruppe typisch sein müssen.

- Die Repräsentanten müssen die Interessen der ganzen Gruppe wahren.

In den USA gilt das sogenannte *opt out*-Prinzip. Der Ausgang der Sammelklage bindet alle Angehörigen der Gruppe, soweit nicht ein Angehöriger ausdrücklich aus dem Verfahren austritt. Wer die Kriterien der Gruppe erfüllt, fällt somit unter die Sammelklage, selbst wenn er vom Verfahren keine Kenntnis hat.

2. EU

In der EU ist derzeit die Rechtslage zersplittert. Während einzelne Staaten Sammelklagen oder ähnliche Instrumente zur Verfügung stellen, ist dies in der Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten nicht der Fall. In den letzten Jahren haben auf EU-Kommissionsebene umfangreiche Aktivitäten eingesetzt. Es wird die Frage geprüft, ob namentlich im Bereich des Wettbewerbsrechts und des Verbraucherschutzes «kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren» (*collective redress*) eingeführt werden sollen. Im Bereich des Wettbewerbsrechts wurde im Dezember 2005 ein Grünbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts veröffentlicht und nach Auswertung der Diskussion 2008 das Weissbuch publiziert.³ Weiter ist Ende 2008 das Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher erschienen.⁴

Im Wettbewerbsrecht schlägt die EU-Kommission nebst Mechanismen wie dem erleichterten Zugang zu Beweismitteln, der Verbindlichkeit von Behördenentscheiden für Zivilverfahren, der Einführung einer milden Kausalhaftung und dem erleichterten Schadensnachweis auch einen kollektiven Rechtsschutz vor. Einerseits sollen bestimmte Verbraucher- und Berufsverbände ein Klagerecht erhalten. Und andererseits wird die Einführung der Sammelklage vorgeschlagen, wobei allerdings im Unterschied zu den USA das *opt in*-Prinzip gelten soll, d.h. es braucht eine entsprechende Erklärung, um Mitglied der Gruppe zu werden.⁵

Das Grünbuch zur Durchsetzung der Verbraucherrechte will rechtswidrige Praktiken wie überhöhte Preise, irreführende Werbung oder das Fehlen von vorgeschriebenen Informationen unterbinden. Hierfür werden mehrere Optionen zur Diskussion ge-

* RA Philipp Dickenmann LL.M. ist Partner bei CMS von Erlach Henrici AG in Zürich.

1 Zum amerikanischen Verfahren vgl. auch ANDREAS HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, Bern 2009, S. 9 und S. 14–15; HAIMO SCHACK, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, München 2003, S. 44 ff.; EVA ZIRNGIBL, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess in den USA und Deutschland, Augsburg 2006, S. 106 ff.

2 Rule 23 der Federal Rules of Civil Procedure.

3 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Grünbuch und Weissbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 19. Dezember 2005, KOM(2005) 672 sowie 2. April 2008, KOM(2008) 165.

4 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher, 27. November 2008, KOM(2008) 794.

5 Vgl. dazu HEINEMANN (Fn. 1), S. 20 ff.

stellt, darunter auch die Einführung einer Sammelklage zur Durchsetzung von Konsumentenrechten. Die EU-Kommission betont, dass bei Einführung einer Sammelklage keine Verhältnisse wie in den USA entstehen, da in Europa weder Strafschadenersatz noch ein reines Erfolgshonorar erlaubt sei. Allerdings wird offen gelassen, ob das *opt in*- oder *opt out*-Verfahren gelten soll. Zudem wird vorgeschlagen, dass Sammelklagen finanziell bevorzugt werden. Auf Seiten der Industrie gibt es daher begründete Besorgnis, dass es unter solchen Voraussetzungen über kurz oder lang zu Verhältnissen wie in den USA kommen wird. Es ist in der Tat problematisch, das Institut der Sammelklage auch noch mit einer Kostenbefreiung zu kombinieren.

III. Einführung von Sammelklagen in der Schweiz?

1. Gründe für die Zulassung von Sammelklagen

Als wichtiges Argument für Sammelklagen werden in der EU die sogenannten Streuschäden angeführt. Man stelle sich vor, eine Telefongesellschaft berechnet einer Million Kunden seit 4 Jahren jährlich unzulässige Gebühren von CHF 5 pro Kunde. Dadurch erwirtschaftet die Telefongesellschaft jährlich einen Gewinn von CHF 5 Mio. (insgesamt bisher CHF 20 Mio.), der ihr weitgehend sicher ist, denn kaum ein Kunde wird wegen eines Betrags von CHF 5 pro Jahr vor Gericht ziehen. Eine Verfolgung von solchen Streuschäden ist mit Einzelklagen in finanziell lohnender Weise nicht möglich. Kann dagegen eine Sammelklage erhoben werden, so beträgt der Streitwert CHF 20 Mio.

Als weitere Gründe für die Zulassung von Sammelklagen werden Effizienzvorteile genannt: Die Gerichte werden entlastet, indem sich nur ein Gericht in einem einzigen Verfahren mit der Sache zu befassen hat. Das Risiko von widersprüchlichen Urteilen wird eliminiert.

Ferner kann im Einzelfall eine Sammelklage auch für das betroffene Unternehmen von Vorteil sein. Denn ein Vergleichsabschluss ist für die ganze Gruppe verbindlich, auch wenn sich nicht alle Betroffenen am Verfahren beteiligt haben. Das Unternehmen kennt damit die Gesamtkosten, während bei einer Einzelklage ein Vergleich eventuell daran scheitert, dass das Unternehmen eine nicht abschätzbare Signalwirkung auf alle übrigen betroffenen Parteien fürchtet.

2. Nachteile von Sammelklagen

In den USA hat sich eine eigentliche Industrie gebildet, welche nach Gründen für Sammelklagen sucht, um dann mit diesen Klagen selbst möglichst viel zu verdienen. Häufig geht die Initiative zur Klage von einem auf hohen Gewinn hoffenden Anwalt und nicht von den betroffenen Personen aus. In den USA haben deshalb die Sammelklagen zum Nachteil der Wirtschaft schädliche Dimensionen angenommen.

Gewisse Gründe für diese Entwicklung liegen im Wesen der Sammelklage selbst begründet. So erleichtert die Sammelklage die Geltendmachung von Ansprüchen aus Streuschäden mit ei-

ner Grosszahl von Betroffenen. Solange – wie im obigen Beispiel – damit tatsächlich Missbräuche geahndet werden, ist diese Entwicklung nicht negativ. Jedoch wird mit Sammelklagen auch Missbrauch betrieben, indem vielfach der Versuch unternommen wird, auch ohne objektiven Grund eine Sammelklage mit hohem Streitwert und für das Unternehmen schädlicher Pressepräsenz einzuleiten, um zu erreichen, dass das Unternehmen aus gesamtwirtschaftlichen Überlegungen in einen Vergleich mit beträchtlichen Zahlungen einwilligt (sog. *blackmail settlements*).

Ein weiterer Nachteil der Sammelklage ist die Beeinträchtigung der Rechte des Einzelnen. Ein effektives Handeln der Repräsentanten für die Mitglieder der Sammelklage bedeutet gleichzeitig, dass die einzelnen Mitglieder der Gruppe bezüglich ihrer Ansprüche nicht mehr frei über Geltendmachung, Rückzug oder Vergleichsabschluss entscheiden können. Auch besteht keine Möglichkeit, sich im Verfahren umfassend zu äussern. Diese Einschränkung der Verfahrensrechte ist vor allem dann problematisch, wenn die Gruppe nur ähnliche Ansprüche hat. Hier besteht aufgrund der Vielzahl von Gruppenmitgliedern die Gefahr, dass den Besonderheiten des Einzelfalls nicht ausreichend Rechnung getragen wird.

Hinzu kommen spezifische Eigenheiten des amerikanischen Rechtssystems, welche für die dortige Flut an Sammelklagen mitverantwortlich sind. Dazu gehört die Regel, dass jede Partei ihre Kosten selbst trägt. Dies mindert das finanzielle Risiko der Sammelkläger im Fall des Unterliegens bereits erheblich. Dazu werden in den USA häufig Erfolgshonorare vereinbart. Damit ist die Sammelklage für die Gruppe absolut risikolos, womit die nötige Mindestzahl von klagewilligen Personen leicht zu finden ist. Von Bedeutung ist auch, dass bei Schadenersatzansprüchen teilweise Strafschadenersatz (*punitive damages*) verlangt werden kann. Hierdurch wird die Höhe des Streitwerts massiv noch oben getrieben, und damit gleichzeitig die Attraktivität einer Sammelklage sowohl für die Gruppe wie auch deren Vertreter erhöht, während sich umgekehrt für die betroffenen Unternehmen die wirtschaftliche Belastung und die Ungewissheit über den Ausgang noch akzentuieren.

Weiter ist das amerikanische Beweisverfahren (*pretrial discovery*) sehr klägerfreundlich. Der Grundsatz, dass in Kenntnis aller Fakten entschieden werden soll, ermöglicht den Sammelklägern, sehr umfangreiche Editionsbegehren zu stellen. Nur schon die Erfüllung des Editionsbegehrens ist daher für die Unternehmen oft mit riesigen Kosten verbunden. Deshalb kann bereits die Androhung eines aufwendigen *discovery* Verfahrens ausreichend sein, um der Gegenseite einen Vergleich aufzudrängen, weil dies im Ergebnis immer noch günstiger ist. Schliesslich besteht in den USA das Recht, bereits ab geringen Streitwerten die Beurteilung durch ein Geschworenengericht (*jury*) zu verlangen. Das Jury-System wird als mitverantwortlich dafür betrachtet, dass teilweise überhöhte Strafschadenersatzzahlungen festgesetzt werden.⁶

⁶ Zu den Vor- und Nachteilen vgl. etwa HEINEMANN (Fn. 1), S. 9, 14–15; SCHACK (Fn. 1), S. 44 ff.; SAMUEL P. BAUMGARTNER, *Class Actions and Group Litigation in Switzerland*, *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2007, S. 310 ff.

3. Die Eidgenössische Zivilprozessordnung

Keine der 26 kantonalen Prozessordnungen sieht die Möglichkeit einer Sammelklage vor. Im Rahmen des Entwurfs der neuen Eidgenössischen Zivilprozessordnung (ZPO) wurde die Frage diskutiert, ob und gegebenenfalls wie eine Sammelklage Eingang in das neue Gesetz finden könnte. Dabei wurde jedoch rasch beschlossen, auf einen solchen Vorschlag zu verzichten. Als Begründung wurde namentlich aufgeführt, dass Sammelklagen nicht der Schweizerischen Rechtstradition entsprechen. Weiter wurde befürchtet, dass mit der Einführung einer Sammelklage eine Pandora'sche Box geöffnet wird, welche letzten Endes zu einer unbefriedigenden Situation wie in den USA führt, wo mittels Sammelklagen grosser Druck auf Unternehmen ausgeübt wird, um diese in ungerechtfertigte Vergleiche zu zwingen. Dabei hatte man zweifellos auch die in New York eingereichte «Holo-caust»-Sammelklage gegen Schweizer Banken und Versicherungen in Erinnerung. Schliesslich wollte man verhindern, dass die Einführung einer Sammelklage in der neuen ZPO das ganze, in vielen Jahren mühsam aufgegleiste Projekt einer Rechtsvereinheitlichung gefährdet. In der Tat hätte diesfalls mit einem Referendum mit ungewissem Ausgang gerechnet werden müssen. Da kein dringender Bedarf für die Einführung von Sammelklagen ersichtlich war, wollte ein solches Risiko niemand eingehen.⁷

Dementsprechend sieht auch die neue Eidgenössische ZPO die Sammelklage *nicht* vor.

IV. Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz

Während Sammelklagen in der Schweiz weiterhin nicht zulässig sind, gibt es für eine Mehrheit von Klägern andere Möglichkeiten, um gemeinsam vorzugehen.

1. Einfache Streitgenossenschaft

Im Rahmen einer einfachen Streitgenossenschaft können Parteien gemeinsam Klage erheben, wenn sie Klageansprüche haben, die im Wesentlichen auf den gleichen tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen beruhen, so dass eine gemeinsame Beurteilung zur Vermeidung von sich widersprechenden Urteilen sinnvoll erscheint. Das Institut der einfachen Streitgenossenschaft ist in allen kantonalen Prozessordnungen ebenso wie in der neuen Eidgenössischen ZPO vorgesehen.

Ein gemeinsames Vorgehen ist möglich, aber nicht zwingend. Jede Partei klagt in eigenem Namen und geniesst das volle rechtliche Gehör. Eine Partei kann ihre Klage jederzeit zurückziehen oder mit dem Beklagten einen Vergleich schliessen. Es gibt für Dritte keinen Anspruch, sich einer einfachen Streitgenossenschaft anschliessen zu können.

Voraussetzung für eine einfache Streitgenossenschaft ist, dass ein Gericht für alle Parteien örtlich und sachlich zuständig

ist und auch die gleiche Verfahrensart Anwendung findet. Auf nationaler Ebene stellt Art. 7 GestG sicher, dass ein gemeinsamer örtlicher Gerichtsstand besteht. Auf internationaler Ebene indessen muss im Einzelfall geprüft werden, ob ein gemeinsamer Gerichtsstand vorliegt.

Mit einer einfachen Streitgenossenschaft können die der Sammelklage zugeschriebenen Vorteile ebenfalls erreicht werden. So werden sowohl die Kosten für die beteiligten Parteien wie auch der Aufwand für das Gericht kleiner. Es erhöht sich der Streitwert und damit für die Kläger die Wirtschaftlichkeit ebenso wie die Verhandlungsmacht. Umgekehrt kann für den vergleichsbereiten Beklagten die Möglichkeit eines Gesamtvergleichs und damit die endgültige Regelung der Sache vorteilhaft sein. Mit einem gemeinsamen Vorgehen wird auch das Risiko von widersprüchlichen Urteilen behoben.

Bevor mittels einfacher Streitgenossenschaft geklagt wird, sollten die Kosten- und Entschädigungsfolgen geprüft werden. In aller Regel verurteilen die Gerichte die Mitglieder einer unterliegenden Streitgenossenschaft zur solidarischen Haftung für Gerichtskosten und Parteientschädigung. Das kann namentlich für eine wirtschaftlich starke Partei ein beträchtliches Risiko darstellen und Grund genug sein, ein separates Vorgehen vorzuziehen.

Nur bedingt geeignet ist die einfache Streitgenossenschaft für Streuschäden mit sehr vielen betroffenen Parteien. Diesfalls ist es kaum möglich, bereits im Vorfeld des Prozesses alle Betroffenen zu sammeln und gemeinsam Klage zu erheben. Auch ist die vorerwähnte Solidarhaftung problematisch.

2. Verfahrensvereinigung

Das Gericht kann die Vereinigung mehrerer Klagen anordnen, die auf gleicher oder ähnlicher tatsächlicher und rechtlicher Basis beruhen. Dies kann auf Antrag einer Partei oder aus eigener Initiative des Gerichts zur Vereinfachung des Verfahrens und Reduktion des Aufwands geschehen.

Ferner kann, wenn bei mehreren Gerichten zusammenhängende Klagen rechtshängig gemacht werden, das später angerufene Gericht das Verfahren aussetzen, bis das zuerst angerufene Gericht entschieden hat. Auch kann die Klage an das zuerst angerufene Gericht überwiesen werden, wenn dieses mit der Übernahme einverstanden ist (Art. 36 GestG, Art. 125 und 127 CH ZPO, ähnlich: Art. 22 LugÜ).

3. Interessengemeinschaft

Wo viele Parteien mit gleichlaufenden Interessen vorhanden sind, besteht häufig das Bedürfnis nach einer gemeinsamen Plattform zur Zusammenarbeit. Teilweise erfolgt die Zusammenarbeit informell, recht häufig aber auch in einer rechtlichen Struktur (Verein).

Ein solches gemeinsames Vorgehen ist aus mehrfachen Gründen interessant. Es kann Wissen sowohl betreffend den Sachverhalt wie auch über das rechtliche Vorgehen ausgetauscht werden. Damit reduzieren sich auch die Kosten. Ferner dient eine gemeinsame Organisation auch der Verbesserung der Verhand-

⁷ Schweizerische ZPO, Bericht zum Vorentwurf von 6. Juni 2003, Art. 79 E ZPO, S. 45–46; Botschaft zur schweizerischen ZPO vom 28. Juni 2006, BBl 7221 (2006), Erläuterungen zu Art. 87 E ZPO, S. 70, kritisch hierzu: BAUMGARTNER (Fn. 6), S. 313 ff.

lungsposition. Regelmässig erhöht ein solches Vorgehen auch das Interesse der Öffentlichkeit, was oft den Druck auf die Gegenseite vergrössert (Reputationsproblem).

Ein aktuelles Beispiel ist die «Schutzgemeinschaft der Lehman-Anleger», ein Zusammenschluss von zahlreichen Personen, welche mit sogenannt kapitalgeschützten Papieren von Lehman Brothers Geld verloren haben.

4. Pilotprozess

Der Pilotprozess, auch als Test- oder Musterverfahren bezeichnet, basiert auf einer Übereinkunft zwischen den Klägern und dem Beklagten, wonach ein Prozess nur über eine Klage durchgeführt wird, die typisch für die geltend gemachten Ansprüche ist. Der Ausgang des Prozesses soll dann auch für alle anderen Verfahren verbindlich sein. Gleichzeitig wird für die Dauer des Pilotprozesses auf die Einrede der Verjährung verzichtet. Parteien des Gerichtsverfahrens sind nur der für das Musterverfahren ausgewählte Kläger sowie der Beklagte, die übrigen Kläger sind nur Partei der Übereinkunft.

Ein aktuelles Beispiel sind Entschädigungsansprüche, welche zahlreiche Landbesitzer gegenüber der Zürich Flughafen AG wegen der hohen Lärmbelastung geltend machen. Die Parteien einigten sich, dass die entscheidende Frage, ab welchem Jahr mit einem Anstieg der Lärmbelastung gerechnet werden musste und deshalb keine Entschädigung mehr geschuldet ist, in einem Pilotverfahren geprüft wird. Das Bundesgericht entschied im Jahr 2008, dass die Entwicklung ab 1961 vorhersehbar war.

Für ein derartiges Verfahren ist Voraussetzung, dass der Beklagte einer Vereinbarung betreffend Führung eines Pilotprozesses zustimmt. Ferner ergibt sich eine gewisse Unsicherheit, da das Urteil im Pilotverfahren für die weiteren Klagen nur gestützt auf die privatrechtliche Vereinbarung, nicht aber in prozessrechtlicher Hinsicht verbindlich ist (keine *res iudicata*). Aus diesen Gründen war denn der Beklagte bei solchen Verfahren bisher oft der Staat.

5. Repräsentativklagen

Eine Repräsentativklage ist eine Klage, welche durch eine Drittpartei in eigenem Namen für eine Gruppe von Klägern erhoben wird. Grundsätzlich sieht das Schweizerische Recht die Möglichkeit von Repräsentativklagen nicht vor. Die wichtigste Ausnahme ist die sogenannte *Verbandsklage* im Anwendungsbereich des Persönlichkeitsschutzes. Art. 28 ZGB schützt gegen alle unrechtmässigen Eingriffe in die persönliche Integrität, einschliesslich der Freiheit, sich wirtschaftlich zu entfalten. Ein Verband kann gemäss der vom Bundesgericht entwickelten Rechtsprechung eine Klage für seine Verbandsmitglieder wegen Persönlichkeitsverletzung erheben, wenn der Verband durch seine Statuten befugt ist, die wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder geltend zu machen und es in der Verbandsklage um gemeinsame Inter-

essen aller Personen geht, aus denen der Verband seine Mitglieder rekrutiert.

Verbandsklagen sind durch entsprechende Spezialgesetzgebung auch in weiteren Bereichen wie dem Wettbewerbsrecht zulässig. Wichtige Einschränkung ist allerdings, dass Verbandsklagen auf Feststellungs-, Beseitigungs- und Unterlassungsklagen limitiert sind. Schadenersatzklagen müssen durch die Mitglieder selbst erhoben werden.

Nach einem weiter gehenden ersten Entwurf beschränkt die neue Eidgenössische ZPO die Verbandsklage auf den bisherigen Anwendungsbereich. Eine Anpassung erfolgt allerdings insoweit, als gemäss Art. 89 ZPO der Verband wenigstens regionale Bedeutung haben muss. Damit soll die Kreierung von Ad-hoc-Verbänden verhindert werden. Umgekehrt ist nicht mehr erforderlich, dass auch alle Verbandsmitglieder selbst ein Klagerecht hätten.

Zu erwähnen ist, dass derzeit für den Bereich des Kartellrechts die Einführung der Verbandsklage postuliert wird, und zwar auch für Schadenersatzansprüche. Damit könnten Streuschäden, von welchen zahlreiche Konsumenten betroffen sind, durch einen Verband geltend gemacht werden. Das wiederum soll die in der EU geforderte Einführung der Sammelklage ermöglichen.⁸

6. Fusionsgesetz

Bemerkenswert ist schliesslich der in Art. 105 des Fusionsgesetzes vorgesehene Rechtsbehelf. Danach kann ein Minderheitsaktionär Schadenersatz verlangen, wenn er im Rahmen einer Transaktion benachteiligt wurde. Das Urteil einer solchen Klage gilt nicht nur für den klagenden Minderheitsaktionär, sondern für sämtliche Aktionäre in vergleichbarer Situation – unabhängig davon, ob sie am Verfahren teilgenommen haben. Damit kommt dieses Verfahren einer Sammelklage bereits sehr nahe.

V. Ausblick

Während in der EU aufgrund der Initiativen der EU-Kommission die Frage der Einführung von Sammelklagen derzeit eine hohe Aktualität hat, ist in der Schweiz bis heute nur wenig Bewegung festzustellen. So wurde im Rahmen der neuen Eidgenössischen ZPO die Aufnahme der Sammelklage klar verworfen. Es scheint, dass derzeit in der Schweiz der Bedarf für die Einführung von Sammelklagen nicht ernsthaft besteht und aus heutiger Warte die mit Sammelklagen durchaus vorhandenen Vorteile – wie die effiziente Geltendmachung von Streuschäden – die befürchteten Nachteile nicht aufzuwiegen vermögen. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass – inspiriert durch die EU – das Thema Sammelklage von Konsumentenorganisationen erneut auf das politische Parkett gebracht wird. ■

⁸ HEINEMANN (Fn. 1), S. 64 ff.

Gerhard Stoessel*

Rechtsschutzversicherung und Anwaltsmonopol – eine Entgegnung

Stichworte: Anwaltliche Unabhängigkeit, Anwaltsmonopol, freie Anwaltswahl, Rechtsschutzversicherung, Unternehmensanwalt

I. Einleitung¹

In der Anwaltsrevue 4/2009 setzen sich die Herren Kollegen Dr. Manfred Küng und lic.iur. Niklaus Schoch kritisch mit der geltenden Praxis zum Anwaltsmonopol auseinander und fordern insbesondere die Zulassung von bei Rechtsschutzversicherern (RSV) angestellten Anwälten zur Tätigkeit im Monopolbereich, explizit zur Vertretung von Versicherten der RSV in Prozessen. Sie setzen sich dabei eingehend und zu Recht mit der Frage der Unabhängigkeit des Anwalts auseinander und machen geltend, ein bei einer Rechtsschutzversicherung angestellter Anwalt könne genau so unabhängig sein wie ein freiberuflich tätiger. Diese Argumentation kann bei näherer Betrachtung nicht unwidersprochen bleiben.

II. Anwaltsmonopol

Die beiden Autoren setzen sich in einer interessanten rechtsvergleichenden Analyse mit dem Anwaltsmonopol an sich kritisch auseinander, fordern aber zumindest im Moment noch nicht dessen Abschaffung, weshalb auf diesen Punkt hier nicht eingegangen wird.

III. Tätigkeit ausserhalb des Monopolbereichs

Dass RSV ausserhalb des Monopolbereichs uneingeschränkt beraten und vertreten dürfen, ist seit jeher anerkannt² und soweit ersichtlich nie ernsthaft in Frage gestellt worden.

Das erscheint auch richtig, erlaubt doch die Handels- und Gewerbefreiheit innert der gesetzlichen Schranken grundsätzlich jedermann, rechtliche Dienstleistungen im engeren oder weiteren Sinn zu erbringen. So beraten denn auch in vielen Bereichen «Treuhänder», «Steuerberater» und ähnliche Anbieter unter verschiedenen Bezeichnungen, ohne dass ein Nachweis beruflicher Qualifikation verlangt würde.

Rein fachlich wäre deshalb auch gegen die Zulassung von patentierten Anwälten, die im Dienste eines RSV dessen Kunden beraten und auch vertreten, kaum etwas einzuwenden. Es mag

sogar sein, dass sich Mitarbeitende von RSV dank ihrer weit gehenden Spezialisierung (die RSV klammern in den Produkten, die sich an die Mehrzahl der Kundschaft richten, verschiedene Rechtsgebiete wie Ehe recht, Baurecht, Nachbarrecht, Steuerrecht völlig aus) auf wenige Bereiche konzentrieren können und dort eine Fachkompetenz erreichen, über die als Allgemeinpraktiker tätige Anwälte oft nicht verfügen.

Streitpunkt ist vielmehr in erster Linie die Frage der Unabhängigkeit des Anwalts gegenüber Dritten als zentrales *pièce de résistance* der Anwaltschaft.

IV. Unabhängigkeit des RA im Spannungsfeld zwischen Klient und RSV

1. Grundsatz

Der Grundsatz der Unabhängigkeit des Anwalts und die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten sind zentrale und weltweit anerkannte Berufspflichten des Rechtsanwalts.³ Der Rechtsanwalt hat sicherzustellen, dass sein Vorgehen und Handeln «ausschliesslich vom Interesse seines Mandanten bestimmt» ist.⁴

Der Anwalt ist ausschliesslich Beauftragter des Klienten, nicht des RSV⁵ und hat deshalb nur dem Klienten gegenüber die spezifischen aus dem Mandatsverhältnis sich ergebenden anwaltlichen Pflichten.

2. Interessenlage im Allgemeinen

Zieht ein Klient einen Anwalt bei, hat dieser, falls keine Einigung zustande kommt, grundsätzlich ein Interesse, auch einen Prozess zu führen. Handelt es sich nicht um Zivilsachen, sondern um Straf- und Administrativverfahren, häufig im Strassenverkehr, so sind Auftrag und Zielsetzung noch klarer definiert. Insofern laufen die Interessen des Klienten und des Anwalts parallel.

Beim Entscheid, ob ein Verfahren eingeleitet werden soll, werden Chancen und Risiken beurteilt und gegeneinander abgewogen. Den Klienten interessieren dabei nicht nur die Gewinn- und Verlustchancen in der Sache selbst, sondern auch die Nebensache wie eigene Anwaltskosten (einschliesslich der Möglichkeit, sie von der Gegenpartei ersetzt zu bekommen),

* Dr. iur., M.B.L.-HSG, Diener + Stoessel Rechtsanwälte, Küssnacht ZH.

1 Ausgewählte Literatur: DANIEL BANDLE, Das ambivalente Verhältnis zwischen Anwälten und Rechtsschutzversicherern, HAVE 2008 S. 2–8; PHILIPPE REYMOND, L'avocat et l'assurance de protection juridique – Quelques questions choisies, Revue de l'Avocat 6–7/2000, S. 11–21; GERHARD STOESSEL, Verhältnis Rechtsanwalt – Rechtsschutzversicherung: einige ausgewählte Fragen, Anwaltsrevue 6–7/2000, S. 4–11, sowie in diesen Aufsätzen angeführte weitere Literatur.

2 BANDLE 2 mit Hinweis auf AVO 167.

3 BGFA 12b, 12c; BGE 130 II 94 E 4.1, 4.2.

4 BGE 130 II 95 E 4.2.

5 REYMOND 13 # 2174.

Verfahrenskosten sowie bei ungünstigem Ausgang die Prozessentschädigung an die Gegenpartei.

Der Anwalt hat ein eigenes, mit dem des Klienten korrelierendes Interesse, diese Chancen und Risiken objektiv zu beurteilen: Beide wollen grundsätzlich einen aussichtsreichen Prozess führen, aber keinen aussichtslosen riskieren.

Wo ein RSV grundsätzlich Deckung gewähren könnte, wird dies mit in die Beurteilung einbezogen, der Fall angemeldet und um Kostengutsprache ersucht. Der RSV seinerseits prüft die Deckung und, falls diese gegeben ist, namentlich die Prozesschancen. Hier hat der/die freiberuflich tätige Anwalt/Anwältin des Klienten die gleichen Interessen wie der Klient selbst: Beide wollen, dass der RSV die Kostengutsprache erteilt, ohne die man vielleicht den Prozess oder das Verfahren nicht einleiten wird, womit dem Anwalt das vielleicht lukrative Mandat entgehen würde.

Lehnt der RSV seine Leistungspflicht ab, weil er die Deckung verneint, er den Fall für aussichtslos oder ein anderes als das vom Anwalt des Kunden vorgeschlagene Vorgehen für geeigneter hält, besteht bereits ein latenter Interessenkonflikt zwischen dem Kunden und dem RSV. Ist nun der Anwalt des Klienten gleichzeitig Mitarbeiter des RSV, so hat er aufgrund seiner arbeits- oder gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gegenüber dem RSV auch dessen Interessen zu wahren. Als Vertreter seines Klienten aber, der den Prozess auf Kosten des RSV führen will, hat er sich dafür einzusetzen, dass der RSV die Kostengutsprache erteilt. Der Anwalt, der vom RSV abhängig ist, wird deshalb in seiner Beratung immer auch, ob bewusst oder unbewusst, die Sicht des RSV mit berücksichtigen. Dies begründet zumindest in objektiver Hinsicht eine Interessenkollision und damit die Gefahr, dass die Interessen des Klienten gegenüber denen des RSV relativiert werden.

Auch das Bundesgericht hat eine mögliche «Gefährdung der Unabhängigkeit und der eigenverantwortlichen Berufsausübung» darin gesehen, dass das wirtschaftliche Interesse des RSV an der Begrenzung des finanziellen Aufwandes dem Interesse des Kunden an einem optimalen Rechtsschutz entgegensteht.⁶

Auch bei positivem Ausgang eines Prozesses wird nämlich der RSV in vielen Fällen erhebliche Kosten zu tragen haben, da die Prozessentschädigung (PE) in vielen Kantonen nicht einmal immer die effektiven Anwaltskosten deckt. Dazu kommen die weiteren Prozesskosten, namentlich die eigentlichen Gerichtskosten und eine bei negativem Ausgang des Prozesses der Gegenpartei zu bezahlende PE.

Ein Anwalt, der als Angestellter oder Organ des RSV dessen Standpunkt und namentlich die Kosten bei ungünstigem Ausgang im Auge hat, kann versucht sein, die Chancen eines vorgesehenen Prozesses zurückhaltender zu würdigen, diesbezügliche Einwände des RSV eher zu akzeptieren oder dem Klienten auch in Vergleichsgesprächen zu weiter gehenden Konzessionen zu raten, als wenn die Übernahme der Prozesskosten gesichert wäre.

3. Bei objektivem Missverhältnis zwischen Interessenwert und Kosten

Die Vertretung des Klienten durch Mitarbeitende eines RSV wird besonders problematisch, wo es um die Einleitung von Verfahren oder die Ergreifung von Rechtsmitteln geht, die juristisch zwar durchaus aussichtsreich sein mögen, aber ökonomisch nicht vertretbar sind. Das ist oft der Fall bei Anfechtung von Verkehrsbusen oder kurzen Fahrausweisentzügen, wo der Nutzen auch im Erfolgsfall in keinem vernünftigen Verhältnis zu den Kosten steht.

Der nicht versicherte und neutral beratene, rationale Klient wird aus wirtschaftlichen Überlegungen von einer Einleitung oder einem Weiterzug des Verfahrens spätestens dann absehen, wenn sein Anwalt einen realistisch bemessenen Vorschuss verlangt (etwa CHF 3 000 für Aufhebung einer Ordnungsbusse oder CHF 5 000 für die Anfechtung eines kurzen Führerausweis-Entzugs). Da solche Verfahren oder Rechtsmittel aber streng genommen selten aussichtslos sind, muss ein RSV Kostengutsprache erteilen. Die RSV soll ja gerade sicherstellen, dass der Klient zumindest die objektiv vernünftigen Schritte zur Durchsetzung seines Rechtsstandpunktes ohne Angst vor den unter Umständen enormen Kostenrisiken einleiten kann.

Gerade in solchen Konstellationen ist es wichtig, dass die Beratung durch einen Anwalt erfolgt, der nicht gleichzeitig gegenüber seinem Arbeitgeber die anfallenden Kosten zu vertreten hat.

4. Ergebnis

Nur die Beratung und Vertretung des Klienten durch vom RSV unabhängige Anwälte stellt die zweifelloste Unbefangenheit des Beraters sicher. In diesem Sinne geht es beim Erfordernis des vom RSV unabhängigen Anwalts um eine Übertragung der staatsrechtlichen Gedanken der Gewaltenteilung: Die Beratung im Hinblick auf ein Verfahren und dessen Führung muss personell und organisatorisch klar getrennt werden von Kostenüberlegungen. Andernfalls besteht die Gefahr von Interessenkollisionen.

V. Weitere Fragen

1. Rechtsschutzversicherer im Versicherungskonzern

Auf den von Küng/Schoch erwähnten Sonderfall, wo der RSV dem gleichen Konzern angehört wie ein Versicherer, gegenüber dem Ansprüche geltend gemacht werden, wird hier nicht näher eingegangen. Bei dieser Konstellation sind die RSV in der Praxis meist ohne weiteres bereit, den Kunden an einen externen Rechtsanwalt zu verweisen. Da erstens nur ein kleiner Teil der Rechtsschutzfälle überhaupt Ansprüche gegen andere Versicherer betrifft und zweitens auf dem Schweizer Markt mehrere Versicherungskonzerne tätig sind, stellt sich diese Frage nur in relativ wenigen Fällen. Weiter gehende Transparenzpflichten⁷

⁶ BGE 123 I 200, mit Hinweis auf den Unterschied bei Anwälten von Verbänden etc.: BGE 113 Ia 279.

⁷ KÜNG/SCHOCH, Anwaltsrevue 4/2009, S. 186 rechte Spalte.

würden deshalb an der Interessenbindung und damit am Interessengegensatz auch nichts ändern.

2. Kostendruck in der Rechtsschutzversicherung

Es ist bekannt, dass die RSV unter starkem Kostendruck stehen und deshalb viele davon ausgehen, dass die Betreuung der Kunden durch interne Anwälte kostengünstiger sei als die Gewährung der freien Anwaltswahl und die Finanzierung externer Anwälte. Ob und inwieweit dies zutrifft, wenn man die gesamten Kosten mitberücksichtigt, mag hier offen bleiben. Es würde aber aus anwaltlicher Sicht nicht angehen, diese Kosten durch Einschränkung der freien Anwaltswahl oder durch Aufweichung des Grundsatzes der Unabhängigkeit und Ungebundenheit der Rechtsvertretung zu senken.

Im Sinne eines früheren Postulates des Verfassers wäre vielleicht doch einmal zu prüfen, ob die RSV nicht Selbstbehalte und Franchisen einführen sollten. Die Zahl gerade der kleineren und im Verhältnis zum Interessewert unverhältnismässig teuren Fälle dürfte doch stark zurückgehen, wenn der Kunde in jedem Rechtsfall 10% der versicherten Leistungen, mindestens die ersten CHF 1 000, selbst bezahlen müsste. Dann würde auch die freie Anwaltswahl wieder eher finanzierbar.

3. Rechtsschutzversicherung als Zusatzdeckung

Die Unabhängigkeit des Anwalts ist auch dann zentral, wenn ein Versicherer den Rechtsschutz nur als Zusatzleistung anbietet, namentlich als Rechtsschutz im Strafverfahren in der Haftpflichtversicherung. Hier erhält der Anwalt im Strafverfahren nicht selten Informationen, die der Versicherer nicht hat und auch nicht erhalten könnte und die zu einem Rechtsnachteil des Kunden gegenüber seinem Versicherer führen könnten. Das ist etwa der Fall, wenn ein Vorstrafenbericht Tatsachen enthält, die auf eine Anzeigepflichtverletzung des Kunden beim Abschluss der Versicherung hindeuten. Ein interner Anwalt des Versicherers könnte durch solche Informationen in einen zusätzlichen, oft noch gravierenderen Interessenkonflikt geraten.

4. Kündigungsrecht im Schadenfall (K/S 186)

Der Hinweis der beiden Autoren, dass die RSV eine freiwillige Versicherung ist und der Versicherte im Schadenfall von Gesetzes wegen ein Kündigungsrecht hat, ist zwar an sich richtig. Die

Unabhängigkeit des Anwalts wird für den Versicherten allerdings erst in seinem konkreten Schadenfall aktuell, und da hilft ihm das Kündigungsrecht auch nicht weiter. Für die Mehrzahl der Kunden ist nämlich ein Rechtsfall nicht derart alltäglich, dass die Aussicht auf bessere Behandlung in künftigen Fällen bei der Konkurrenz die Unzufriedenheit im ersten Fall aufwiegen könnte.

5. «Eigeninteressen» und Unterschiede zum «Firmenanwalt» (K/S 186)

Auch ohne «generelle Unterstellung an die Adresse angestellter Anwälte, primär Eigeninteressen zu verfolgen», ist es menschlich verständlich, wenn diese, sei es bewusst oder unbewusst, im Zweifel eher zu einer Lösung tendieren, die für ihren Arbeitgeber insgesamt günstiger ist. Besteht dessen Leistung in der Finanzierung eines bei negativem Ausgang sehr teuren Prozesses, dessen allenfalls positives Ergebnis nicht dem Arbeitgeber zukommt, so besteht zumindest die Versuchung, davon eher abzuraten.

Die Situation ist insofern wesentlich anders als beim Firmenanwalt, der zwar auch seinen Arbeitgeber gegenüber Dritten vertritt. Hier berät der angestellte Anwalt aber seinen Arbeitgeber wie einen Klienten, der einerseits für die gesamten Kosten selber aufkommen muss und dem andererseits auch die Vorteile aus einem erfolgreichen Vorgehen zukommen. Ein Interessengegensatz besteht hier nicht.

Besondere Kautelen in Anstellungsverträgen zwischen RSV und ihren Anwälten würden die Problematik nicht beseitigen. Auch wenn ein angestellter Anwalt die Kompetenz hat, seine Klienten frei zu beraten, wäre es eine Illusion anzunehmen, er fühle sich dabei völlig frei, denn das Verhältnis zwischen Schadenaufwand und Zahl der bearbeiteten Fälle lässt sich sehr leicht ermitteln.

VI. Zusammenfassung

Die «Sperrzone für RSV» ist bei objektiver Betrachtung zur Sicherstellung der anwaltlichen Unabhängigkeit und zur Vermeidung von Interessenkollisionen nicht nur gerechtfertigt, sondern geradezu geboten. Ihre Verankerung in AVO 167 II ist lediglich eine Konkretisierung der klaren Vorgaben von BGFA 12b und c und hat damit vor allem deklaratorische Bedeutung. ■

Markus Fischer*

Die 2. Säule auf dem Prüfstand

Stichworte: Pensionskassen, Rendite, Renten, Handlungsfelder, vorläufiger Befund

I. Einleitung

Unsere Altersvorsorge besteht aus drei Säulen: aus der AHV (1. Säule) mit dem Ziel der Existenzsicherung, aus der beruflichen Vorsorge (2. Säule), um den gewohnten Lebensstandard beizubehalten, und aus der gebundenen Selbstvorsorge (3. Säule), die auf die individuelle Eigenverantwortung abstellt. Anpassungen an die Realität, an sich ändernde Arbeits- und Lebensgewohnheiten und an die Demographie der Bevölkerung erfordern Handlungsbedarf in der Altersvorsorge. Im Bereich der 2. Säule besitzt die Bewältigung der Folgen der Finanzkrise und die Festsetzung realistischer Rentenumwandlungssätze erste Priorität.

II. Zur PPK SAV, den Kapitalmärkten, der «Goldenen Regel» aus dem Jahre 1975 und der Untätigkeit der Politik

Die PPK SAV hat sich per 1. Januar 2005 von Swiss Life getrennt und sich mit einem Deckungskapital von 100 Prozent (ohne Schwankungsreserven) als teilautonome Pensionskasse organisiert. Innert kurzer Zeit konnte ein Deckungsgrad von 107,6 Prozent erwirtschaftet werden, um nach dem katastrophalen Anlagejahr 2008 zeitweise einen Deckungsgrad von unter 90 Prozent hinnehmen zu müssen. Die Krise der Aktienmärkte hat 2008 gemäss einer Umfrage der Anlage- und Vorsorgeverwaltung der Kantonalbanken, Swissscanto, zwei Drittel der Schweizer Pensionskassen in die Unterdeckung gedrückt. Die Autoren dieser Umfrage hielten fest, dass es sich um ein «Annus Horribilis für die Pensionskassen» handelte. Der Grund der massiv negativen Performance lag in der dramatischen Talfahrt der Börsen im Jahr 2008. Heute müssen die Vorsorgeeinrichtungen auf ihren Kapitalanlagen beim geltenden Umwandlungssatz eine Rendite von 4,8 Prozent erzielen, um die gesetzlich definierten Altersleistungen erbringen zu können. Die Anlagebilanz der Schweizer Pensionskassen über die letzten acht Jahre ist nach einer weiteren Umfrage von Swissscanto bei rund 270 Kassen sehr mager – mit einer Durchschnittsrendite von etwa null. Viel hängt allerdings von der Wahl des Betrachtungszeitraumes ab. Die besagte Achtjahresperiode zeichnet ein düsteres Bild, weil sie zwei grosse Börsentaucher (2001–2003 und 2008) erfasst. Nimmt man die letzten 10 Jahre, hat die typische Pensionskasse laut dem Pictet-Branchenindex pro Jahr im Schnitt wenigstens gut 2 Prozent Rendite erreicht, für die letzten 15 Jahre waren es über 4 Prozent und für

die letzten 24 Jahren beachtliche 5,5 Prozent. Die Geschichte wiederholt sich auch bei Kapitalanlagen nie ganz. Einiges spricht dafür, dass die kommenden Jahrzehnte im Schnitt eher tiefere Renditen bringen als frühere Jahrzehnte (Alterung der Gesellschaft, durchschnittlich tieferes Zinsniveau, keine Wiederholung des hohen Anstiegs der Aktienkurse).

Wirft man einen Blick in die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz für die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 19. Dezember 1975¹ stellt man fest, dass die Verfasser(innen) dieser Vorlage 1975 von anderen versicherungsmathematischen und rendite-technischen Grundlagen ausgegangen sind, als sie vermutlich heute gelten dürften. Wörtlich ist auf Seite 163 in dieser Botschaft über die Renditeerwartung nachzulesen:

«Die generelle jährliche Zuwachsrate der Löhne setzt sich zusammen aus Produktivitätssteigerung und Preiszunahme, welche letztere das Ausmass der Inflation bestimmt. Ist die Zuwachsrate der Löhne gleich hoch wie die jährliche Vermögensrendite, so wird von der goldenen Regel gesprochen, wobei die erwähnte Gleichheit der beiden Grössen auf verschiedenen Niveaus spielen kann. In den grundlegenden Modellrechnungen wird für beide Grössen ein Satz von 4 Prozent angenommen.

...

Mit der Annahme der goldenen Regel auf dem Niveau von 4 Prozent kann eine normale wirtschaftliche Entwicklung gezeichnet werden.

...

Die im Gesetzentwurf angegebenen Richtsätze der Beiträge sind mit der angezeigten normalen wirtschaftlichen Entwicklung berechnet worden.»

Mit Blick auf die Renditenzahlen der Pensionskassen der letzten acht Jahre lässt sich feststellen, dass diese «Goldene Regel» beim Kapitalertrag nicht mehr eingehalten werden konnte. Aus diesen Überlegungen folgt, dass nicht nur die negative Börse im Jahr 2008 schuld an den Unterdeckungen der Pensionskassen ist. Gestützt auf nicht erfüllte Renditeerwartungen wurden zu hohe Rentenleistungen (über zu hohe Umwandlungssätze mit einem über längere Zeit zu hohen BVG-Mindestsatz verzinsten Sparguthaben) versprochen, die heute von den Pensionskassen ausgerichtet werden müssen. Die Pensionskassen leben von der Substanz, und allfällige Sanierungsmassnahmen treffen ausschliesslich die beruflich noch aktiven Versicherten. Im Ergebnis

* Fürsprecher in Bern, Mitglied Stiftungsrat und Präsident Anlageausschuss der Paritätischen Pensionskasse des Schweizerischen Anwaltsverbandes (PPK SAV).

¹ Bundesblatt, 128. Jahrgang, Band I, Seite 163 ff.

lässt sich feststellen, dass nicht nur die Kapitalmärkte im Jahre 2008, sondern auch die Politik und damit die unveränderten rechtlichen Rahmenbedingungen die Pensionskassen im Stich gelassen haben. Die Zeche werden – ohne dass ein Wunder an den Kapitalmärkten geschieht – die heute beruflich aktiven und die kommenden Generationen bezahlen müssen.

III. Handlungsfelder in der 2. Säule – heute und in der unmittelbaren Zukunft

In den nächsten Jahren ist es von zentraler Bedeutung, dass die notwendigen Schritte zur Sanierung der Pensionskassen mit Unterdeckungen zeit- sowie situationsgerecht und zielgerichtet umgesetzt werden. Der Stiftungsrat der PPK SAV hat vom Instrumentarium möglicher Sanierungsmassnahmen wie folgt Gebrauch gemacht:

2 Prozent Verzinsung für 2008 auf dem Bestand des Altersguthabens per 31. Dezember 2008. Die gesetzliche Verzinsung für 2008 von 2,75 Prozent wird gewährt, wenn der obligatorische Teil des Altersguthabens inkl. Zins höher als das vorhandene Altersguthaben ist.

Nullverzinsung des gesamten Altersguthabens ab 1. 1. 2009. Die gesetzliche Verzinsung von 2 Prozent wird gewährt, wenn der obligatorische Teil des Altersguthabens inkl. Zins höher als das vorhandene Altersguthaben ist. Der Stiftungsrat wird im November 2009 aufgrund der Börsen-, Rendite- und Deckungsgradentwicklung entscheiden, ob dem Versichertenbestand per 31. Dezember 2009 dennoch eine mit 2008 vergleichbare Verzinsung für das Jahr 2009 gewährt wird.

Ein Anschlussvertrag kann neu frühestens nach einer 3-jährigen Laufzeit jeweils 6 Monate im Voraus auf den 31. Dezember gekündigt werden. Bei einer Kündigung wird die Austrittsleistung im Umfang der Unterdeckung per Stichtag gekürzt (Teilliquidationsreglement vom BSV am 16. 3. 2009 genehmigt).

Vorbezüge für die Wohneigentumsförderung mittels Rückzahlung von Hypotheken werden ab 1. März 2009 nicht mehr gewährt. Vorbezüge können nur noch für die Anschaffung von Wohneigentum geltend gemacht werden.

Laut geltendem Recht sind Mindestumwandlungssätze stufenweise bis 2014 auf 6,8 Prozent zu senken. Das Parlament hat letztes Jahr eine Verschärfung beschlossen – mit einer Senkung bis 2015 auf 6,4 Prozent. Nach erfolgreichem Referendum der Gewerkschaften kommt dieser Beschluss noch vor das Volk. Aus unserer Sicht ist die vorgesehene und mit einem Referendum bekämpfte schrittweise Senkung des Mindestumwandlungssatzes auf 6,4 Prozent sinnvoll und angemessen, weil sie

- hilft, die Leistungen der 2. Säule langfristig zu sichern;
- dazu beiträgt, eine unerwünschte zusätzliche Umverteilung von den Jungen zu den Alten zu verhindern; und
- die Kassen nicht zu einer allzu risikoreichen Anlagestrategie zwingt.

Im Weiteren ist das Ansehen der 2. Säule in der breiten Öffentlichkeit zu stärken. Es gilt, Interessenkonflikte (zum Beispiel Ge-

schäfte mit Nahestehenden) konsequent zu vermeiden und den Stiftungsrat auf die Einhaltung der zentralen Leitlinien einer Corporate Governance (vollständige Ausrichtung auf die Interessen der Versicherten, Unabhängigkeit der Stiftungsräte, volle Transparenz, uneingeschränkte Prüfung der Jahresrechnungen, Unterstützung durch externe professionelle Berater/-innen etc.) zu verpflichten.

Schliesslich gilt es zu verhindern, dass ein Zweiklassensystem von Rentnerinnen und Rentnern im Bereich der 2. Säule entsteht, nämlich jene Rentnerinnen und Rentner, die bei staatlichen Vorsorgeeinrichtungen versichert sind zu jenen, welche privaten Vorsorgeeinrichtungen angeschlossen sind. Bis heute können die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen eine faktische Staatsgarantie beanspruchen. Diesem Problem kann nur mit einer einmaligen vollständigen und genügenden Ausfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Kassen begegnet werden. Damit inskünftig im Falle von Unterdeckungen diese Vorsorgeeinrichtungen nicht auf einen vierten Beitragszahler (neben Arbeitgebern und Arbeitnehmern sowie Zins auf angespartem PK-Guthaben), nämlich auf die Garantie durch die Steuerzahlenden, zählen können und die Sanierungsmassnahmen – wie die privaten Vorsorgeeinrichtungen – aus eigener Kraft leisten müssen. Hier geht es um die Gleichbehandlung der Versicherten in privaten und staatlichen Pensionskassen.

IV. Vorläufiges Fazit, Bemerkungen zum Sozialversicherungssystem allgemein und zur 2. Säule im Besonderen

Die Ausgangslage unseres Altersvorsorgesystems ist – auch im internationalen Vergleich gesehen – gut. Bei aller Sorge um die Pensionskassen ist aus dem Verlust an Aktiven nach dem Ausnahmejahr 2008 noch keine Systemgefährdung abzuleiten. Unterdeckungen dürfen nicht mit Liquiditätsproblemen gleichgesetzt werden. Der Gesetzgeber hat Regeln geschaffen, nach denen die Vorsorgeeinrichtungen ihre Bilanzen über 5 bis 7 Jahre (in Ausnahmefällen bis 10 Jahre) wieder ins Gleichgewicht bringen sollen. Die Altersvorsorge mit dem 3-Säulen-Modell ist ein umfassendes und risikoreiches Leistungsversprechen. Die Sozialversicherungen der Schweiz (AHV, berufliche Vorsorge, KVG, IV, ALV, EO, etc.) stehen vor zahlreichen Herausforderungen. Die soziale Sicherheit kostet in der Schweiz bereits heute 29 Prozent des Bruttoinlandproduktes. Die Sozialleistungen in unserem Land sind in den Jahren 1990–2005 überdurchschnittlich gewachsen zum BIP. Der schweizerische Sozialstaat hat vielfältige Struktur- und Steuerungsprobleme und verfügt über keinen gesellschaftlichen Konsens hinsichtlich der Steuerung und Entwicklung des Systems. Die Stossrichtung des 3-Säulen-Konzepts stimmt, da die Schweiz wohlhabend und reich an Vorsorgekapital ist und ein international anerkanntes Vorsorgekonzept hat. Auf der anderen Seite nimmt die Lebenserwartung stetig zu, und die aktive Sparphase nimmt relativ gesehen ab. Damit wird die kapitalfinanzierte Altersvorsorge noch wichtiger als heute. Der Reformbedarf ist aufgrund der demographischen Entwick-

lung, der Erfahrungen an den Kapitalmärkten, den gemachten Leistungsversprechen, der (vorläufigen) Unantastbarkeit einmal gesprochener Renten, der Nichtbeteiligung der Rentner/-innen an Sanierungsmassnahmen, etc. erheblich. Zur Zeit stehen zahlreiche Reform- und Lösungsansätze zur Diskussion. Wichtig ist, dass der Mindestzins durch die zuständigen Bundesorgane der jeweiligen Entwicklung am Finanzmarkt und der Umwandlungs-

satz endlich den versicherungsmathematischen Gegebenheiten angepasst wird. Nur mit diesem Vorgehen können die Pensionskassen finanziell wieder stabil werden. Ob sich diese sozialpolitisch anspruchsvollen Reformen im Rahmen einer direkten Demokratie umsetzen lassen, wird die Abstimmung über die Herabsetzung der Rentenumwandlungssätze zeigen.

Erläuterungen von Begriffen rund um die 2. Säule

Deckungsgrad

Zeigt das Verhältnis des Anlagevermögens zum benötigten Kapital, um die Vorsorgeverpflichtungen decken zu können. Bei einem Deckungsgrad unter 100 Prozent ist das Vermögen kleiner als das benötigte Kapital. Bei über 100 Prozent bestehen Schwankungsreserven. Liegt der Deckungsgrad unter 90 Prozent, stehen Sanierungsmassnahmen an.

Umwandlungssatz

Prozentsatz, zu dem das Vermögen eines Versicherten bei der Pensionierung in eine jährliche Rente umgewandelt wird. Ein Umwandlungssatz von sieben Prozent bedeutet, dass bei einem Kapital von 100 000 Franken eine Jahresrente von 7 000 Franken resultiert.

Technischer Zinssatz

Zu erwartende Verzinsung des Kapitals der künftigen Rentner(innen). Je höher diese Annahme ist, umso höher kann der Umwandlungssatz zur Bestimmung der Rente angesetzt werden. Der technische Zins wird von den Pensionskassen individuell innerhalb einer Bandbreite von 3,0 bis 4,5 Prozent festgelegt.

Mindestzins

Der Zinssatz, zu dem das Altersguthaben der aktiven Versicherten verzinst werden muss. Allerdings unterliegt nur jener Teil des Guthabens diesem Zins, der den obligatorischen Mindestbestimmungen (BVG-Minimum) unterliegt. Der Mindestzins beträgt aktuell zwei Prozent.

BVG-Minimum

Minimale gesetzliche Leistungen, die durch die Vorsorgeeinrichtung einzuhalten sind. Dem Obligatorium unterliegt ein Jahreslohn von aktuell mindestens 20 520 und maximal 82 080 Franken. Die Sparbeiträge liegen, abgestuft nach Alter des/der Arbeitnehmenden, zwischen 7 und 18 Prozent, wobei die Hälfte vom Arbeitgeber bezahlt werden muss.

Leistungsprimat

Die Leistung der Pensionskasse an die Versicherten richtet sich nach der Höhe des zuletzt erzielten Einkommens.

Beitragsprimat

Die Leistung der Pensionskasse richtet sich nach dem über die Beitragsjahre angesparten Kapital.

Teilliquidation

Scheidet eine grössere Anzahl von Versicherten durch den Austritt einer Firma aus einer Sammelstiftung, durch den Verkauf von Unternehmensteilen oder durch einen grösseren Stellenabbau aus der Pensionskasse aus, erfolgt eine Teilliquidation. Das Austrittsguthaben wird dem Deckungsgrad entsprechend bemessen.

Weitere Informationen oder Auskünfte zur PPK SAV

Wertvolle und nützliche Hinweise finden Sie auf www.ppk-sav.ch. Für eine eingehende Beratung steht Ihnen auch der Geschäftsführer der PPK SAV, Hermann Soltermann, unter der Telefonnummer 031 313 81 81 zur Verfügung. ■

Marco Itin*

Die Revision der Verjährungsfristen und -regeln in Frankreich

Stichworte: Verjährung, Frist, Verwirkung, Hemmung, Berechnung

I. Einleitung

Im Gesetz vom 17. Juni 2008 (Gesetz Nr. 2008-561, publiziert im Amtsblatt, Journal Officiel, am 19. Juni 2008) sind die Verjährungsregeln im zivil- und handelsrechtlichen Bereich grundlegend abgeändert worden. Das Gesetz ist in den Artikeln 2219 ff. des französischen Zivilgesetzbuches kodifiziert worden.

Die grundlegendste Änderung besteht in der Reduktion der ordentlichen zivilrechtlichen Verjährungsfrist von dreissig Jahren auf fünf Jahre und der ordentlichen handelsrechtlichen Verjährungsfrist von zehn Jahren auf fünf Jahre, um diese Besonderheit des französischen Rechts den andern europäischen Rechtsordnungen anzupassen.

II. Übergangsregelungen

Aufgrund der teilweise sehr einschneidenden Änderungen der Gesetzesrevision kommen den Übergangsregelungen grosse Bedeutung zu (Art. 26 des neuen Gesetzes; neuer Artikel 2222 des französischen Zivilgesetzbuches). Bei einer Verlängerung der Frist wird die Dauer der abgelaufenen Frist von der neu geltenden Frist abgezogen, d.h. dass beispielsweise bei einer zweijährigen Frist, welche neu fünf Jahre dauert, nach Ablauf eines Jahres zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes, noch vier Jahre Frist übrig bleiben. Bei Fristen, die gekürzt worden sind, kommt die neue Frist bei Inkrafttreten des Gesetzes zur Anwendung, wobei die Gesamtdauer der Frist die ursprüngliche Verjährungsfrist nicht überschreiten kann. Beispielsweise kommt bei der dreissigjährigen Frist, welche auf fünf Jahre gekürzt worden ist, nach Ablauf von zwanzig Jahren eine fünfjährige Frist zur Anwendung. Falls aber schon 28 Jahre abgelaufen sind, bleibt lediglich eine Frist von zwei Jahren.

III. Verlängerung und Verkürzung

Neu beträgt die ordentliche Verjährungsfrist fünf Jahre. Diese Frist gilt im Zivil- und im Handelsrecht (Art. 2224 des französischen ZGB und Art. L. 110-4 des französischen Handelsgesetzbuches) und kommt zur Anwendung, wenn das Gesetz keine kürzere oder längere Frist vorsieht.

Zahlreiche Spezialfristen gelten weiterhin, beispielsweise im Bereich der Liegenschaftsrechte, Haftpflicht bei Körperverletzung, Produkthaftpflicht etc. Die Klage von Berufsleuten für an Privatpersonen gelieferte Dienstleistungen verjährt innert zwei Jahren (Art. L. 137-2 des Konsumentengesetzbuches).

Die Parteien können grundsätzlich eine Verlängerung oder Verkürzung der Verjährungsfristen vereinbaren, wobei die Dauer von 10 Jahren bzw. einem Jahr nicht über- bzw. unterschritten werden kann. Diese Möglichkeit einer vertraglichen Abänderung der Verjährungsfristen ist ausgeschlossen für Zahlungen, welche periodisch innert Jahres- oder einer kürzeren Frist zu leisten sind, für Zahlungen zur Entschädigung eines durch eine Diskriminierung verursachten Schadens oder bei Verträgen mit Konsumenten und in Versicherungsverträgen.

Die Berechnung der Fristen bleibt im Grundsatz unverändert. Die Frist wird in Tagen und nicht in Stunden berechnet. Der Ausgangstag der Frist wird nicht in die Berechnung einbezogen, und die Frist endet am letzten Tag um Mitternacht (Art. 2228 und 2229 des französischen Zivilgesetzbuches). Bei Ablauf an einem Samstag, Sonntag oder Feiertag wird die Frist grundsätzlich bis zum nächsten Werktag verlängert. Bei Unterbrechung oder Ruhen der Frist kann eine Gesamtdauer von 20 Jahren nicht überschritten werden (Art. 2232 des französischen Zivilgesetzbuches).

IV. Verjährungsunterbrechende und -hemmende Wirkung

Verjährungsunterbrechende Wirkung kommt insbesondere der Zustellung der Klageschrift zu, obwohl die Zustellung nicht automatisch die Rechtshängigkeit zur Folge hat. Auch die Zustellung einer Klageschrift im Schnellverfahren (Art. 2241 ff. ZGB) und die Klageschrift vor einem unzuständigen Richter hat verjährungsunterbrechende Wirkung. Eine Mahnung hingegen unterbricht die Verjährungsfrist nicht (Kassationsgericht, Handelskammer, 12. November 1997). Allerdings gilt diese letzte Regel nicht für die Mahnung im Versicherungsrecht (Art. L. 114-2 Versicherungsgesetzbuch).

Es ist hier darauf hinzuweisen, dass die Abweisung der Klage im Schnellverfahren die Klage ihrer verjährungsunterbrechenden Wirkung beraubt (Kassationsgericht, 1. Zivilkammer, 27. Februar 1996). Dies bedeutet, dass bei kurz bevorstehendem Ablauf der Verjährungsfrist eine Klage im Schnellverfahren zu vermeiden ist, da bei deren Abweisung nach Ablauf der Verjährungsfrist die Verjährung eingetreten und eine ordentliche Klage unmöglich geworden sein kann.

Gemäss Art. 2254 des französischen Zivilgesetzbuches können die Parteien unter gewissen (oben erwähnten) Ausnahmen vereinbaren, dass eine Mahnung verjährungsunterbrechende Wirkung hat. Damit ist die vorher geltende Rechtsprechung im Gesetz verankert worden.

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Paris (itin@itin-law.com)

Die Schuldanerkennung hat weiterhin verjährungsunterbrechende Wirkung (Art. 2240).

Die Unterbrechung der Verjährungsfrist bewirkt, dass die Verjährungsfrist neu zu laufen beginnt. Die Dauer der neuen Verjährungsfrist ist identisch mit der vorher geltenden Frist, was im vorher geltenden Recht nicht immer der Fall war (Art. 2274 und 2277 fr. ZGB).

In gewissen Fällen wird die Verjährungsfrist lediglich gehemmt und nicht unterbrochen. In diesem Fall beginnt nach Aufhebung der Hemmung nicht eine neue Frist zu laufen, sondern

die bei Beginn der Hemmung verbleibende Dauer wird lediglich fortgesetzt. Hemmungen von Verjährungsfristen sind relativ selten.

Mit Ablauf der Verjährungsfrist verwirkt sich das Klagerecht. Der Beklagte kann dem Kläger die Einrede der Unzulässigkeit der Klage entgegenhalten (Art. 122 des französischen Zivilprozessgesetzbuches). Die Unzulässigkeit der Klage kann nicht vom Richter von Amtes wegen festgestellt werden, sondern muss vom Beklagten geltend gemacht werden (Art. 2223 fr. ZGB). ■

David Rüetschi*

Die Einführung eines differenzierten Interessennachweises im Rahmen der Betreuungsauskunft

Zum Urteil des Bundesgerichts vom 9. Juli 2009 (5A_244/2009, Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen)

Stichworte: SchKG, Akteneinsicht, Betreuungsauskunft, Interessennachweis

I. Einleitung

Die Betreuungsauskunft ist bekanntlich auf der Stufe des Bundesrechts geregelt (Art. 8a SchKG); dies hat zur Folge, dass sowohl die Voraussetzungen einer Auskunft als auch die Art und Weise ihrer Erteilung *abschliessend* vom Bundesrecht bestimmt werden und den kantonalen Behörden nur noch dort eine Entscheidungsfreiheit zusteht, wo ihnen das Bundesrecht ein Ermessen einräumt. Die Praxis der Betreibungsämter bei der Behandlung der Auskunftsbegehren sieht allerdings anders aus: Von einer einheitlichen Handhabung des Bundesrechts kann keine Rede sein. Jeder Kanton pflegt eine eigenständige Praxis, und es ist nicht ungewöhnlich, dass das eine Amt einem Begehren ohne Weiteres entspricht, während ein anderes Amt das gleiche Begehren als unzureichend zurückweist oder eine Auskunft erteilt, die sich in zeitlicher oder inhaltlicher Hinsicht erheblich von derjenigen des anderen Amtes unterscheidet. Diese unterschiedliche Anwendung des SchKG durch die Betreibungsämter im Rahmen der Betreuungsauskunft bildet ein Ärgernis für die Rechtsuchenden und sorgt immer wieder für Verunsicherung. Aus Gründen der Rechtssicherheit und vor allem der Rechtsgleichheit erscheint es deshalb dringend notwendig, hier eine gewisse Vereinheitlichung herbeizuführen.

Für eine solche Vereinheitlichung zuständig wäre einerseits der Bundesrat als Oberaufsichtsbehörde¹ über das Schuldbetrei-

bungs- und Konkurswesen, etwa im Rahmen einer Weisung oder eines Kreisschreibens,² andererseits das Bundesgericht, welches als oberste Instanz über die Beschwerden gemäss Art. 17 ff. SchKG entscheidet.³ Letzteres setzt allerdings voraus, dass sich von Zeit zu Zeit Rechtsuchende dazu entschliessen, einen streitigen Fall bis vor Bundesgericht zu ziehen und so dem Bundesgericht überhaupt Gelegenheit geben, zu den betreffenden Fragen Stellung zu nehmen. Dies ist glücklicherweise kürzlich wieder geschehen, und das Bundesgericht hat dies zum Anlass genommen, einen wichtigen Grundsatzentscheid zu fällen.

II. Sachverhalt

Im vom Bundesgericht am 9. Juli 2009 entschiedenen Fall war folgender Sachverhalt zu beurteilen: Am 4. September 2008 ersuchte X das Betreibungsamt Basel-Stadt um Auskunft, ob gegen Z Betreibungen erfolgt und allenfalls offene Verlustscheine registriert seien. Für den Fall von Pfändungsvollzügen bat er um vollständige Auszüge bzw. Kopien der betreffenden Protokolle. Zur Glaubhaftmachung seines Interesses an der Auskunftserteilung reichte X einen (vom Käufer unterzeichneten) Abzahlungskaufvertrag für ein Auto ein. Das Betreibungsamt sandte ihm daraufhin am 5. September 2008 einen detaillierten Betreibungsregisterauszug zu, der Angaben über die seit dem 1. Januar 2006 eingeleiteten Betreibungsverfahren enthielt. Darin waren das Datum des Eingangs des jeweiligen Betreibungsbegehrens, der Name des Gläubigers,

* Dr. iur. MJur, Stellvertretender Chef des Fachbereichs Zivilrecht und Zivilprozessrecht sowie Leiter der Dienststelle Oberaufsicht Schuldbetreibung und Konkurs beim Bundesamt für Justiz in Bern. Der vorliegende Beitrag gibt ausschliesslich die persönlichen Ansichten des Autors wieder.

1 Vgl. Art. 15 SchKG, der in Abs. 1 «die gleichmässige Anwendung» des SchKG ausdrücklich als Aufgabe der Oberaufsicht bezeichnet.

2 Vgl. Art. 1 der Verordnung vom 22. November 2006 betreffend die Oberaufsicht über Schuldbetreibung und Konkurs (OAV-SchKG, SR 281.11), mit welcher der Bundesrat diese Aufgabe an die Dienststelle Oberaufsicht SchKG des Bundesamts für Justiz übertragen hat.

3 Art. 19 SchKG i.V.m. Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG.

die Forderungshöhe, der Erledigungsvermerk, der Verfahrensstand sowie eine allfällige Lohnpfändung aufgeführt. Im konkreten Fall war dem Auszug zu entnehmen, dass gegen den Schuldner 42 Betreibungen für Forderungen von knapp CHF 50 000 verzeichnet waren, welche sich in verschiedenem Stand befanden, wobei allein 25 im Stand der Einkommenspfändung. Gemäss Auszug aus dem Verlustscheinregister hatte der Schuldner ausserdem 36 ungelöschte Verlustscheine nach Art. 115 SchKG.

Am 9. September 2008 verlangte X vom Betreibungsamt telefonisch die Angabe der zusätzlich verlangten Details, d.h. insbesondere der Pfändungsprotokolle, was ihm das Amt jedoch verweigerte. Dagegen erhob X am 9. September 2008 Beschwerde an die kantonale Aufsichtsbehörde. Mit Urteil vom 13. Oktober 2008 wies die kantonale Aufsichtsbehörde die Beschwerde ab. In der Folge gelangte X mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

III. Erwägungen des Bundesgerichts (Zusammenfassung mit Bemerkungen)

1. Ausgangslage

Das Bundesgericht hält zuerst in allgemeiner Weise die Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts auf Einsicht in die Protokolle und Register des Betreibungsamtes fest (Erw. 3):

«Ob und wie weit einem Interessenten Einsicht zu gewähren und welche Auskunft zu erteilen ist, muss von Fall zu Fall aufgrund des Interessennachweises entschieden werden (BGE 95 III 2 E. 2 S. 5 [...]).»

Berücksichtigt man die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts, ist bereits diese Aussage äusserst bemerkenswert, geht sie doch offenbar davon aus, dass abhängig von der Art des Interessennachweises eine unterschiedliche Tiefe des Einsichtsrechts besteht. Dies erstaunt deshalb, weil das Bundesgericht im Jahr 1967 (in einem Konkursfall) festgehalten hatte, dass jedem Gläubiger allein aufgrund seiner Eigenschaft als Gläubiger das erforderliche Interesse für eine Akteneinsicht zukomme, womit ihm zugleich das Recht zustehe, die zugehörigen Aktenstücke einsehen zu dürfen. Eine Verweigerung dieses Einsichtsrechts könne nur ausnahmsweise stattfinden, «so z.B. dann, wenn er sie aus Gründen verlangt, die mit seiner Gläubigereigenschaft nichts zu tun haben, wenn die Einsichtnahme keinen vernünftigen Zweck haben kann, sondern nur unnütze Umtriebe verursachen würde, oder wenn der Bekanntgabe eines bestimmten Aktenstücks eine gebieterische Pflicht zur Geheimhaltung entgegensteht.»⁴ Dieser Entscheid wurde im Jahr 1984 bestätigt, und das Bundesgericht hielt damals fest, dass das «Recht, die Protokolle einzusehen und sich Auszüge daraus geben zu lassen, [...] auch den Anspruch auf Einsicht in die entsprechenden Aktenstücke und Belege» beinhalte, und verlangte dafür insbesondere keinen zusätzlichen Nachweis eines weiter gehenden Interesses.⁵ Vorbehalten blieb einzig das eigentlich rechtsmissbräuchliche

Verhalten.⁶ Gestützt auf diese Entscheide kam die Lehre zur allgemeinen Feststellung, dass gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts mit dem Erbringen des für die eigentliche Registerauskunft verlangten Interessennachweises zugleich *ein pauschaler Anspruch auf umfassende Einsicht* in die Betreibungsakten entstehe.⁷

Allerdings hat das Bundesgericht in einem Fall aus dem Jahr 1969 zumindest angedeutet, dass es auch offen gegenüber einer differenzierteren Betrachtung sein konnte, indem es feststellte, es hänge vom Interessennachweis ab, «ob und inwieweit die Einsicht in das Betreibungsregister zu gewähren und welche Auskunft allenfalls in Form eines Registerauszuges zu erteilen sei».⁸ Dies ist auch die Passage, auf welche der aktuelle Entscheid in der zitierten Erwägung Bezug nimmt, wobei allerdings darauf hinzuweisen ist, dass die zitierte Aussage des Bundesgerichts sich ausdrücklich nur auf die Frage der «Einsicht in das Betreibungsregister» bezieht und nicht (wie im aktuellen Urteil) auf diejenige in die dazugehörigen Akten.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass im Hinblick auf die Frage, ob es nur einen pauschalen Interessennachweis gibt, der für jeden Gesuchsteller entweder zu bejahen ist oder nicht, und bei dessen Gelingen diesem ein uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht zukommt, oder ob vielmehr je nach Art des Interessennachweises differenziert werden muss, wie weit die Akteneinsicht zu gewähren ist, bis heute eine erhebliche Unsicherheit herrschte. Diese ist durch den neuen Entscheid des Bundesgerichts nun beseitigt worden: Das Bundesgericht hat sich in seinem Urteil der in der Lehre seit langem erhobenen Forderung angeschlossen, wonach die konkret vom Gesuchsteller nachgewiesenen Interessen die Tiefe des Akteneinsichtsrechts bestimmen sollen.⁹ Im Einzelnen:

2. Recht auf Auskunft und Einsicht in die Betreibungsakten

a) Auskunft über die im Betreibungsregister enthaltenen Angaben

Im zu prüfenden Fall hatte der Gesuchsteller einen vom Schuldner unterzeichneten Abzahlungsvertrag vorgelegt und damit grundsätzlich ein hinreichendes Interesse glaubhaft machen

6 BGE 93 III 4, 10; nun auch in Erw. 3.5.4 des neusten Urteils.

7 ISAAC MEIER, Betreibungsauskunft – ein ungelöstes Problem des SchKG, in: Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, S. 129 ff., S. 131; JAMES T. PETER, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 1998, Art. 8 a N 17 m. w. Nachweisen auf die kantonale Rechtsprechung; vgl. auch Bezirksgericht Bülach, Beschluss vom 13. Mai 1992, ZR 1992/93, 4, 5 f.

8 BGE 95 III 2, 5.

9 Vgl. LOUIS DALLÈVES, Commentaire romand, Poursuite et faillite, Basel/Genf/München 2005, Art. 8 a N 9; URS PETER MÖCKLI, Kurzkommentar SchKG, Basel 2009, Art. 8 a N 19; MEIER (Fn. 7), S. 144 f.; PETER (Fn. 7), Art. 8 a N 17; im gleichen Sinne auch das Kreisschreiben Nr. A 26 der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen für den Kanton Bern, Ziff. 2 sowie das Kreisschreiben der Obergerichtskommission des Kantons Obwalden vom 15. März 1988 (beide abrufbar auf der Website des Bundesamts für Justiz, <http://www.bj.admin.ch/bj/del/home/themen/wirtschaft/schkg/kreisschreiben.html>).

4 BGE 93 III 4, 6 f.

5 BGE 110 III 49, 51.

können. Damit stand ihm zumindest ein Anspruch auf einen detaillierten Auszug aus dem Betreibungsregister zu (Erw. 3.1):

«Das Bundesgericht hat für das Betreibungsverfahren entschieden, dass im Fall, in dem Einsicht zu gewähren ist, der Interessent grundsätzlich Anspruch hat, alle im Betreibungsregister enthaltenen Angaben, auch die Namen der Gläubiger, die Forderungssummen und den Stand des Verfahrens zur Kenntnis zu nehmen, wenn dies der Gesuchsteller verlangt (BGE 102 III 61 S. 62; 115 III 81 E. 3b S. 88; vgl. Art. 10 VFRR, SR 281.31).»

Damit relativiert das Bundesgericht die in den zwei erwähnten Präzedenzfällen gemachten Aussagen und führt eine wichtige Differenzierung ein: Das pauschal zu gewährende Einsichtsrecht wird beschränkt auf «alle im Betreibungsregister enthaltenen Angaben» und bezieht sich insbesondere nicht (mehr) automatisch auch auf sämtliche zugehörigen Akten.

b) Weiter gehende Einsicht in die zugehörigen Akten

Im vorliegenden Fall verlangte der Gesuchsteller zusätzlich die Herausgabe weiterer Unterlagen, die über die im Betreibungsregister enthaltenen Informationen hinaus gingen, insbesondere die Protokolle der beiden zuletzt vollzogenen Pfändungen. Damit erhielt das Bundesgericht Gelegenheit, grundsätzliche Überlegungen zu den Voraussetzungen dieses weiter gehenden Akteneinsichtsrechts anzustellen. Als Ausgangspunkt für diese Überlegungen betrachtete das Bundesgericht dabei zuerst die bisherige (publizierte oder von den Parteien im Rahmen des Behauptungsverfahrens dargelegte) Praxis der Ämter (Erw. 3.2.1). Dabei musste es feststellen, dass die Praxis – wie in vielen anderen Fragen des SchKG – auch bezüglich der Herausgabepflicht weiter gehender Akten nicht einheitlich ist. So wurde einem Gläubiger, der zur Stellung des Pfändungsbegehrens berechtigt war, der Anspruch zuerkannt, auch die Pfändungsurkunden der laufenden, seinen Schuldner betreffenden Pfändungen zu kennen, um sich über die Chancen eines eigenen Pfändungsbegehrens ins Bild zu setzen.¹⁰ Nach anderen (vom Beschwerdeführer eingereichten) kantonalen Beschwerdeentscheiden genügte es dagegen offenbar, dass ein Betreibungsverfahren eingeleitet worden war, ohne dass der Gesuchsteller zur Fortsetzung der Betreibung berechtigt sein musste, oder stellte die Einleitung eines Betreibungsverfahrens überhaupt kein Erfordernis dar, um die weiter gehenden Akten einsehen zu können.¹¹ Anschliessend betrachtete das Bundesgericht auch die in der Lehre vertretenen Auffassungen (Erw. 3.2.2), fand allerdings auch dort keine eindeutige Antwort auf die im Raum stehende Frage.

c) Konkrete Interessenabwägung im Einzelfall

Im Rahmen der in der Folge vom Bundesgericht angestellten weiteren Überlegungen zum Einsichtsrecht wiederholte dieses zuerst den Grundsatz, wonach die vom SchKG vorgesehene Möglichkeit, sich Auszüge aus dem Betreibungsregister geben zu lassen, *im öffentlichen Interesse* liege, «hinter welches der Persönlichkeitsschutz grundsätzlich zurückzutreten» habe.¹² Wie bereits am Anfang des Urteils angedeutet, begnügte sich das Bundesgericht aber nicht mit einem schematischen Ansatz, sondern verlangte die von der Lehre geforderte *Interessenabwägung im Einzelfall*, welche es in der Folge selber vornahm.¹³

d) Herausgabe des Pfändungsprotokolls als Eingriff in ein Freiheitsrecht

Ausgangspunkt der Überlegungen bildete der Umstand, dass das Pfändungsprotokoll Angaben enthalten kann, welche unter dem in Art. 13 BV festgelegten *Schutz der Privatsphäre* stehen. Eine Weitergabe an Dritte führt damit zu einem Konflikt mit dem in Art. 13 Abs. 2 BV garantierten Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung des Schuldners.¹⁴ Dies, weil in den Pfändungsprotokollen nicht nur Angaben zu den Personalien, Zivilstand, Güterstand, militärische Einteilung, Kinder, Mündel, Verbeiständung, etc. enthalten sind, sondern darin – wenn die Pfändung zu einem ungenügenden Ergebnis führt – auch die dem Schuldner als unpfändbar belassenen Vermögensstücke aufgezeichnet sind. Hinzu kommen unter Umständen Angaben über das Einkommen des Schuldners sowie auch der Familienmitglieder. Darüber hinaus kann der Schuldner sogar dazu verpflichtet werden, ärztliche Zeugnisse über den tatsächlichen Gesundheitszustand vorzulegen, die anschliessend Bestandteil der Betreibungsakten bilden.¹⁵ Weil die Herausgabe der betreffenden Informationen durch den Beamten an Dritte damit einen Eingriff in ein Freiheitsrecht darstellt, kam das Bundesgericht zum Ergebnis, dass das von Art. 36 Abs. 3 BV vorgeschriebene Raster zur Zulässigkeit solcher Beschränkungen durchzuprüfen war, um die verfassungsmässige Zulässigkeit der Beschränkung festzustellen.

e) Gesetzliche Grundlage und öffentliches Interesse (Erw. 3.4)

Mit Art. 8a SchKG konnte die erforderliche gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) ohne Weiteres bejaht werden. Auch das öffentliche Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV) sah das Bundesgericht als klar vorhanden an, da es um die Überprüfung der Kreditwürdigkeit und den Erfolg der Zwangsvollstreckung gehe.¹⁶

12 Vgl. bereits BGE 115 III 81, 88.

13 Eine ähnliche Abwägung nahm das Bundesgericht vor im Hinblick auf die Frage, ob bei erbrachtem Interessennachweis alle Akten des Betreibungsregisters eingesehen werden können, BGE 115 III 81, 85 f.

14 Es geht dabei um das Recht des Einzelnen «selber darüber zu bestimmen, ob, wie und wann er persönliche Lebenssachverhalte [...] offenbaren will», REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 158; JÖRG PAUL MÖLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 167.

15 BGE 94 III 8, 15.

16 Dazu ausführlich BGE 115 III 81, 84 ff.

10 Entscheid der Aufsichtsbehörde des Kantons Genf vom 14. Februar 1995, BISchK 1997, 37.

11 Der Beschwerdeführer berief sich dabei offenbar auf zwei nicht publizierte Entscheide der Aufsichtsbehörde des Kantons Bern vom 6. Mai 2008 bzw. des Kreisgerichts Gaster-See als untere Aufsichtsbehörde für das Betreibungswesen vom 22. Januar 2009.

f) Prüfung der Verhältnismässigkeit (Erw. 3.5)

Kernstück des vorliegenden Urteils bildet schliesslich die Prüfung der Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffs (Art. 36 Abs 3 BV). Von Bedeutung war dabei insbesondere die Voraussetzung der *Erforderlichkeit*, wonach der Grundrechtseingriff «in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht einschneidender sein [darf] als notwendig».¹⁷ Nach der Ansicht des Bundesgerichts reicht der detaillierte Betreibungsregistrauszug in der Regel freilich aus, um die Interessen des Gesuchstellers zu befriedigen:

«Vielmehr bestätigt sich, dass der detaillierte Betreibungsregistrauszug dem Interesse an der Überprüfung der Kreditwürdigkeit und des Erfolges der Zwangsvollstreckung grundsätzlich genügt und ein weiter gehender Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen ohne die Geltendmachung eines weiteren konkreten Interesses nicht gerechtfertigt ist.»

Ohne ein zusätzliches, weiter gehendes Interesse des Gesuchstellers an den verlangten Unterlagen war für das Bundesgericht die Interessenabwägung damit zugunsten des Schuldners zu entscheiden, d.h. die zusätzlichen Unterlagen müssen trotz grundsätzlich gelungenem Interessennachweis nicht herausgegeben werden. Darin ist eine wichtige Differenzierung zur bisherigen Rechtsprechung zu sehen.

Im konkreten Fall machte der Gesuchsteller allerdings ein weiter gehendes Interesse geltend, indem er vorbrachte, der Schuldner habe offensichtlich Einkommen und wesentliche Vermögenswerte verschwiegen, zumal er die Kaufpreis-Anzahlung in Höhe von 9 000 Franken in bar für den Abzahlungsvertrag trotz zahlreicher gleichzeitiger Einkommenspfändungen habe bezahlen können. Der Schuldner sei daran, sich «kriminell zu verschulden», und der Gesuchsteller müsse prüfen können, ob die Voraussetzungen von Art. 190 SchKG gegeben seien, was Kenntnis der betreffenden Unterlagen voraussetze. Mit dieser Argumentation gelang es ihm schliesslich, das Bundesgericht zu überzeugen:

«Ein Gläubiger kann u.a. gegen jeden Schuldner, der bei einer Betreibung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht hat, ohne vorgängige Betreibung beim Gericht die Konkurseröffnung verlangen (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Damit soll die sofortige Zwangsvollstreckung ermöglicht werden, falls der Schuldner die Ansprüche seiner Gläubiger durch bestimmte Handlungen derart gefährdet, dass ihnen die ordentliche Betreibung nicht mehr zugemutet werden kann (Brunner, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 1998, N. 8 zu Art. 190). In BGE 102 III 61 S. 62 hat das Bundesgericht zum Einsichtsrecht bereits anerkannt, dass das Interesse zur Abklärung, ob die Voraussetzungen von Art. 190 SchKG gegeben seien, schutzwürdig ist, weshalb die Kontaktnahme mit anderen Gläubigern zu ermöglichen ist und deren Namen und Adres-

sen bekannt zu geben sind, wenn der Gesuchsteller dies verlangt.

Wenn es dem Interessenten auf diese Weise möglich sein soll, sich über die Einzelheiten des Pfändungsvollzuges in anderen Betreibungen ins Bild zu setzen, so ist nicht ersichtlich, weshalb ihm nicht direkt Einsicht in das Pfändungsprotokoll gegeben werden darf, um anhand dieser Angaben mögliche Schlüsse über verheimlichtes Vermögen des Schuldners zu ziehen und die Einleitung einer Konkurseröffnung nach Art. 190 SchKG zu erwägen.»

Im Ergebnis kam das Bundesgericht damit zum Schluss, dass es aufgrund der Interessenabwägung im Einzelfall gerechtfertigt sein könne, auch einem nicht betreibenden Gläubiger, der Anspruch auf einen detaillierten Betreibungsregistrauszug hat, weiter gehende Einsicht in das Pfändungsprotokoll anderer Betreibungen zu gewähren.

«Wenn die Aufsichtsbehörde dem Beschwerdeführer [...] die weiter gehende Einsicht in das Pfändungsprotokoll des Schuldners verweigerte, hat sie das schutzwürdige Interesse des Beschwerdeführers an der Beurteilung der zwangsvollstreckungsrechtlichen Situation verkannt.»

IV. Abschliessende Würdigung des Urteils

Der sorgfältig redigierte Entscheid des Bundesgerichts überzeugt. Nicht nur führt er zu einer Klärung einer wichtigen Frage über das Auskunftsrecht und relativiert die von der Lehre teilweise kritisierten älteren Urteile BGE 93 III 4 ff. und 110 III 49 ff. Die Ausführungen des Bundesgerichts machen zudem deutlich, dass eine schematische Anwendung der in Art. 8a SchKG aufgestellten abstrakten Voraussetzungen für eine Betreibungsauskunft nicht zulässig ist, sondern dass die auf dem Spiel stehenden Interessen vom Betreibungsamt in jedem Fall individuell zu prüfen und gegeneinander abzuwägen sind, sobald Einsicht in mehr als die eigentlichen Register begehrt wird. Vor allem spricht sich das Bundesgericht explizit dagegen aus, dass mit einem erbrachten Interessennachweis ein umfassendes und grundsätzlich unbeschränktes Einsichtsrecht besteht.

Im Ergebnis kommt es damit zu einer differenzierten Behandlung von Auskunftsgesuchen, und zwar abhängig von der Art der verlangten Auskunft: Wird lediglich eine Registerauskunft verlangt, bleibt es dabei, dass mit dem Nachweis eines Interesses sämtliche im Register verzeichneten und gemäss Art. 8a Abs. 3 SchKG nicht von der Auskunft ausgeschlossenen Informationen herauszugeben sind. Eine abgestufte Auskunftserteilung, die auf die Art des Interessennachweises abstellt, gibt es hier nicht. Will der Gesuchsteller dagegen Einsicht in weiter gehende Akten erhalten, muss er konkret darlegen, weshalb er an der entsprechenden Auskunft ein Interesse hat, und das Amt hat dessen Vorliegen konkret zu prüfen. Allerdings hat sogar die grundsätzliche Gutheissung eines solchen Gesuchs *kein umfassendes Einsichtsrecht* zur Folge: Einsicht ist vielmehr in jedem Fall nur so weit zu gewähren, als dies zur Wahrung der vom Gesuchsteller dargelegten Interessen im Einzelfall erforderlich ist. ■

17 BGE 126 I 112, 120.

Blaise Carron* et Roland Mathys**

Perquisition en droit des cartels: le point de vue de l'avocat

Mots clés : Droit des cartels, droit de la concurrence, perquisition, dawn raid, compliance, secret professionnel de l'avocat.

I. Introduction¹

Les premières perquisitions menées par le Secrétariat de la Commission suisse de la concurrence (Comco) ont eu lieu en 2006 et visaient des entreprises actives dans le domaine du fret aérien.² Depuis lors, l'ensemble des secteurs économiques – production, commerce et services – et des marchés très différents ont été concernés par ces mesures de contrainte. Les entreprises touchées sont aussi bien des multinationales que des PME locales. Les déclarations les plus récentes du Président de la Comco présentent clairement les perquisitions comme un moyen désormais ordinaire de lutter contre les comportements anticoncurrentiels.³

Une perquisition peut sérieusement perturber l'exploitation d'une entreprise. Il ne faut pas sous-estimer ce risque et élaborer soigneusement une stratégie en vue de le minimiser. L'avocat qui conseille une entreprise doit informer les organes, les inviter à prendre les mesures adéquates et les assister dans cette tâche. Les démarches à accomplir concernent aussi bien la perquisition elle-même que les périodes antérieure et postérieure à celle-ci.

II. Avant une perquisition

Avant qu'une perquisition ait lieu, l'avocat doit conseiller à son client de prendre des mesures d'ordre matériel et organisationnel pour réduire les perturbations que cette mesure de contrainte ne manquera pas d'entraîner pour l'entreprise concernée.

1. Les mesures matérielles

L'avocat consulté avant une perquisition de la Comco doit s'assurer que son client ne commette pas ou plus de violation matérielle du droit des cartels. A cette fin, il dispose de différents moyens. Il doit d'abord s'assurer du soutien inconditionnel des organes de l'entreprise: ceux-ci doivent s'engager de façon univoque à respecter le droit des cartels et manifester clairement leur intention de tirer toutes les conséquences qui s'imposent en cas de découverte d'un comportement illicite. L'avocat peut en-

suite mettre en place diverses mesures de *compliance* en organisant des modules de formation, en implantant un code de conduite au sein de l'entreprise, en réalisant un audit de conformité destiné à révéler l'existence de situations à risque, voire en dénonçant un comportement prohibé à l'autorité de la concurrence.⁴

2. Les mesures organisationnelles

On l'a déjà dit, une perquisition peut entraîner de sérieuses perturbations dans l'exploitation si l'entreprise subissant cette mesure n'y est pas suffisamment préparée. Un avocat peut prévenir ou réduire ces inconvénients en participant à la mise en place des mesures organisationnelles suivantes.

a) La mise en place d'une organisation *ad hoc*

L'avocat doit veiller à ce que l'organisation *ad hoc* mise en place par sa cliente prenne en compte les aspects du personnel et ceux liés à la logistique.

Au niveau du *personnel*, il faut désigner clairement les collaborateurs responsables et les former en conséquence.⁵ Il existe au moins trois positions-clés: les personnes présentes à l'accueil, l'équipe chargée de gérer la perquisition – que l'on appellera ci-après le *dawn raid response team* – et les chargés de la communication auprès du public et des investisseurs. La composition du *dawn raid response team* requiert une attention particulière. Sa taille doit être proportionnelle à celle de l'entreprise. Cette équipe devrait comprendre au minimum un représentant de la direction (autorisé à prendre des décisions au nom de l'entreprise), un membre du service juridique interne (si un tel service existe), un avocat externe, un employé du département informatique ayant accès à tous les systèmes ainsi qu'un représentant du département concerné par la perquisition.⁶

L'organisation *ad hoc* doit aussi anticiper les besoins *logistiques*. Il faut prévoir des salles de travail en nombre suffisant. On veillera ainsi à disposer au moins d'une pièce pour le *dawn raid response team*, d'une autre où pourra séjourner le responsable de l'autorité de la concurrence et où seront rassemblés les documents saisis ainsi que, située proche de cette seconde salle, d'une troisième où l'on pourra effectuer les copies des docu-

* Dr. iur., LL.M. (Harvard Law School), avocat (également admis à New York), senior associate chez WENGER PLATTNER, Bâle, Zurich, Berne, ancien employé du secrétariat de la Comco.

** Lic. iur. et lic. oec. publ., LL.M. (London School of Economics and Political Science), avocat, associé chez WENGER PLATTNER, Bâle, Zurich, Berne.

1 Dans ce sens, WALTER A. STOFFEL, Gartenschieren und Hausdurchsuchungen – Was die Wettbewerbskommission in ihrer Praxis prioritär durchzusetzen sucht, NZZ du 2. 7. 2009, p. 25.

2 Comco, Communiqué de presse du 16. 2. 2006, consultable sous: <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/fr/3153>.

3 Dans ce sens, WALTER A. STOFFEL, Gartenschieren und Hausdurchsuchungen – Was die Wettbewerbskommission in ihrer Praxis prioritär durchzusetzen sucht, NZZ du 2. 7. 2009, p. 25.

4 PATRICK L. KRAUSKOPF/DELPHINE ROCHAT, Wirksame kartellrechtliche Compliance, revue de l'avocat 2/2009, p. 63 ss, p. 65 s.

5 PATRICK SOMMER/ALAIN RAEMY, Rechtliche Fragen bei Hausdurchsuchungen im Rahmen des Schweizerischen Kartellrechts, sic! 10/2004, p. 758 ss, p. 765.

6 STEFAN BRUNNSCHWEILER/MARQUARD CHRISTEN, Korrektes Verhalten bei Hausdurchsuchungen, Rechte und Pflichten der Unternehmen und der Wettbewerbsbehörden bei Hausdurchsuchungen im Kartellverfahren, Jusletter 17. 10. 2005, N 12.

ments saisis. L'avocat doit enfin veiller à ce que sa cliente dispose de capacités suffisantes tant au niveau personnel que technique pour permettre le déroulement le plus fluide possible de la perquisition.

b) La préparation de documents internes

En vue d'une perquisition, il faut concevoir des documents pour au moins trois types d'utilisateurs au sein de l'entreprise:

- *Le personnel d'accueil.* Une notice claire, précise et concise, permettant d'alerter rapidement un ou plusieurs membres du dawn raid response team, suffit.⁷
- *Les membres du dawn raid response team.* Le document leur étant destiné contient une liste constamment actualisée des membres de l'équipe, des explications juridiques détaillées, des listes récapitulatives pour les différentes étapes de la perquisition (check lists) ainsi que des exemplaires des documents standard utilisés lors de la perquisition (procès-verbaux etc.).
- *L'avocat externe.* Outre les documents susmentionnés, il doit disposer d'une liste de contacts ainsi que d'une description du chemin le plus rapide pour se rendre chez sa cliente.⁸

c) L'exécution de simulations

L'exécution d'une simulation de perquisition (mock dawn raid) permet d'une part de contrôler et d'améliorer l'état de préparation des collaborateurs de l'entreprise et leur donne d'autre part la possibilité d'appliquer les connaissances théoriques acquises.

Quant à l'avocat externe, il peut profiter de ces exercices pour mieux connaître les locaux ainsi que ses interlocuteurs au sein de l'entreprise.

d) Le traitement réservé aux documents sensibles

Selon la Notice sur le déroulement des perquisitions, seule la correspondance de la défense dont le contenu porte sur l'actuelle procédure ne peut être saisie (legal privilege).⁹ La correspondance résultant de programmes de compliance ou d'audits ne bénéficie pas de ce privilège.

En outre, le Secrétariat de la Comco est d'avis que le *secret professionnel* ne vaut que pour les avocats externes et pas pour les juristes internes.¹⁰ Le Tribunal pénal fédéral partage ce point de vue.¹¹ Le Tribunal fédéral a, quant à lui, laissé la question ouverte dans un jugement récent.¹² Dans cette même décision, la première cour de droit public a décidé que, de toute façon, le

legal privilege ne pouvait s'appliquer qu'à des documents en possession de l'avocat (interne ou externe) et pas à ceux détenus par d'autres personnes dans l'entreprise.¹³

Par conséquent, toute entreprise qui effectue des mesures de compliance ou un audit de conformité et qui veut éviter de devoir transmettre des documents potentiellement compromettants dans le cadre d'une perquisition devrait prendre les *mesures préventives* suivantes:

- désigner la correspondance tombant sous le secret professionnel comme telle, afin de pouvoir l'isoler en cas de perquisition;
- aussi longtemps que la communication avec les juristes internes n'est pas protégée par le secret professionnel, privilégier les services d'avocats externes afin de procéder aux clarifications et appréciations juridiques;
- recourir exclusivement aux avocats externes pour communiquer et conserver les documents;
- renoncer à la transmission d'informations par voie électronique en raison des difficultés à contrôler leur divulgation.

III. Pendant une perquisition

1. L'alerte de l'avocat

L'entreprise a un *droit fondamental* à faire appel à un avocat (art. 6 ch. 3 let. c CEDH¹⁴).¹⁵ Selon la Notice sur le déroulement des perquisitions, les autorités de la concurrence n'attendent toutefois pas l'arrivée de l'avocat avant de commencer leur travail.¹⁶ L'avocat doit en tirer deux conséquences pratiques:

- Premièrement, il doit s'assurer que sa cliente est capable de gérer seule les premières étapes d'une perquisition.
- Deuxièmement, l'avocat externe doit être joignable en tout temps et pouvoir se rendre rapidement sur les lieux de la perquisition.

2. Les mesures sur place

A son arrivée sur place, l'avocat doit prendre toute une série de mesures pour défendre au mieux les intérêts de sa cliente.

a) Les mesures d'urgence

Selon la Notice sur le déroulement des perquisitions, l'entreprise perquisitionnée peut se faire assister d'un avocat. Dès son arrivée, celui-ci doit se faire connaître de l'autorité de la concurrence et s'enquérir de l'état de la situation auprès des représentants de sa cliente.

7 Dans ce sens, BRUNNSCHWEILER/CHRISTEN (note 6), N 5.

8 PATRICK SOMMER/STEFAN BRUNNSCHWEILER, Kartellrechtliche Hausdurchsuchungen, Jusletter 9. 10. 2006, N 9.

9 SECRÉTARIAT DE LA COMCO, Notice sur le déroulement des perquisitions, ch. 3.

10 SECRÉTARIAT DE LA COMCO (note 9), ch. 4.

11 Jugement de la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 14. 3. 2008 (BE.2007.10-13), c. 6.

12 Jugement du Tribunal fédéral 1B_101/2008 du 28.10.2008, c. 4.2. L'avant-projet pour une loi fédérale sur les juristes d'entreprise (LJE) d'avril 2009 prévoit l'introduction du secret professionnel (et donc du legal privilege) pour les juristes internes.

13 Jugement du Tribunal fédéral 1B_101/2008 du 28.10.2008, c. 4.4.

14 Convention du 4. 11. 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; RS 0.101.

15 SECRÉTARIAT DE LA COMCO (note 9), ch. 1; OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, Gedanken zum Ablauf kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen, PJA 10/2005, p. 1221 ss, p. 1226.

16 SECRÉTARIAT DE LA COMCO (note 9), ch. 2; OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, Réflexions sur le déroulement des perquisitions cartellaires, sic! 2/2007, p. 152 ss, p. 154.

b) L'examen des documents officiels transmis

Si le mandat de perquisition n'a pas pu lui être transmis auparavant, l'avocat doit d'abord étudier en détail ce document ainsi que les autres pièces remises par l'autorité au début de la perquisition. Il doit identifier l'objet de cette mesure¹⁷ et veiller à ce que le mandat précise clairement l'entreprise visée, les locaux à fouiller ainsi que les moyens de preuves à rechercher.¹⁸

c) La surveillance des actes de perquisition

Toute personne, y compris morale, a droit à la protection de sa sphère privée, notamment au respect du domicile et de la correspondance (art. 8 ch. 1 CEDH et art. 13 al. 1 Cst. féd.¹⁹).²⁰ L'exécution d'une perquisition et la saisie de documents constituent des atteintes sévères aux droits constitutionnels d'une entreprise et de ses collaborateurs.²¹ Par conséquent, le secrétariat de la Comco ne peut mener une perquisition que si *quatre conditions* sont remplies:²² (i) l'existence de soupçons fondés²³; (ii) la probabilité de découvrir des preuves (art. 48 et 46 al. 1 let. a DPA²⁴); (iii) le respect du principe de proportionnalité; (iv) l'existence d'un mandat de perquisition conforme.

Les autorités peuvent perquisitionner tous les *locaux* susceptibles de contenir des preuves, y compris les bureaux, les coffres-forts, les armoires à documents, les archives et systèmes informatiques, les moyens de communications mobiles ainsi que les véhicules et les domiciles privés des personnes impliquées.²⁵ Avant l'examen d'un document, son détenteur doit avoir la possibilité de s'exprimer sur son contenu (art. 50 al. 3 DPA). Un avocat est autorisé à l'accompagner et à l'assister.

Durant la perquisition, l'avocat doit veiller à ce que la position de sa cliente vis-à-vis de l'autorité de la concurrence soit clarifiée au plus vite. En pratique, l'entreprise a les possibilités suivantes:

- *La tolérance*.²⁶ L'obligation de tolérer une perquisition concerne principalement le devoir d'octroyer aux représentants de l'autorité l'accès aux locaux et aux documents.²⁷ L'obstruction d'une perquisition constitue une circonstance aggravante pour la fixation de la sanction (art. 5 al. 1 let. c OS LCart²⁸).

- *La coopération simple*. Une telle attitude permet un déroulement rapide et efficace de la perquisition et empêche des perturbations inutiles de l'exploitation.²⁹
- *La coopération qualifiée*. L'entreprise demande à pouvoir profiter du programme de clémence (art. 8 et 12 OS LCart). Une telle décision oblige l'entreprise à coopérer inconditionnellement avec l'autorité. Elle doit lui transmettre tous les moyens de preuves à sa disposition et la soutenir dans la recherche d'éléments supplémentaires. Conformément à une jurisprudence récente, l'autorité de la concurrence peut renoncer à sanctionner la première entreprise qui coopère même si elle a déjà ouvert une enquête et initié une perquisition.³⁰ Les viennent-ensuite ne peuvent en principe que profiter d'une réduction de la sanction allant jusqu'à 50%. Vu ces circonstances, un avocat scrupuleux doit veiller à ce que sa cliente se décide le plus rapidement possible sur le principe d'une coopération.³¹

Lorsque l'entreprise renonce au programme de clémence, son avocat doit s'assurer que son droit constitutionnel de *garder le silence* (art. 31 al. 2 et art. 32 al. 1 Cst. féd., art. 6 CEDH) soit respecté.³² Il y veillera en particulier lorsque les représentants de l'autorité posent des questions aux occupants des locaux perquisitionnés. Les questions sur le contenu des documents fouillés sont en principe admissibles. Il faut toutefois éviter que des interviews de collaborateurs aient lieu. L'avocat doit rendre sa cliente attentive à son droit de refuser la transmission d'informations à charge.³³

d) Les mesures concernant les documents saisis

Les documents suivants peuvent en principe faire l'objet d'une saisie:

- *Les documents papiers*. Le secrétariat de la Comco saisit en principe des documents originaux.³⁴ L'entreprise peut être autorisée à faire des copies dans la mesure où cette activité ne gêne pas le bon déroulement de la perquisition. Sans copie des dossiers en cours, l'exploitation de l'entreprise peut être sérieusement mise en péril. C'est pourquoi il est indispensable de disposer des capacités techniques et humaines suffisantes pour procéder à ces copies.
- *Les données électroniques*. En règle générale, le secrétariat de la Comco s'adjoint les services de spécialistes chargés de

17 BRUNNSCHWEILER/CHRISTEN (note 6), N 15.

18 SCHALLER/BANGERTER (note 15), p. 1225; BRUNNSCHWEILER/CHRISTEN (note 6), N 48.

19 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999; RS 101.

20 SCHALLER/BANGERTER (note 15), p. 1222 et les références contenues.

21 SCHALLER/BANGERTER (note 15), p. 1222.

22 SCHALLER/BANGERTER (note 16), p. 152 s. et les références contenues.

23 SOMMER/RAEMY (note 5), p. 760. Une *fishing expedition* visant à saisir des documents sans soupçon préalable est illicite (cf. CHRISTOPHER LANG, Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, Jusletter 27.9.2004, N 5).

24 Loi fédérale du 22.3.1974 sur le droit pénal administratif; RS 313.0.

25 SCHALLER/BANGERTER (note 15), p. 1228.

26 PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 7/2004, p. 553 ss, p. 558.

27 SIMON BANGERTER/CHRISTOPH TAGMANN, Ausgewählte Themen zum Verfahrensrecht, in: Roger Zäch (éd.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zurich 2006, p. 165 ss, p. 174 et les références contenues.

28 Ordonnance du 12.3.2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence RS 251.5.

29 LANG (note 23), N 35; BRUNNSCHWEILER/CHRISTEN (note 6), N 24.

30 Comco, décision du 6.7.2009, ch. 152 ss, en particulier 163 et 169, Elektroinstallationsfirmen Bern.

31 En relation avec la demande préventive de la règle du bonus, cf. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, Jusletter 10.8.2009, N 40 ss.

32 SCHALLER/BANGERTER (note 16), p. 154.

33 L'autorité de la concurrence a un devoir correspondant; une violation de ce principe peut conduire à l'interdiction d'utiliser les preuves en question (SOMMER/RAEMY, [note 5], p. 764 s. et les renvois contenus).

34 SOMMER/BRUNNSCHWEILER (note 8), N 16; de façon implicite, SCHALLER/BANGERTER (note 15), p. 1232.

copier les données électroniques de telle sorte que des données effacées par leur utilisateur puissent être reconstituées.³⁵ Si cela n'est pas possible (p. ex. en raison de mots de passe indisponibles), les autorités de la concurrence pourraient saisir physiquement les supports de données, ce qui entraînerait évidemment de graves dysfonctionnements au sein de l'entreprise.³⁶ Par conséquent, l'avocat doit veiller à ce qu'un spécialiste informatique se trouve sur place dès que possible.

L'avocat doit *contrôler* tous les documents saisis, sans oublier ceux qui l'ont été avant son arrivée. Selon la Notice sur le déroulement des perquisitions, les moyens de preuve recueillis en absence de l'avocat sont mis de côté afin que l'avocat puisse s'exprimer sur leur contenu et, le cas échéant, demander la pose de scellés.³⁷

Si l'avocat est d'avis que certains documents ne peuvent pas être saisis, il doit faire opposition (art. 50 al. 3 DPA). L'opposition doit être signifiée au plus tard lors de la signature du procès-verbal de saisie.³⁸ Une telle mesure entraîne la mise sous scellés des documents jusqu'à ce que, sur requête de l'autorité de la concurrence, la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral ait pris une décision quant à la levée des scellés.³⁹

3. Mesures en fin de perquisition

Lorsque la perquisition touche à sa fin, l'avocat doit s'assurer des éléments suivants avant le départ des représentants de l'autorité de la concurrence:

- Désigner l'ensemble des documents dont la saisie doit faire l'objet d'une *opposition*. L'autorité compétente n'entre en effet pas en matière sur des oppositions tardives.⁴⁰
- Contrôler la *classification* des documents saisis. Les documents faisant l'objet d'une opposition doivent se trouver dans des containers scellés avant le transport.⁴¹
- Veiller à ce que tous les documents saisis soient *copiés*.
- Relire le *procès-verbal* de perquisition et de saisie. Les points suivants doivent faire l'objet d'une attention particulière: la désignation des secrets d'affaires, la liste des documents sai-

sis, la description correcte du déroulement de la perquisition, l'obtention d'une copie du procès-verbal.

- Disposer des *coordonnées* des représentants de l'autorité ainsi que de l'officier public présent (art. 49 al. 2 DPA).

IV. Après une perquisition

Après une perquisition, l'avocat doit conseiller à sa cliente de prendre notamment les mesures suivantes:

- Organiser un *débriefing* avec les personnes impliquées. Lors de cette séance, toutes les informations rassemblées pendant la perquisition doivent être mises en commun, examinées, comparées et complétées.
- Planifier des *interviews* avec les éventuels collaborateurs de l'entreprise paraissant avoir joué un rôle prépondérant. Il s'agit de mieux cerner leurs actes et la portée juridiques de ceux-ci.
- Effectuer une *analyse de la situation* sur la base des informations rassemblées et du contenu des documents saisis. Cette démarche a pour but de déterminer *prima facie* si l'entreprise a effectivement commis une violation du droit des cartels et quelles en sont la gravité et les conséquences possibles.
- Consulter rapidement les organes de la société afin de déterminer la *stratégie* pour la suite de la procédure. La question principale à trancher est la sollicitation ou non du programme de clémence.
- Entreprendre les démarches nécessaires vis-à-vis des *autorités étrangères* si le comportement a une dimension internationale. Il s'agit à nouveau de déterminer s'il convient de participer aux éventuels programmes de clémence existant à l'étranger.
- Mettre en place des *mesures de compliance* afin d'empêcher que l'entreprise soit à nouveau confrontée à une perquisition, voire à une majoration de la sanction en cas de récidive.

V. Conclusion

Les perquisitions de la Comco sont de plus en plus fréquentes. Elles se traduisent non seulement par un risque plus élevé pour les entreprises de se voir imposer une sanction, mais elles peuvent également provoquer des perturbations sérieuses de l'exploitation commerciale, voire l'empêcher totalement.

Les entreprises et leurs avocats (internes et externes) doivent se préparer à ce genre de situation et prendre les mesures idoines avant, pendant et après une perquisition. Celles-ci vont des démarches préventives de compliance à l'auto-dénonciation dans le cadre d'un programme de clémence, sans oublier la définition d'un comportement adapté lors de la perquisition elle-même. ■

35 Dans ce sens, SCHALLER/BANGERTER (note 16), p. 155.

36 ROLAND MATHYS/BLAISE CARRON, Kartellrechtliche Hausdurchsuchungen – Erste Erfahrungen und Lehren, WP Flash 1/09, 4, consultable sous: <http://www.wenger-plattner.ch/files/downloads/files/45bf31d312556b364b754a00d069ed31/Flash%20109%20Wettbewerbs-%20und%20Kartellrecht.pdf>.

37 SECRÉTARIAT DE LA COMCO (note 9), ch. 2; SOMMER/BRUNNSCHWEILER (note 8), N 6.

38 SOMMER/RAEMY (note 5), p. 763 et les références contenues; BANGERTER/TAGMANN, (note 27), p. 174 s.

39 SCHALLER/BANGERTER (note 16), p. 156 et p. 158.

40 ATF 114 Ib 357, c. 4; SOMMER/RAEMY (note 5), p. 763.

41 SCHALLER/BANGERTER (note 15), p. 1234 et les références contenues.

■ Verfassungsrecht/Droit constitutionnel (I)

Art. 11–17 aOHG; Opferhilfe, zeitlicher Anwendungsbereich

Art. 16 Abs. 3 aOHG verlangt, dass das Opfer die Gesuche um Entschädigung und Genugtuung innert zwei Jahren nach der Straftat bei der Behörde einreicht; andernfalls verwirkt es seine Ansprüche. Nach BGE 126 II 348 E. 6 und 7 kann dem Opfer diese Verwirkungsfrist aber nicht entgegengehalten werden, wenn die Schadensfolgen (beispielsweise die Infizierung mit dem HI-Virus) erst einige Zeit nach dem strafbaren Verhalten erkennbar werden und das Opfer alles Zumutbare unternommen hat, um seine Opferrechte wahrzunehmen. Im vorliegenden Fall behauptet der Beschwerdeführer, sich erst im Laufe der psychiatrischen Betreuung bewusst geworden zu sein, dass die erlebten Straftaten zu psychischen Folgeschäden führten. Ob dies zutrifft oder ob es dem Beschwerdeführer bereits früher möglich gewesen wäre, die psychischen Störungen wahrzunehmen und seine Opferrechte auszuüben, ist ebenfalls abzuklären.

Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten: Das Sozialversicherungsgericht hat Bundesrecht verletzt, indem es den zeitlichen Anwendungsbereich von Art. 11–17 aOHG verneinte, ohne geprüft zu haben, ob infolge der psychischen Folgeschäden der Tatbestand der schweren Körperverletzung erfüllt sein könnte und, sofern dies zutrifft, ob die psychischen Störungen erst nach dem 1. Januar 1993 aufgetreten sind. Die Frage der Anwendbarkeit von Art. 11–17 aOHG kann nicht beantwortet werden, bevor nicht feststeht, ob die vom Beschwerdeführer beklagten psychischen und psychosomatischen Leiden auf die behaupteten (und zu verifizierenden) sexuellen Übergriffe zurückzuführen sind oder zumindest verstärkt wurden und – bejahendenfalls – in welchem Zeitpunkt diese Leiden in Erscheinung getreten sind und vom Beschwerdeführer erkannt werden konnten. Die Sache ist zur Abklärung dieser Umstände an die Vorinstanz zurückzuweisen.

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1C_498/2008, 9.7.2009, X. c. Kantonale Opferhilfestelle und Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 8 Abs. 1 und 9 BV; Parteientschädigung

Einem allgemeinen prozessualen Leitsatz entspricht, dass grundsätzlich jede Partei die andere nach Massgabe ihres Unterliegens zu entschädigen hat. Der Umstand, dass der obsiegenden Partei ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt worden ist, befreit die unterliegende nicht von der Leistung einer Prozessentschädigung (BGE 117 Ia 295 E. 3 S. 296; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. Zürich

2000, N. 1 zu § 89 ZPO). Der öffentlich-rechtliche Entschädigungsanspruch des amtlichen Anwalts hat subsidiären Charakter und bleibt ohne Einfluss auf die Prozessentschädigung des unterliegenden Gegners. Er kommt zum Tragen, wenn keine Prozessentschädigung geschuldet oder diese uneinbringlich ist. Dass die obsiegende Partei von einem unentgeltlichen Rechtsbeistand vertreten wird, ist somit keine wesentliche Tatsache für die Festsetzung der Parteientschädigung (Urteil 5P.421/2000 vom 10. Januar 2001 E. 3b). An der Anwendbarkeit des aufgezeigten Grundsatzes ändert nichts, dass im vorliegenden Fall die Parteientschädigung nicht von einem privaten Prozessgegner, sondern von der öffentlichen Hand geschuldet ist (vgl. BGE 122 I 326 E. 3 d S. 327). Auch das bundesgerichtliche Verfahren geht von der Subsidiarität der amtlichen Entschädigung aus, wird doch dem amtlichen Rechtsbeistand der obsiegenden im Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege prozessierenden Partei erst dann eine reduzierte Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse entrichtet, wenn die der obsiegenden Partei zulasten des unterliegenden Prozessgegners zugesprochene Parteientschädigung nicht erhältlich gemacht werden kann (Art. 64 Abs. 2 BGG). Wird das unterliegende Gemeinwesen zu einer ordentlichen Entschädigung an den obsiegenden, im Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege prozessierenden Gegner verurteilt (Art. 68 Abs. 1 BGG), wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege des obsiegenden Gegners in aller Regel gegenstandslos (BGE 133 I 234 E. 3 S. 248). Zusammenfassend besteht somit kein Grund, die Entschädigung der obsiegenden Partei nur deshalb zu kürzen, weil ihr ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt worden ist. Der Entscheid der Rekurskommission verletzt daher den Rechtsgleichheitsgrundsatz (Art. 8 Abs. 1 BV) sowie das Willkürverbot (Art. 9 BV).

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A_388/2009, 29.6.2009, X. und Y. c. Psychiatrie-Rekurskommission Z.; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

■ Verwaltungsrecht/Droit administratif (II)

Art. 29 al. 2 Cst; Obligation pour l'autorité de motiver sa décision

Selon la jurisprudence rendue en matière de dépens, qui s'applique aux indemnités dues au défenseur d'office, la décision par laquelle le juge fixe le montant des dépens n'a en principe pas besoin d'être motivée, du moins lorsque celui-ci ne sort pas des limites définies par un tarif ou une règle légale et que des circonstances extraordinaires ne sont pas alléguées par les parties (ATF 111 Ia 1 consid. 2 a; 93 I 116 consid. 2). En revanche, il en va différemment lorsque le juge statue sur la base d'une liste de

Diese Rubrik enthält eine Auswahl der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts unter Berücksichtigung von nicht zur Publikation vorgesehenen Entscheiden, von Änderungen und Präzisierungen der Rechtsprechung sowie von Entscheiden der kantonalen Gerichte und des Europäischen Gerichtshofes. Die Kurzfassungen werden jeweils in der Originalsprache des Urteils wiedergegeben.

Cette rubrique contient une sélection de la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances tenant compte des décisions dont la publication n'est pas prévue, des changements de la jurisprudence, des décisions apportant une précision à la jurisprudence, ainsi que des décisions des tribunaux cantonaux et de la Cour de justice des Communautés européennes. Les résumés sont rédigés dans la langue originale du jugement.

frais; s'il entend s'en écarter, il doit alors au moins brièvement indiquer les raisons pour lesquelles il tient certaines prétentions pour injustifiées, afin que son destinataire puisse attaquer la décision en connaissance de cause (arrêts 1P.85/2005 du 15 mars 2005, consid. 2; 1P.194/2004 du 18 juin 2004, consid. 5.3.1 in fine; cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 308/98 du 28 juillet 1999 consid. 3 c publié in Pra 2000 n° 109 p. 638).

En l'occurrence, la Cour d'appel civil a fixé l'indemnité due en qualité de défenseur d'office à CHF 8 375.60, TVA incluse, alors que le recourant sollicitait une indemnité de CHF 13 261.70 dans une note de frais qui détaillait les opérations accomplies, le temps qui avait été consacré à chacune d'entre elles et le tarif appliqué. L'autorité cantonale n'a fourni aucune indication sur les raisons qui l'ont poussée à s'écarter de cette note de frais. En particulier, elle ne dit mot du temps qu'elle estimait nécessaire à l'accomplissement du mandat d'office, ni sur les postes de l'état de frais qu'elle juge superflus ou pour lesquels le nombre d'heures indiqué serait trop élevé. En l'absence de ces informations, le recourant n'était pas en mesure de contester en connaissance de cause l'arrêt de la cour cantonale. Cette dernière a donc failli à l'obligation de motiver les décisions fixant le montant de l'indemnité d'office, telle qu'elle découle de l'art. 29 al. 2 Cst. et de la jurisprudence précitée.

(II^e Cour de droit civil, 5D_45/2009, 26.6.2009, X. c/ le Cour d'appel civil du Tribunal cantonal FR; arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

Art. 29 al. 3 Cst; Assistance juridique, prise en compte des dettes d'impôt

A la réflexion, s'agissant de déterminer les charges grevant le budget de celui qui requiert le bénéfice de l'assistance judiciaire, le refus de tenir compte des montants effectivement payés par le requérant pour solder des dettes d'impôt échues n'apparaît guère justifiable. Pareil refus se concilie mal avec la règle générale commandant de prendre en considération l'ensemble de la situation financière du requérant pour vérifier si l'indigence alléguée existe ou non. Il est aussi difficilement compatible avec le principe d'effectivité en vertu duquel il sied de mettre en balance la totalité des ressources (fortune incluse) ainsi que des engagements du requérant, et non pas une partie seulement de celles-là ou de ceux-ci. De ce point de vue, il est indéniable que l'argent affecté par le requérant au service de la dette fiscale, même si cette dernière n'a pas été contractée afin de couvrir les besoins personnels de l'intéressé et ceux de sa famille, vient diminuer de manière concrète ses ressources disponibles, à l'instar des charges ordinaires (loyer, cotisations aux assurances sociales, nourriture, frais professionnels, etc.). Au demeurant, si l'on peut attendre certains sacrifices financiers de la part du requérant, cela ne doit pas aller jusqu'à le contraindre à se procurer les moyens nécessaires à faire valoir ses droits en justice en contractant de nouvelles dettes, en n'honorant pas les dettes existantes ou en se dessaisissant de biens de première nécessité.

C'est dans l'optique du requérant que le problème doit être résolu et non plus au regard des droits des créanciers. Considérée dans cette perspective, la prise en compte, en tant qu'en-

gagements financiers, des sommes affectées par le requérant au paiement des arriérés d'impôt apparaît, dès lors, conforme au but assigné à l'institution de l'assistance judiciaire. Encore faut-il insister sur le fait que les dettes d'arriérés d'impôt ne peuvent être prises en compte pour établir la situation financière du requérant que si et dans la mesure où ce dernier s'emploie à les amortir autant que faire se peut. Il serait, en effet, injustifiable qu'une partie puisse solliciter l'appui de l'Etat pour faire valoir ses droits en justice en se prévalant d'engagements financiers envers ce même Etat, tout en s'abstenant d'honorer ceux-ci et en utilisant ses ressources disponibles à d'autres fins. Aussi l'autorité appelée à statuer sur une requête d'assistance judiciaire doit-elle pouvoir exiger du requérant qu'il apporte la preuve de ce qu'il affecte ses ressources disponibles au paiement des impôts échus. Et si une telle preuve ne ressort pas déjà du comportement antérieur adopté par l'intéressé relativement à ses dettes fiscales, ladite autorité doit pouvoir s'assurer d'une autre manière de la réalité de cette affectation (par ex. en subordonnant la libération de l'obligation de verser une avance de frais à la preuve du paiement d'arriérés d'impôt, sous la menace du retrait du bénéfice de l'assistance judiciaire).

(I^{re} Cour de droit civil, 4D_30/2009, 1.7.2009, H.X. et F.X. c/ Y. Société en nom collectif; publication dans le RO prévue. – condensé BÜ)

Art. 92 und 93 BGG; Vor- und Zwischenentscheide

Zusammenfassend handelt es sich somit bei einem Entscheid, mit welchem eine Vorinstanz des Bundesgerichts eine bestimmte, vorangehende Teilperiode des Rentenanspruchs materiell abschliessend beurteilt und für eine darauf folgende Teilperiode die Sache zu neuer Beurteilung an die Verwaltung zurückweist, in Bezug auf die materiell abschliessend beurteilte Phase um einen Teilentscheid, der selbstständig anfechtbar ist, bei Nichtanfechtung selbstständig rechtskräftig wird und später nicht mehr angefochten werden kann (BGE 135 V 141 E. 1.4.6 S. 147 f.). Demgegenüber stellt ein Entscheid, mit dem die Sache vorinstanzlich für eine vorangehende Teilperiode des Rentenanspruchs zu neuer Beurteilung an die Verwaltung zurückgewiesen und für eine darauf folgende Teilperiode der Rentenanspruch abschliessend beurteilt wird, gesamthaft einen Zwischenentscheid dar, der nur unter den Voraussetzungen der Art. 92 oder 93 BGG zur Anfechtung gelangt, wobei in den Konstellationen des Art. 93 BGG das im Zwischenentscheid Beurteilte – anders als in den Fällen des Art. 92 BGG (vgl. Art. 92 Abs. 2 BGG) – zusammen mit dem Endentscheid noch angefochten werden kann (Art. 93 Abs. 3 BGG; BGE 135 V 148; Urteil 8C_354/2009 vom 8. Mai 2009 E. 4 und 5).

(I. sozialrechtliche Abteilung, 8C_514/2009, 15.7.2009, A. c. IV-Stelle Bern und Verwaltungsgericht des Kantons Bern; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

■ Zivilrecht und SchKG/Droit civil et poursuite pour dettes et faillite (III)

Art. 113 IPRG, Art. 5 Ziff. 1 LugÜ; Gerichtsstand

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann selbst bei bestrittener Gültigkeit des in Frage stehenden Vertrages, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, gemäss Art. 113 IPRG am Gerichtsstand des Erfüllungsortes Klage erhoben werden, gleich wie im Anwendungsbereich von Art. 5 Ziff. 1 LugÜ, der, wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Streitgegenstand bilden, dem Kläger ermöglicht, alternativ zum allgemeinen Wohnsitzgerichtsstand nach Art. 2 LugÜ, den Beklagten vor dem Gericht des Ortes zu verklagen, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre. Zur Auslegung von Art. 113 IPRG ist daher im Interesse einer Harmonisierung der Regelung des IPRG mit jener des LugÜ nebst der Rechtsprechung des Bundesgerichts jene des EuGH zu berücksichtigen (BGE 126 III 334 E. 3 b S. 336). Mit dieser hat sich das Bundesgericht bereits in BGE 124 III 188 E. 4 vertieft auseinandergesetzt und festgehalten, dass zur Bestimmung des Erfüllungsortes nicht jede beliebige vertragliche Verpflichtung massgebend sein kann, sondern nur jene, die dem vertraglichen Anspruch entspricht, auf den der Kläger seine Klage stützt. Macht er Ansprüche auf Schadenersatz geltend oder beantragt er die Auflösung des Vertrags aus Verschulden der anderen Partei, so ist auf die vertragliche Verpflichtung abzustellen, deren Nichterfüllung zur Begründung dieser Ansprüche behauptet wird (BGE 124 III 188 E. 4 a S. 189 f. mit Hinweis auf EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1976 i.S. de Bloos gegen Bouyer, Rs. 14/76, Slg. 1976, S. 1508, Rz. 13/14, bestätigt mit Urteilen vom 15. Januar 1987 i.S. She-navai gegen Kreisler, Rs. 266/85, Slg. 1987, S. 254, Rz. 9; vom 29. Juni 1994 i.S. Custom Made Commercial gegen Stawa Metallbau, Slg. 1994, S. 2956 ff., Rz. 23; zuletzt Urteil vom 23. April 2009 i.S. Falco Privatstiftung und Rabitsch gegen Weller-Lindhorst, Rs. 533/07, Rz. 46 ff.).

(I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_115/2009, 11.6.2009; X. AG c. Y. Limited und Kantonsgericht des Kantons Schwyz; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung Be)

Convention de la Haye; Objet déplacement illicite d'un enfant

La Convention de La Haye ne contient aucune définition de la notion de «résidence habituelle». La Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes (RS 211.222.32; LF-EEA), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2009, ne précise pas non plus cette notion. Selon la jurisprudence, elle doit être interprétée de manière autonome. La résidence habituelle doit se déterminer en principe de la même manière que le critère de rattachement semblable prévu par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (RS 0.211.231.01; ci-après: CLaH 61). Est ainsi déterminant le centre effectif de vie de l'enfant et de ses attaches. Celui-là peut résulter

soit de la durée de fait de la résidence et des relations ainsi créées, soit de la durée envisagée de la résidence et de l'intégration attendue (cf. ATF cités). Selon la doctrine, un séjour de six mois crée en principe une résidence habituelle (cf. doctrine et ATF cités). La résidence habituelle se détermine d'après des faits perceptibles de l'extérieur, non pas selon le facteur de la volonté, et doit être définie pour chaque personne séparément. La résidence habituelle d'un enfant coïncide le plus souvent avec le centre de vie d'un des parents au moins. Pour un nouveau-né et un jeune enfant, ses relations familiales avec le parent en ayant la charge sont décisives en tant qu'indice de sa résidence habituelle; les liens d'une mère avec un pays englobent en règle générale également l'enfant (ATF 129 III 288; arrêt 5C.192/1998 du 18 décembre 1998, in SJ 1999 I p. 222). Des interruptions momentanées de la présence, même si elles sont de longue durée, n'excluent pas l'existence (ou la poursuite) d'une résidence habituelle, aussi longtemps que le centre de la vie est conservé (arrêt 5P.128/2003 du 23 avril 2003, in Fampra.ch 2003 p. 720).

En l'espèce, l'intimée est domiciliée dans la commune de C. depuis le 15 juillet 2003 et l'enfant y a également son domicile depuis sa naissance, à E., le 6 septembre 2007; leur résidence habituelle était ainsi en Suisse. La question litigieuse est celle de savoir si, comme le prétend le recourant, la mère – et, partant, l'enfant – ont transféré leur résidence habituelle en France, durant la période qui a suivi le déménagement de leurs affaires personnelles, le 22 novembre 2007, et celui du prétendu déplacement illicite, à la fin mars 2008, étant précisé que les parties étaient en vacances au Portugal du 15 au 31 mars 2008. La période alléguée est inférieure à six mois; l'existence d'une résidence habituelle en France ne peut, par conséquent, se déduire de la seule durée; il convient donc d'examiner les indices concrets pour savoir si l'intimée et sa fille ont transféré leur centre de vie et leurs attaches à B. A cet égard, il résulte de l'arrêt attaqué que l'intimée, qui a pris la décision au mois de juillet 2007 de s'établir en France auprès du recourant, s'est rapidement ravisée. Avant même que ses affaires ne soient déménagées, elle a cherché, durant le mois de novembre 2007, à récupérer son appartement, respectivement à en louer un autre dans la même région. Elle a notamment adressé une demande de location le 20 novembre 2007 à une gérance. Elle a laissé ses papiers ainsi que ceux de l'enfant à son domicile à C., où elle a également déclaré ses impôts. Durant les quatre mois en question, elle a fait des allers et retours entre la Suisse et la France, gardant ses attaches personnelles dans la région de C., où elle a logé fréquemment chez des amies. L'enfant avait également son médecin en Suisse; dans un document daté du 24 juin 2008, le Dr I., pédiatre à l'Hôpital de Morges, a certifié qu'il l'avait vue à neuf reprises entre les mois de septembre et d'avril 2008. Entendue en qualité de témoin, F., qui a travaillé pendant trois ou quatre ans avec l'intimée, a indiqué que le recourant habitait en France lors de la naissance de sa fille, que celui-ci ne l'avait vue qu'un mois après sa naissance, qu'elle avait gardé l'enfant pendant le déménagement, qu'après avoir résilié le bail de son appartement, l'intimée était mal à l'aise et avait cherché un autre

logement et que, une fois en France, l'intimée venait très régulièrement en Suisse, séjournant jusqu'à deux semaines chez elle ou chez la marraine de sa fille. G., voisine de l'intimée à C. et concierge de l'immeuble où elle habitait, a déclaré qu'elle avait assisté l'intimée lors de son accouchement, qu'elle était la marraine de l'enfant, que les meubles de sa voisine avaient été emportés le 18 novembre 2007, que l'intimée avait tout de suite regretté sa décision de partir en France et essayé de récupérer son appartement, qu'elle avait visité plusieurs appartements dans le courant du mois de novembre 2007, que depuis son départ en France, elle avait régulièrement séjourné en Suisse chez elle ou chez une amie et que le recourant n'était pas présent au baptême de sa fille, le 29 juin 2008. Egalement entendue comme témoin, H. a exposé que l'intimée avait gardé son adresse à C. car elle n'avait jamais vraiment pensé aller s'établir en France.

Vu ce qui précède, le fait que l'intimée et sa fille aient fait plusieurs séjours au domicile du recourant entre la fin du mois de novembre 2007 et la mi-mars 2008, avant de partir en vacances au Portugal, ne permet pas de considérer que l'enfant ait acquis une résidence habituelle au domicile de son père en France.

(II^e Cour de droit civil, 5A_427/2009, 27.7.2009, X. c/ Y.; arrêt non publié dans le RO. – condensé *Bü*)

■ Strafrecht/Droit pénal (IV)

Art. 97 Abs. 3 StGB; Verfolgungsverjährung

Strafverfügungen ergehen gestützt auf die in den jeweiligen kantonalen Prozessordnungen festgelegten Kompetenzaufteilungen bei nicht allzu schwerwiegenden Delikten. Das Strafverfahren ist nach dem Entwurf zur Schweizerischen Strafprozessordnung insbesondere auf Übertretungen anwendbar, d.h. in Fällen, in welchen lediglich die Busse als Strafe zur Verfügung steht (Art. 103 StGB; BBl 2006 1389, Art. 355 StPO/CH; Peter Goldschmid/Thomas Maurer/Jürg Sollberger, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 1. Aufl. 2008, S. 344 ff.). Werden Strafverfügungen und Strafbefehle generell als erstinstanzliche Urteile im Sinne von Art. 97 Abs. 3 StGB qualifiziert, soweit sie in Rechtskraft erwachsen, so ist diese Bestimmung auch auf Übertretungen anzuwenden. Aus der Botschaft ergibt sich dasselbe Resultat. Darin findet sich kein Hinweis, dass der Gesetzgeber Verbrechen bzw. Vergehen und Übertretungen bei der Verfolgungsverjährung nach einem erstinstanzlichen Urteil anders behandeln wollte. Die Auffassung der Vorinstanz, Art. 97 Abs. 3 StGB sei auf Übertretungen nicht anwendbar, ist unzutreffend und verletzt Bundesrecht.

(Strafrechtliche Abteilung, 6B_186/2009, 16.7.2009, Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Landschaft c. X und Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 29 Abs. BV; Kosten für amtliche Verteidigung

Der Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand umfasst nicht alles, was für die Wahrnehmung der Interessen des Mandanten

von Bedeutung ist. Ein verfassungsrechtlicher Anspruch besteht gemäss Art. 29 Abs. 3 BV vielmehr einzig, soweit es zur Wahrung der Rechte notwendig ist. Der Begriff der Notwendigkeit bestimmt nicht nur den qualitativen Anspruch (die Bestellung eines Rechtsbeistands), sondern auch den quantitativen (sprich den Umfang der Vergütung). Entschädigungspflichtig sind jene Aufwendungen, die in einem kausalen Zusammenhang mit der Wahrung der Rechte im Strafverfahren stehen und notwendig und verhältnismässig sind. Nur in diesem Umfang lässt es sich rechtfertigen, die Kosten der Staatskasse oder gegebenenfalls dem Prozessgegner aufzuerlegen. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird es deshalb auch als zulässig erachtet, das Honorar für amtliche Mandate im Vergleich zu demjenigen für freie Mandate tiefer anzusetzen (BGE 132 I 201 E. 7.3.4 und 8.6), wobei die Entschädigung so festzusetzen ist, dass der unentgeltlichen Rechtsvertretung ein Handlungsspielraum verbleibt und das Mandat wirksam ausgeübt werden kann (Urteil des Bundesgerichts 6B_130/2007 vom 11. Oktober 2007 E. 3.2.5). [Ausführungen zum konkreten Fall]

(Strafrechtliche Abteilung, 6B_226/2009, 16.7.2009, X. c. Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Solothurn; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG; Beschwerde in Strafsachen, Verjährung

Gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG ist zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt, wer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids hat. Das Bundesgericht hat zur früheren eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde entschieden, dass ein rechtlich geschütztes Interesse an der materiellen Überprüfung des letztinstanzlichen kantonalen Entscheids entfällt, wenn eine Änderung im angefochtenen Strafpunkt nicht mehr erfolgen kann. Eine solche Änderung ist ausgeschlossen, wo eine Verurteilung infolge Verjährung nicht mehr möglich ist (BGE 116 IV 80 E. 2a S. 81 f. mit Hinweisen). Der Eintritt der absoluten Verfolgungsverjährung nach Ausfällung des freisprechenden letztinstanzlichen Urteils bewirkte deshalb im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde, dass mangels eines rechtlich geschützten Interesses auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann (BGE 116 IV 80 E. 2b S. 82 mit Hinweis). Diese Rechtsprechung behält ihre Gültigkeit für das seit dem 1. Januar 2007 in Kraft getretene Bundesgerichtsgesetz (BGG) und für die Beschwerde in Strafsachen. Sie ist sinngemäss auch auf Rückweisungsentscheide kantonalen Instanzen anzuwenden, welche materiell nicht beurteilte Anklagepunkte betreffen und vor Bundesgericht angefochten werden. In beiden Fällen liegt kein Urteil vor, welches die Verfolgungsverjährung beenden würde. Tritt im angefochtenen Punkt die Verjährung nach der Ausfällung des angefochtenen kantonalen Rückweisungsentscheids ein, fehlt ein rechtlich geschütztes Interesse zur Beschwerde in Strafsachen.

(Strafrechtliche Abteilung, 6B_301/2009, 17.7.2009, X. c. Oberstaatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

■ Sozialversicherungsrecht/Droit des assurances sociales (V)

Art. 72 PCF; Acquiescement

Conformément à l'art. 72 PCF, qui s'applique par analogie à la procédure administrative en général (Grisel, *Traité de droit administratif*, p. 937; Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2^{ème} édition, p. 326), lorsque le litige devient sans objet ou que les parties cessent d'y avoir un intérêt juridique, l'affaire est rayée du rôle; le tribunal statue sur les frais du procès par une décision sommairement motivée, en tenant compte de l'état de choses existant avant le fait qui met fin au litige. Cette disposition vise la survenance, en cours de procédure, de faits nouveaux qui rendent sans objet les points litigieux. Un procès ne devient toutefois pas sans objet lorsque l'autorité qui a rendu la décision déclare, dans sa réponse au recours, se rallier aux conclusions de ce dernier (voir, sur les différents actes pouvant mettre fin à la procédure, Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2^{ème} édition, n° 682). Il s'agit, en réalité, d'un acquiescement, mais qui est en principe inopérant en droit des assurances sociales, car il ne dispense pas le juge de se prononcer sur le recours (ATF 111 V 58.; RJAM 1983 n° 520 p. 41; arrêt C 398/98 du 4 mars 1999).

En fait, l'autorité dont émane la décision attaquée et qui entend acquiescer au recours a la possibilité de rendre une nouvelle décision dans le sens des conclusions de celui-ci (Kölz/Häner, *op. cit.*, n° 684), conformément à l'art. 53 al 3 LPGa. L'art. 53 al. 3 LPGa dispose que jusqu'à l'envoi de son préavis à l'autorité de recours, l'assureur peut reconsidérer une décision ou une décision sur opposition contre laquelle un recours a été formé. Cette disposition légale règle le cas particulier de la reconsidération pendente lite d'une décision ou d'une décision sur opposition contre laquelle un recours a été formé (arrêts I 497/03 du 31 août 2004, I 653/03 du 20 avril 2004, et I 700/03 du 17 mars 2004, in ZBJV 140/2004 p. 751; voir aussi ATF 127 V 228; Ueli Kieser, *ATSG-Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000*, 2^{ème} édition, Zurich 2009, n° 46 et 47 ad art. 53).

En l'occurrence, l'administration n'a pas rendu de nouvelle décision en cours de procédure (cf. art. 49 al. 1 LPGa). Comme d'autre part, aucun fait n'a rendu sans objet le litige et que les déterminations du Service de l'emploi ne dispensaient pas le Tribunal des assurances de statuer, il convient d'annuler le jugement attaqué et de renvoyer la cause à ce même tribunal pour qu'il se prononce sur le litige.

(1^{re} Cour de droit social, 8C_18/2009, 31. 7. 2009, Service de l'emploi VD c/. O.; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

DIE PRAXIS

BUNDESGERICHT
EVG
EGMR

Neben weiteren, nicht in der Amtlichen Sammlung publizierten Entscheiden sowie umfassenden Hinweisen auf die aktuellsten Leitentscheide des Bundesgerichts, die innerhalb der letzten Monate im Internet zugänglich gemacht worden sind, enthält die Oktober-Ausgabe 2009 der **Praxis** Übersetzungen der unten aufgeführten BGE ins Deutsche.

BGE	Praxis	Gegenstand
135 I 119	Nr. 107	Umfang der Nothilfe an Asylsuchende, deren Gesuch durch Nichteintretensentscheid erledigt wird
135 II 128	Nr. 109	Grundstückserwerb durch Personen im Ausland; Begriff des Grenzgängers
135 II 145	Nr. 108	Beschwerdelegitimation des Mandanten, dessen Anwalt wegen Interessenkonflikts diszipliniert worden ist
135 III 248	Nr. 111	Erneute Vormerkung eines Mietvertrags im Grundbuch nach Ablauf der vertraglich vorgesehenen Mindestvertragsdauer
135 III 253	Nr. 110	Entscheidungsbefugnis der Schlichtungsbehörde in Mietsachen; Rechtslage, wenn nur eine der Parteien den Richter anruft
135 III 276	Nr. 112	Paulianische Klage; Anfechtung der Begleichungen von Rechnungen von Kerosenlieferungen (Swissair in Nachlassliquidation)
134 V 443	Nr. 116	Krankenversicherung; Unzulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen einen Entscheid des Bundesrates betr. TARMED

Die Praxis – 98. Jg. 2009 – ISSN 1017-8147 – erscheint monatlich; www.legalis.ch.

Rechtsetzung des Bundes (September 2009)* Législation fédérale (septembre 2009)*

I. In-Kraft-Treten

Bundesgesetze/Bundesbeschlüsse/Verordnungen

1. Staat – Volk – Behörden

Änderung vom 17. Juni 2009 der Verordnung vom 24. Mai 1978 über die politischen Rechte (AS 2009 3169, SR 161.11); In-Kraft-Treten: 1.9.2009.

Änderung vom 19. August 2009 Verordnung vom 22. August 2007 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsverordnung, RAV) (AS 2009 3965, SR 221.302.3); In-Kraft-Treten: 1.9.2009.

2. Privatrecht – Zivilrechtspflege – Vollstreckung

Änderung vom 3. Oktober 2008 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (AS 2009 3577, SR 220); In-Kraft-Treten Art. 470 Abs. 2^{bis}: 1.10.2009.

6. Finanzen

Änderung vom 3. Oktober 2008 des Zollgesetzes vom 18. März 2005 (ZG) (AS 2009 4583, SR 631.0); In-Kraft-Treten: 1.10.2009.

7. Öffentliche Werke – Energie – Verkehr

Änderung vom 24. Juni 2009 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV) (AS 2009 3507, SR 700.1); In-Kraft-Treten: 1.9.2009.

8. Gesundheit – Arbeit – Soziale Sicherheit

Änderung vom 1. Juli 2009 der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV) (AS 2009 4245 SR 832.102); In-Kraft-Treten: 1.10.2009.

II. Referendumsvorlagen

Bundesbeschluss zur Schaffung einer Spezialfinanzierung für Aufgaben im Luftverkehr. Botschaft des Bundesrats 07.066 vom 29.8.2007: BBl 2007 6373. Beschluss des Parlaments vom 3.10.2008: BBl 2008 8231. Abstimmung am 29.11.2009.

Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten». Beschluss des Parlaments vom 12.6.2009: BBl 2009 4381. Botschaft des Bundesrats 08.061 vom 27.8.2009: BBl 2008 7603. Abstimmung am 29.11.2009.

Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Für ein Verbot von Kriegsmaterial-Exporten». Botschaft des Bundesrats 08.060 vom 27.8.2008: BBl 2008 7521. Beschluss des Parlaments vom 12.6.2009: BBl 2009 4383. Abstimmung am 29.11.2009.

I. Entrée en vigueur

Lois fédérales/Arrêtés fédéraux/Ordonnances

1. Etat – Peuple – Autorités

Modification du 17 juin 2009 de l'ordonnance du 24 mai 1978 sur les droits politiques (RO 2009 3169, RS 161.11); entrée en vigueur: 1.9.2009.

Modification du 19 août 2009 de l'ordonnance du 22 août 2007 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (Ordonnance sur la surveillance de la révision, OSRev) (RO 2009 3965, RS 221.302.3); entrée en vigueur: 1.9.2009.

2. Droit privé – Procédure civile – Exécution

Modification du 3 octobre 2008 du loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (RO 2009 3577, RS 220); entrée en vigueur de l'art. 470 al. 2^{bis}: 1.10.2009.

6. Finances

Modification du 3 octobre 2008 de la loi du 18 mars 2005 sur les douanes (LD) (RO 2009 4583, RS 631.0); entrée en vigueur: 1.10.2009.

7. Travaux publics – Energie – Transports et communications

Modification du 24 juin 2009 de l'ordonnance du 28 juin 2000 sur l'aménagement du territoire (OAT) (RO 2009 3507, RS 700.1); entrée en vigueur: 1.9.2009.

8. Santé – Travail – Sécurité sociale

Modification du 1^{er} juillet 2009 de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal) (RO 2009 4245, RS 832.102); entrée en vigueur: 1.10.2009.

II. Objets soumis au référendum

Arrêté fédéral sur la création d'un financement spécial en faveur de tâches dans le domaine du trafic aérien. Message du Conseil fédéral 07.066 du 29.8.2007: FF 2007 6023; Arrêté du Parlement du 3.10.2008: FF 2008 7471. Votation le 29.11.2009.

Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire «Contre la construction de minarets». Arrêté du Parlement du 12.06.2009: FF 2009 3903. Message du Conseil fédéral 08.061 du 27.08.2009: FF 2008 6923. Votation le 29.11.2009.

Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire «Pour l'interdiction d'exporter du matériel de guerre». Message du Conseil fédéral 08.060 du 27.8.2008: FF 2008 6869. Arrêté du Parlement du 12.6.2009: FF 2009 3905. Votation le 29.11.2009.

* Diese Übersicht erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. / Cet aperçu n'a pas pour vocation d'être exhaustif.

III. Vernehmlassungen

Bundesgesetz über eine Teilrevision des Zivilgesetzbuches, des Obligationenrechts und der Zivilprozessordnung (Nachrichtenlose Vermögenswerte)

Umschreibung im Privatrecht der Pflichten der Finanzintermediäre, die den Kontakt zu ihren Kunden verloren haben, und des Verfahrens, das nach dreissig Jahren zur Liquidation nachrichtenloser Vermögenswerte und zur Verteilung des Erlöses an den Staat führt. Frist: 30. 11. 2009. (Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Teilnahme am Aussengrenzenfonds

Beim Aussengrenzenfonds handelt es sich um einen Solidaritätsfonds zur Unterstützung insbesondere jener Schengen-Mitgliedstaaten, welche aufgrund ihrer ausgedehnten Land- und Seegrenzen auf Dauer hohe Kosten für den Schutz der Schengen-Aussengrenzen tragen. Der Fonds soll dazu beitragen, die Effizienz der Kontrollen und damit den Schutz der Aussengrenzen zu verbessern sowie die illegale Einreise zu verringern. Für den Zeitraum vom 1. 1. 2007–31. 12. 2013 wurde für den Aussengrenzenfonds ein Gesamtbetrag von 1 820 Millionen Euro festgesetzt. Für die Schweiz beträgt dieser Beitrag jährlich durchschnittlich 15 Millionen Franken. Die Schweiz kann ihrerseits Projekte in der Höhe von jährlich 3 bis 5 Millionen über den Aussengrenzenfonds finanzieren lassen. Frist: 11. 12. 2009. (Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Bundesgesetz über die Sicherung der Bankeinlagen

Die Bankeinlagen sollen durch ein neues zweistufiges Sicherungssystem, welches durch die Banken finanziert wird, besser geschützt werden. Diverse Elemente der heutigen Übergangslösung – welche bis Ende 2010 gilt – werden zudem ins Dauerrecht überführt. Frist: 31. 12. 2009. (Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

IV. Aus den Räten

Das detaillierte Sessionsprogramm können Sie einsehen unter: <http://www.parlament.ch/poly/Framesets/D/Frame-D.htm>.

III. Procédures de consultation en cours

Loi fédérale portant révision partielle du code civil, du code des obligations et du code de procédure civile (fonds en déshérence)

Les obligations incombant aux intermédiaires financiers ayant perdu le contact avec leurs clients sont intégrées dans le droit privé, de même que la procédure aboutissant après trente années à la liquidation de fonds en déshérence et à la distribution des sommes restantes à l'Etat. Date limite: 30. 11. 2009. (Source: <http://www.admin.ch/ch/fl/gg/pc/pendent.html>)

Participation de la Suisse au Fonds pour les frontières extérieures

Le Fonds pour les frontières extérieures est un fonds de solidarité visant à soutenir financièrement, en particulier, les Etats membres de Schengen qui, en raison de la longueur de leurs frontières terrestres et maritimes, sont appelés à supporter des coûts élevés à long terme pour assurer la protection des frontières extérieures. Il a pour mission de contribuer à assurer des contrôles efficaces et, partant, d'améliorer la protection des frontières extérieures et de faire obstacle à l'immigration clandestine. Le montant total des ressources mises à disposition du Fonds pour les frontières extérieures pour la période du 1^{er} janvier 2007 au 31 décembre 2013 est de 1 820 millions d'euros. En moyenne, la contribution annuelle de la Suisse s'élèvera à quelque 15 millions de francs. En contrepartie, le Fonds pour les frontières extérieures versera une allocation annuelle de 3 à 5 millions de francs à notre pays pour soutenir ses projets. Date limite: 11. 12. 2009. (Source: <http://www.admin.ch/ch/fl/gg/pc/pendent.html>)

Loi fédérale sur la garantie des dépôts bancaires

Les dépôts bancaires doivent être mieux protégés par un nouveau système de garantie à deux niveaux, financé par les banques. Divers éléments de la solution transitoire actuelle – valables jusqu'en 2010 – seront en outre transférés dans le droit permanent. Date limite: 31. 12. 2009. (Source: <http://www.admin.ch/ch/fl/gg/pc/pendent.html>)

IV. Activités des Conseils et des commissions parlementaires

Vous pouvez consulter le programme détaillé de la session à l'adresse suivante: <http://www.parlament.ch/poly/Framesets/F/Frame-F.htm>.

Martin Sterchi*

Kollegiales Verhalten als anwaltliche Berufspflicht?

Stichworte: Anwaltliche Berufspflichten, Standesrecht

I. Einleitung

1. «Der Beruf des Anwalts ist *Kampf*. Es gehört zu unserer täglichen Arbeit, einen *Gegner* anzugreifen, Angriffe für einen Mandanten abzuwehren (. . .). Bedenken wir dabei stets, dass wir für die Sache eines Auftraggebers kämpfen. Wir haben dafür zu sorgen, dass der Kampf zwar hart, aber ritterlich geführt wird. Unsere Aufgabe ist es vorweg, in den eigenen Reihen Ordnung zu halten, die Angriffs- und Verteidigungsmittel selber zu bestimmen – den Kampf nie zur eigenen Sache werden zu lassen. Halten wir uns gleichzeitig vor Augen, dass unser Mandant nicht mit dem Gegenanwalt, sondern mit dessen Klienten im Streite liegt. Ein gutes *kollegiales Verhältnis* zwischen den Parteivertretern bildet Grundvoraussetzung dafür, dass der Kampf nicht ausartet.»¹

II. Rechtliche Regelung

2. Frühere kantonale Anwaltsgesetze verlangten z. T. ausdrücklich die Befolgung des kollegialen Verhaltens im Sinne einer vom staatlichen Recht sanktionierten Berufsregel.² Eine Differenzierung bestand immerhin hinsichtlich der Disziplinaraufsicht. Während generell Verstösse gegen die Berufspflichten unabhängig vom Vorliegen privater Interessen von Amtes wegen zu ahnden sind³, unterstellte z.B. der Kanton Bern die Ahndung von Verstössen gegen das kollegiale Verhalten der Dispositionsmaxime und qualifizierte sie damit als eine Art «Antragsdelikte».⁴

3. Seit dem 1. Juni 2002 sind die anwaltlichen Berufspflichten einheitlich und abschliessend durch Bundesrecht geregelt. Für abweichende kantonale Vorschriften besteht kein Raum mehr. Zur Auslegung von Art. 12 BGFA kann nur noch beschränkt auf Standesregeln der kantonalen Anwaltsverbände abgestellt werden, welche früher⁵ regelmässig herangezogen wurden, um die im betreffenden Kanton geltenden Berufspflichten zu konkreti-

sieren. Entsprechendes ist seit Inkrafttreten des BGFA grundsätzlich nur noch denkbar, soweit die betreffende Standesregel eine landesweit in nahezu allen Kantonen geltende Auffassung zum Ausdruck bringt.⁶ Mit den am 10. Juni 2005 vom Schweizerischen Anwaltsverband erlassenen Schweizerischen Standesregeln (SSR) liegen verbandsrechtliche Verhaltensregeln vor, die diese Anforderungen erfüllen.

4. Die SSR sind unterteilt in zwei Hauptabschnitte: I. Allgemeines Verhalten (Art. 1–23) und II. Verhalten gegenüber Kollegen (Art. 24–31). Am Schluss dieses II. Abschnitts findet sich die Bestimmung von Art. 31, wonach die Disziplargewalt den kantonalen Verbänden zusteht. Schon aus dieser Systematik könnte an sich geschlossen werden, dass damit nur Sanktionen gegen Verstösse dieses Abschnitts anvisiert werden. Hierfür behalten die SSR somit unzweifelhaft privatrechtliche Sanktionen vor, welche entweder in einer Vereinsstrafe⁷ oder, als *ultima ratio*, im Ausschluss aus dem Verband⁸ bestehen können. Die SSR wollen aber ganz generell die Kompetenz bezüglich Disziplinarwesen den Kantonalverbänden belassen und stellen es diesen somit grundsätzlich anheim, auch solche Pflichtverletzungen zu ahnden, die über den Bereich des kollegialen Verhaltens unter den Mitgliedern hinaus gehen. Diese in einzelnen Kantonen noch bestehende Regelung erscheint indessen nicht ganz unproblematisch. Die Disziplargewalt hinsichtlich Verstössen gegen die allgemeinen Berufspflichten sollte nach hier vertretener Auffassung ausschliesslich den staatlichen Aufsichtsbehörden gemäss Art. 14 ff., insb. 17 BGFA zukommen.⁹ So oder anders bleibt aber die Frage, ob Verstösse gegen die Kollegialität auch nach geltendem Recht noch als Verletzung einer Berufsregel i.S.v. Art. 12 BGFA staatlicher Sanktionierung zugänglich sind.

5. Die bundesrechtlichen Berufspflichten beziehen sich nicht einzig auf die Berufstätigkeit der in einem Anwaltsregister eingetragenen Anwältinnen und Anwälte im Monopolbereich, sondern visieren deren gesamte Berufstätigkeit an. Die Verpflichtung zur Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit (Art. 12 lit. a BGFA) gilt nicht nur im Verhältnis zum eigenen Klienten, sondern nach dem Willen des Gesetzgebers auch gegenüber Gerichten, Behör-

* Fürsprecher, Muri b. Bern.

1 FRANZ KELLERHALS, Standesrechtlicher Lehrgang BAV, Bern 1986, S. 139.

2 Z.B. Art. 8 Abs. 2 des bernischen Gesetzes über die Fürsprecher vom 6. Februar 1984 (aFG).

3 Zweck der staatlichen Aufsicht ist die Wahrung der Disziplin innerhalb der Anwaltschaft, der Schutz des rechtsuchenden Publikums und die Gewährleistung des einwandfreien Funktionierens der Rechtspflege. Dem Anzeigenden kommt weder Parteistellung im Disziplinarverfahren zu noch kann er in dessen Rahmen Individualrechte gegenüber dem Anwalt durchsetzen: BGE 128 I 346 E. 2.2; 129 II 297 E. 3.1).

4 Vgl. Art. 31 Abs. 3 aFG/BE: «Bei gütlicher Einigung in Beschwerden wegen Verletzung der Regeln des kollegialen Verhaltens entfällt ein Disziplinarverfahren». Daraus ergibt sich e contrario, dass ein solcher Verstoß bei unterbliebener Einigung kraft staatlichen Rechts zu ahnden war.

5 Vgl. etwa BGE 108 Ia 316 E. 2b/aa, S. 319; 106 Ia 100 E. 7a, S. 107.

6 (BGE 131 I 223 E. 3.4, S. 228; BBI 1999, S. 6054).

7 Vgl. hierzu BK RIEMER, Art. 70 ZGB N 205 ff.

8 Art. 72 ZGB.

9 Vorbehalten bleibt selbstverständlich der Verbandsausschluss als Folge eines (zumindest dauernden) Berufsausübungsverbots; vgl. z.B. Art. 4 der Statuten des BAV, wonach die Aktivmitgliedschaft an die Berechtigung zur Berufsausübung nach dem BGFA und die selbständige Berufsausübung geknüpft ist.

den, Gegenparteien und der Öffentlichkeit¹⁰ und damit (vom Bundesgericht unausgesprochen, aber logischerweise) auch für das Verhalten gegenüber dem gegnerischen Rechtsvertreter.

6. Zentrale Bedeutung hat in diesem Zusammenhang Art. 24 SSR: Danach ist es verpönt, Kolleginnen und Kollegen bei der Berufsausübung persönlich anzugreifen (Abs. 1); dies immerhin mit dem Vorbehalt, dass die Kollegialität die Interessen der Mandanten nicht beeinträchtigen darf (Abs. 2). Die gebotene Sorgfalt stellt sich damit stets als eine Art Gratwanderung zwischen engagierter Interessenwahrung für den Mandanten und pfleglicher Behandlung des Gegenanwalts dar. Im normalen Alltag wird dieser Grat in der Regel nicht allzu schmal sein. Es kann jedoch durchaus Situationen geben, wo die Haltung der Balance geradezu zum zirkusreifen Akt wird. In diesem Zusammenhang erscheint es besonders wichtig, sich auch in heiklen Situationen im mündlichen und schriftlichen Ausdruck einer vornehmen Zurückhaltung zu befleissigen. Die Sprache ist so reich, dass sich jeder Angriff in einer des Standes würdigen Form vortragen lässt. Unsachlichkeiten verleiten zu neuen persönlichen Verunglimpfungen und nicht selten wird der Anwalt in den Streit der Parteien hineingezogen.¹¹

III. Konfliktsituationen

7. Wie soll sich beispielsweise ein Kollege namens Grimm verhalten, der vom Gegenanwalt in der Gerichtsverhandlung in Gegenwart des Klienten und vor Publikum – in offensichtlicher Anspielung an seinen Geschlechtsnamen – als «Märchenerzähler» tituliert wird? Soll er den Ausdruck als kleine, etwas deplacierte Show-Einlage des Kollegen für das Publikum abtun oder darauf seinerseits den verbalen Zweihänder auspacken? Soll er das Ganze am Ende auch noch zum Gegenstand einer disziplinarischen Aufsichtsbeschwerde machen, wo doch eigentlich vorweg der vorsitzende Richter mit der prozessualen Ordnungsbusse einschreiten müsste, wenn er den Vorfall als gravierend genug erachten würde? Dem unbeteiligten Betrachter wird wohl schnell klar, dass derartige verbale Einlagen (seien sie nun als gezielter Giftpfeil oder bloss als lockerer Spruch gedacht) zur Wahrung der Interessen des eigenen Klienten unnötig sind. Wenn damit offenbar der Wahrheitsgehalt der vom Betroffenen namens seines Klienten aufgestellten Behauptungen bestritten werden wollte, so hätte prozessual mit dem Satz: «die Anbringen der Gegenpartei werden bestritten» (ob «mit Nachdruck», «kategorisch» oder einfach so) genau dasselbe erreicht werden können. Den Gegner trifft durch die Bestreitung die Beweispflicht für seine Behauptung, und das Gericht wird sich sein Bild über die Sache so oder anders aufgrund des von den Parteien präsentierten oder von ihm selbst erhobenen Beweismaterials machen.

8. Friktionen können nicht nur zwischen Kollegen entstehen, die sich im Rahmen einer rechtlichen Auseinandersetzung ihrer Mandanten als Gegner gegenüberstehen. Nicht unproblematisch ist zuweilen auch der Mandatswechsel. Mitunter besteht der erste Schritt darin, den Kollegen darüber zu orientieren, dass man ihn als Mandatsträger abgelöst habe, und ihn aufzufordern, einem unverzüglich die vorhandenen Akten zu überlassen.¹² Dabei kommt es leider nicht selten zu Schwierigkeiten, sei es, weil der Vorgänger irrtümlich meint, ein Retentionsrecht an den Akten zu besitzen, weil er glaubt, es gebe Dringlicheres als die unproduktive Arbeit, die herauszugebenden Dossierinhalte von den nicht herauszugebenden zu sortieren, oder gar, weil er – entgegen den Beteuerungen des Klienten – kategorisch bestreitet, überhaupt noch Akten (die der Klient nicht schon hat) zu besitzen.

Hier gilt es, den zivilrechtlichen Herausgabeanspruch des Klienten durchzusetzen, vor allem schon deshalb, um selber die Fortführung des Mandats beförderlich an die Hand nehmen zu können. Dabei hängt das weitere Vorgehen nicht zuletzt von der Dringlichkeit des übernommenen Mandats ab. Ausserdem stellt die ungebührliche Verzögerung der Aktenherausgabe aber auch eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt dar.¹³

9. Differenzen können schliesslich auch zwischen Anwälten entstehen, die ihre Kanzleigemeinschaft aufheben und getrennte Wege gehen wollen. Konfliktpotenzial bergen hier insbesondere Abrechnungsfragen bezüglich angefangener Arbeiten oder – besonders unschön – der Streit um die Fortführung von Mandaten, wenn gewisse Klienten die bisherige Ansprechperson beibehalten möchten, diese aber die Kanzlei verlassen hat und unter neuer Geschäftsadresse praktiziert.

IV. Konfliktlösung unter Berufskollegen

10. Falls der «Märchen erzählende» Rechtsanwalt Grimm (oben Ziff. 7) sich dazu entschliessen sollte, die Sache der zuständigen Ständekommission oder gar der staatlichen Aufsichtsbehörde zu melden (wzu er wohl umso eher neigen wird, wenn persönliche Angriffe der Gegenseite sich häufen, woraus er wird schliessen dürfen, dass das Verhalten des Gegenanwalts System haben könnte und kaum bloss ein einmaliger Ausrutscher war), so hätte er Folgendes zu beachten:

Gemäss Art. 29 Abs. 1 SSR ist zunächst der Kollege darauf hinzuweisen, dass er nach der Wahrnehmung des Betroffenen gegen Gesetze oder Ständeregeln verstossen hat. Fehlt es diesbezüglich am Einsehen, ist als zweiter Schritt gemäss Art. 29 Abs. 2 SSR das Bemühen um eine gütliche Einigung gefordert. Ob dieses Bemühen bilateral, unter den Betroffenen allein, stattfinden soll oder unter Leitung des Bâtonniers oder einer Ständes- oder Schlichtungskommission desjenigen Kantonalverban-

10 BGE 130 II 270 E. 3.2.

11 KELLERHALS (Fn. 1), S. 141, unter Verweisung auf die Erläuterungen zu den Ständeregeln des BAV vom 1.7.1938 (unpubliziert).

12 Zum Gegenstand des Herausgabeanspruchs des Klienten vgl. W. FELLMANN im Kommentar zum Anwaltsgesetz (Fellmann/Zindel Hrsg.), Art. 12 N 33, m.w.H.

13 FELLMANN (Fn. 12), a.a.O.

des, dem der Kollege, gegen den vorgegangen werden soll, angehört, sagen die SSR nicht.¹⁴ Man möchte annehmen, dass Ersteres gemeint ist, weil sonst der nachfolgende Abs. 3 keinen Sinn ergibt. Lässt sich nämlich keine gütliche Einigung erzielen, soll gemäss Art. 29 Abs. 3 SSR vor Einleitung gerichtlicher oder behördlicher Schritte der klage- oder beschwerdewillige Anwalt sich an den kantonalen oder ausländischen Anwaltsverband «des Beanstandeten»¹⁵ wenden. Dem Schreibenden hat nie eingeleuchtet, wozu dies dienen soll. Dem Wortlaut ist auch nicht zu entnehmen, mit welchem Anliegen dies zu geschehen hätte. Eine bilaterale Aussprache unter den Beteiligten als Versuch zur gütlichen Einigung i.S.v. Abs. 2 macht nach der allgemeinen Lebenserfahrung wenig Sinn, wenn schon der Hinweis gemäss Abs. 1 kein Gehör gefunden hat. Die gütliche Einigung gemäss Abs. 2 sollte deshalb möglichst bereits unter Zuhilfenahme des nach den Statuten hierzu vorgesehenen Organs des betreffenden Verbandes versucht werden. Ist dieses Bemühen gescheitert, bleibt wohl nur festzustellen, dass die (nochmalige) Anrufung desselben Verbandes eine unnütze Doppelspurigkeit bedeuten würde. Die Schritte gemäss Abs. 2 und 3 können deshalb (und müssten es eigentlich) zusammenfallen. Soll der Schritt gemäss Abs. 3 jedoch bedeuten, dass der Antrag auf disziplinarische Ahndung an den zuständigen Verband und nicht direkt an die staatliche Aufsichtsbehörde zu stellen sei, hätte man dies deutlicher formulieren können.¹⁶

Erst nach vergeblichem Bemühen zur gütlichen Einigung unter Einschaltung des Anwaltsverbandes des «Übeltäters» wird dem sich verletzt Fühlenden also der Weg an das Gericht oder die Behörde geöffnet, sei es zur Anhebung einer Strafanzeige gegen den Kollegen wegen Ehrverletzung, einer Klage gemäss Art. 28 ff. ZGB oder auch zur Erstattung einer Aufsichtsanzeige, wenn er denn meint, die zuständige staatliche Aufsichtsbehörde solle über die als Verletzung der Sorgfaltspflicht empfundene Entgleisung des Kollegen richten. Dem Ziel des vom Mandanten erteilten Auftrags wird dieser Nebenkriegsschauplatz nur ganz ausnahmsweise dienen.¹⁷ In aller Regel bindet er bloss eigene Ressourcen und stellt eine bei vernünftiger Betrachtung unnötige zusätzliche Beschäftigungstherapie für die Gerichte dar.

V. Rechtliches Vorgehen gegen Berufskollegen

11. Etwas anders stellt sich die in Ziff. 8 geschilderte Situation des Anwalts dar, dem vom Vorgänger die Akten nicht herausgegeben werden, welche dieser nach Darstellung des Klienten

nach wie vor besitzt. Im Bestreitungsfall stellt sich vorweg die heikle Frage, wem eher Glauben zu schenken ist: dem Klienten oder dem Kollegen, deren Aussagen sich diametral widersprechen. Auf die zivilrechtliche Beweisproblematik sei hier nicht weiter eingegangen. Der sorgfältige Anwalt wird sich für die Herausgabe der Akten an den Klienten stets quittieren lassen, sofern das möglich ist.¹⁸

Bestehen zwischen einem Klienten und dessen vormaligem Anwalt Streitpunkte, bezüglich welcher der Klient anwaltlichen Beistand wünscht, handelt es sich nicht um einen Streit *unter* Kollegen, sondern um ein Mandat *gegen* einen Kollegen. Ganz generell ist bei Übernahme eines solchen Mandates zu bedenken, dass einerseits der Auftrag des Klienten, gegen einen andern Anwalt vorzugehen, eine sorgfältige, wertungsfreie Prüfung der Interessenlage erfordert. Andererseits gilt es tunlichst den Eindruck zu vermeiden, die Anwaltschaft funktioniere nach dem Prinzip: «eine Krähe hackt der andern kein Auge aus». Von zentraler Bedeutung erscheint folgende Überlegung: «Es liegt vielmehr im Interesse eines geordneten Ablaufs der Rechtspflege, wenn die Standesordnung verhüten will, dass unter dem Druck unzufriedener Klienten ein wilder Kampf zwischen Anwälten losbricht. Gerade weil häufig ein Mandant trotz aller Belehrung und Erklärung den Gegenanwalt mit dem Gegner gleichsetzt, wäre der zur Parteivertretung berufene Fürsprecher leicht einmal das Opfer rachesüchtiger Gegenparteien oder eigener Klienten, die über den Ausgang eines Streitfalls enttäuscht sind und sich nun gegen ihren eigenen Rechtsbeistand wenden wollen.»^{19, 20}

Massgebend ist heute Art. 30 SSR. Dessen Abs. 1 erfordert vor der Einleitung rechtlicher Schritte einen Versuch, die Sache gütlich beizulegen – mehr oder weniger eine Selbstverständlichkeit, die wohl in praktisch jedem Streitfall vorerst in Betracht zu ziehen ist.²¹ Wird die Einleitung rechtlicher Schritte beabsichtigt, so ist hiervon der kantonale oder ausländische Verband der Kollegin oder des Kollegen zu informieren (Abs. 2). Vorbehalten sind einzig Fälle, in welchen eine gütliche Einigung bzw. eine Vermittlung von der Sache her oder aus zeitlichen Gründen nicht in Frage kommt (Abs. 3). Mithin kann im Beispiel der strittigen Aktenherausgabe durchaus die Einleitung eines Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung geboten sein, sofern die Gegenstand des Herausgabeanspruchs bildenden Aktenstücke kurzfristig unentbehrlich und hinlänglich spezifizierbar sind. Hin-

14 Die mittlerweile aufgehobenen bernischen Standesregeln (letzte Fassung vom 18.9.1998) sahen z.B. vor, dass die Kontrahenten sich an erfahrene Berufskolleginnen und Berufskollegen ihres Vertrauens oder an die Standeskommission wenden sollten.

15 Etwas klarer ist der franz. Wortlaut: «l'Ordre des avocats cantonal ou étranger dont fait partie son confrère».

16 So mit der wünschenswerten Klarheit z.B. Art. 22 der ehemaligen bernischen Standesregeln.

17 V.a. wenn es darum geht, eine falsche Unterstellung der Gegenpartei mit Relevanz für das laufende Verfahren des Klienten (z.B. es seien gefälschte Urkunden als Beweismittel eingereicht worden) ein für alle Mal zu entkräften.

18 Laut einem Entscheid der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons BS vom 15.12.2008 verstösst der Anwalt, der die Aktenrückgabe nicht beweisen kann, aber nicht gegen geschriebene oder ungeschriebene Berufsregeln, da die Beweissicherung keine Berufspflicht darstelle. Die Basler Aufsichtsbehörde begnügte sich daher mit der lakonischen Feststellung, die Verletzung der Rückgabepflicht sei bestritten und nicht nachgewiesen. Das befriedigt weder aus Sicht des Klientenschutzes noch im Hinblick auf die Wahrung des Ansehens der Anwaltschaft.

19 KELLERHALS (Fn. 1), S. 146 f.

20 Vgl. in diesem Zusammenhang auch die aufschlussreichen Ausführungen des BGer zur Ablehnbarkeit von Anwälten als Richter oder Schiedsrichter in BGE 135 Ia 14 E. 4.3.

21 Vgl. Art. 9 SSR; die Vermeidung gerichtlicher Verfahren, wo dies möglich ist, gehört auch in keineswegs aussichtslosen Fällen zu den grundlegenden anwaltlichen Sorgfaltspflichten.

gegen dürfte die Einleitung einer Klage für den Klienten auf Schadenersatz gegen den Mandatsvorgänger, dem der Klient einen Kunstfehler vorwirft, oder auf Rechnungslegung und Rückerstattung angeblich zuviel bezogener Vorschüsse (vorbehaltlich einer Verjährungsproblematik) kaum je solche Dringlichkeit aufweisen, dass Art. 30 Abs. 3 SSR bemüht werden müsste.

Das Einreichen einer Aufsichtsanzeige wegen Verletzungen der Berufspflichten schliesslich – seien sie vom Klienten behauptet oder vom Anwalt bei der Mandatsübernahme selber wahrgenommen – ist regelmässig nicht derart dringlich, dass ein Verzicht auf das Vorgehen gemäss Art. 30 Abs. 1 und 2 SSR angebracht wäre. Anzumerken bleibt, dass dadurch nicht Interessen des Klienten gewahrt werden.²²

12. Kontrovers ist, ob für die beiden Kollegen bei der Austragung ihrer Differenzen bezüglich Auflösung ihrer Kanzleigemeinschaft (Ziff. 9) Art. 29 SSR überhaupt anwendbar ist.²³ Vieles spricht dafür: Streitigkeiten im Zusammenhang mit Honorarguthaben oder gar mit UWG-rechtlichem Inhalt sind kaum zu lösen, ohne dass die Klientschaft davon erfährt oder gar mit hineingezogen wird. Beide Anwälte setzen sich damit nicht nur dem Vorwurf aus, nicht hinreichend für klare Verhältnisse gesorgt zu haben²⁴, sondern sie schaden überdies ihrem Ansehen und demjenigen der ganzen Anwaltschaft.

13. Ausser Frage steht schliesslich, dass Art. 29 oder 30 SSR nicht anwendbar sind, wenn es um ein rechtliches Vorgehen gegen einen Berufskollegen nicht in seiner anwaltlichen Funktion, sondern als Privatmann geht²⁵; dies ergibt sich bereits aus dem klaren Wortlaut zumindest von Art. 30 Abs. 1, muss aber gleichermassen auch für Streitigkeiten unter Anwälten gelten, die nicht mit der Berufsausübung zusammenhängen.

14. Was gilt nun aber für Anwältinnen und Anwälte, die keinem kantonalen Anwaltsverband und damit auch nicht dem SAV angehören? Dem Wortlaut nach sind Art. 29 und 30 SSR auf sie nicht anwendbar.²⁶ Es entspricht jedoch ständiger Praxis, dass die Standesregeln, wiewohl formell privates Vereinsrecht, über den Kreis der Verbandsmitglieder hinaus beachtlich sind.²⁷ Sie stellen auch unter der Geltung des BGFA eine Konkretisierung der gesetzlichen Berufspflichten dar, indem sie «das im öffentlichen Interesse Geforderte normieren und Ausdruck herrschender Sitte und der *communis opinio* der Rechtsanwälte bilden».²⁸

Das bedeutet zum einen, dass der Kollege, der nicht einem kantonalen Verband angeschlossen ist, nicht «Freiwild» darstellt, auf das man ohne Einhaltung der durch Art. 29 oder 30 SSR normierten Gepflogenheiten schiesst.²⁹ Umgekehrt darf auch vom Nicht-Verbandsmitglied eine diesen Gepflogenheiten entsprechende Rücksichtnahme erwartet werden.

15. Zum Schluss bleibt die Frage, wie Anwältinnen oder Anwälte zu beurteilen sind, die sich über Regeln des kollegialen Verhaltens hinwegsetzen. Vorab erscheint nicht zweifelhaft, dass den kantonalen Anwaltsverbänden keine Kompetenz zusteht, vereinsrechtliche Sanktionen auch gegenüber Nichtmitgliedern auszusprechen. Die Möglichkeit der Ausfällung einer statutarisch festgelegten Sanktion steht Vereinen nur gegenüber ihren Mitgliedern offen.

Für die staatlichen Aufsichtsbehörden ergibt sich bei der Behandlung einer Aufsichtsbeschwerde wegen Verletzung der Regeln über kollegiales Verhalten eine Eintretenspflicht, auch wenn der verzeigende Anwalt die standesrechtlichen Präliminarien selber nicht eingehalten hat. Kommt es in der Folge (doch noch) zu einer gütlichen Einigung, wird das Disziplinarverfahren zwar nicht *ex lege* hinfällig.³⁰ Hingegen dürfte in aller Regel nach dem Opportunitätsprinzip vorgegangen und das Disziplinarverfahren mangels Notwendigkeit hoheitlichen Einschreitens aufgehoben werden.

Bei materieller Prüfung stellt sich die Frage, ob das gerügte Verhalten eine Verletzung von Art. 12 lit. a BGFA darstellt. Es ist daran zu erinnern, dass diese Bestimmung für die gesamte Berufstätigkeit und damit auch für die Behandlung von Gegenpartei und Gegenanwalt gilt.³¹ Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich der Gesetzgeber bei der Vereinheitlichung der Berufsregeln auf das Wesentliche beschränken wollte. Massstab für die Beurteilung einer zweifelhaften Handlung oder Äusserung muss deshalb die Frage sein, ob diese über ihre Auswirkungen im Einzelfall hinaus geeignet ist, das Vertrauen in Kompetenz und Integrität der Anwaltschaft zu beeinträchtigen und damit die Funktion der Anwaltschaft im System der Rechtspflege zu stören. Die Gegenpartei (und damit auch ein Berufskollege) ist insoweit geschützt, als der Anwalt auch ihnen gegenüber nicht zu missbilligten Mitteln greifen darf. Die blosser Verletzung des gebotenen Anstandes bleibt disziplinarrechtlich grundsätzlich irrelevant. Nur unnötige Verletzung oder Demütigung der Gegenpartei (des Gegenanwalts) kann je nach den Umständen disziplinierungswürdig sein.³²

Ein einzelner Verstoss gegen die Prinzipien der Kollegialität erfüllt somit nur dann einen Disziplinartatbestand, wenn er von erheblicher Schwere, geradezu stossend und auch im öffentli-

22 Vgl. Fn. 3 und 18.

23 Contra: Usages du barreau vaudois, édition octobre 2006, Art. 29 CSD, Anmerkung 2. Demgegenüber ist die Standeskommission des BAV auf entsprechende Begehren zweier Anwälte eingetreten und es wurde auch eine gütliche Einigung erreicht, allerdings nicht ohne dass zwischenzeitlich wegen der bei der Standeskommission eingereichten Schriftsätze Strafanzeigen wegen Ehrverletzung beim Strafrichter eingereicht wurden.

24 Art 2 Abs. 1 SSR.

25 Z.B. als Nachbar, von dessen Grundstück übermässige Immissionen ausgehen.

26 Vgl. insb. die franz. Fassung von Art. 29 Abs. 3 und Art. 30 Abs. 2: «l'Ordre des avocats (...) dont fait partie son confrère».

27 BGE 106 Ia 100, E. 7a S. 107; 108 Ia 316 E. 2b/aa S. 319.

28 S. oben Ziff. 3 und FELLMANN (Fn. 12), Art. 12 N 5, mit Verweisung.

29 Anlaufstelle ist in solchem Fall der kantonale oder ausländische Verband des Ortes, in dem der Betreffende im Anwaltsregister eingetragen ist oder seine (Haupt-)Kanzlei führt.

30 Oben Ziff. 2.

31 Oben Ziff. 5.

32 Vgl. die (ständige) Praxis der Anwaltskammer des Kantons Bern, zit. in *dubio* 4/06 S. 198 unter Hinweis auf FELLMANN (Fn. 12), Art. 12 N 12 und 49.

chen Interesse nicht hinnehmbar erscheint. Mitunter kann auch eine unerträgliche Häufung von einzelnen kleineren Fehltritten die erforderliche Tragweite erreichen, die disziplinarisches Einschreiten gebietet.

VI. Schluss

16. Auch wenn somit die Gefahr disziplinarischer Ahndung für unkollegiales Verhalten relativ gering ist, erscheint es doch angezeigt, dass jede Anwältin, jeder Anwalt sich stets vergewärtigt, wie viel schwerer und unerfreulicher die Ausübung des

eigenen Berufes wird, wenn man sich nicht nur im Auftrag der Klientschaft mit einer Gegenpartei, sondern überdies auch noch auf einer persönlichen Ebene mit deren Rechtsvertreter auseinandersetzen muss. Die hierfür benötigte Zeit gehört kaum zum nach den Umständen gebotenen, honorarberechtigten Zeitaufwand. Sie wird besser zum Golfen³³, Fischen oder für erbaulichere Lektüre verwendet, als es Beschwerdedossiers in eigener Sache – sei es in aktiver oder passiver Rolle – sind. ■

33 Z. B. mit der SAV-FSA-Golf-Sektion!

Jean-Tristan Michel*

Le secret professionnel de l'avocat et ses limites (1^{ère} partie)

Mots clés : art. 321 CP, art. 13 LLCA, secret professionnel, avocat, CPC fédéral, CPP fédéral, blanchiment d'argent, juristes d'entreprise

I. Introduction

Les récents développements légaux et jurisprudentiels imposent de se pencher à nouveau sur ce sujet pourtant longuement traité par la doctrine.

Longtemps, le secret professionnel de l'avocat fut défini négativement, à l'art. 321 CP qui fait de sa violation un délit puni, sur plainte, d'une peine privative de liberté de 3 ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Depuis quelques années, le secret professionnel figure également à l'art. 13 LLCA¹ qui en donne une définition positive, laquelle est reprise dans ses principaux éléments à l'art. 15 du Code suisse de déontologie, publié par la FSA².

La nature de l'intérêt juridiquement protégé par cette disposition est controversée en doctrine. En effet, dans la systématique du code, l'art. 321 CP se trouve sous le titre 18, réprimant les infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels, ce qui n'est pas des plus précis, et l'on comprend l'embarras de la doctrine. La jurisprudence a trouvé un compromis et pose un triple intérêt:³

1. l'intérêt du client à pouvoir se fier à son mandataire⁴,
2. l'intérêt de celui-ci à être complètement renseigné, et
3. l'intérêt public à pouvoir obtenir une défense efficace (art. 4 aCst.⁵ et 6 CEDH).⁶

Dans une première partie, nous examinerons le secret professionnel de l'avocat en lui-même (II), puis, dans une seconde partie ses limites (III) avant de conclure. Les limites seront étudiées

des Avocats Vaudois à l'occasion de son centenaire, François Chaudet/Olivier Rodondi (édit.), Bâle 1998, 301, p. 302; GÉRARD PIQUERET, *Traité de procédure pénale suisse*, 2^{ème} éd. refondue et augmentée, Zurich 2006, N 774; JEAN-MARC REYMOND, *Le secret professionnel de l'avocat dans les projets de Code de procédure pénale et civile suisses: un droit fondamental du justiciable en péril*, *Revue de l'avocat* 2007, 63, p. 63; FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Le droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, N 1804 ss.

- 4 Le Code de déontologie des avocats de l'UE du 28 octobre 1988 (disponible sur le site du Conseil des barreaux européens, CCBE, rubrique Documents), rappelle l'importance du lien de confiance entre l'avocat et le client, relation qui ne peut exister s'il y a un doute sur l'honnêteté, la probité, la rectitude et la sincérité de l'avocat. Ces vertus traditionnelles sont pour l'avocat des obligations professionnelles (v. art. 2.2 Code de déontologie UE); il précise également que la confidentialité fait partie de l'essence de la profession et est un droit premier et fondamental de l'avocat, ainsi qu'un devoir (art. 2.3.1 du Code précité; *moins restrictif*: v. l'art. 1 al. 2 du Code suisse de déontologie (note 2)). V. ég. LAURENT MOREILLON/YVES BURNAND, *L'avocat pénaliste peut-il cacher un dénonciateur?*, in: *L'avocat et le juge face au droit pénal*, Mélanges offerts à Eric Stoudmann, Amédée Kasser, Mercedes Novier, Odile Pelet et Ralph Schlosser (édit.), Zurich 2005, 125, p. 130; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1804 ss et les réf.
- 5 Aujourd'hui art. 29 et 30 Cst.
- 6 V. REYMOND (note 3), p. 63, qui parle du secret professionnel de l'avocat comme d'un principe essentiel de notre ordre juridique, nécessaire à la mise en œuvre des garanties de procédure conférées notamment par l'art. 6 CEDH; v. ég. FAVRE/STOUDMANN (note 3), p. 302. A noter toutefois la restriction mentionnée par MOREILLON/BURNAND (note 4), p. 131 et n. 25, à savoir que la protection de l'art. 6 CEDH ne vaut qu'en cas de poursuite pénale alors que le secret professionnel de l'avocat couvre un champ bien plus large.

* MLaw, doctorant, assistant diplômé au CEDIDAC, Université de Lausanne. L'auteur tient à remercier ici Monsieur le Professeur Daniel Stoll, Professeur remplaçant à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne et premier substitut du Procureur du canton de Vaud, pour sa relecture attentive et ses précieux conseils ainsi que M. Pierre-François Vulliemin, assistant diplômé à l'Université de Lausanne, pour sa relecture et ses suggestions.

1 Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats, RS 935.61.
2 Code suisse de déontologie de la FSA du 10 juin 2005 (disponible sur le site de la FSA, rubrique FSA, Statuts/Code suisse de déontologie).
3 BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Vol. II, Berne 2002, N 2 ad art. 321 CP; STEPHAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2^{ème} éd., Zurich, N 1 ad art. 321 CP; BERNARD CORBOZ, *Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP*, SJ 1993, 77 (cit. CORBOZ SJ), p. 79–81; CHRISTIAN FAVRE/PATRICK STOUDMANN, *Le secret professionnel de l'avocat et ses limites*, in: *L'avocat moderne, mélanges publiés par l'Ordre*

dans la seconde partie de cet article qui paraîtra le mois prochain.

II. Le secret professionnel de l'avocat

L'art. 321 CP protège les secrets (1.) acquis par un avocat (2.) dans l'exercice de sa profession (3.).

1. Les personnes assujetties au secret

D'après l'art. 321 CP, c'est l'avocat qui est assujéti au secret. Corboz⁷ le définit comme «une personne physique ayant des connaissances juridiques et l'autorisation requise pour exercer professionnellement et de manière indépendante l'activité consistant à donner des conseils, défendre les intérêts d'autrui et intervenir devant tous les tribunaux d'un ressort pour assister ou représenter son client».⁸

Sont donc concernés tous les avocats; qu'ils soient suisses ou étrangers⁹, de choix ou commis d'office, malgré leur statut particulier dans ce dernier cas.¹⁰ Le point central étant la titularité du brevet d'avocat.¹¹ En outre, l'activité doit être exercée dans une étude d'avocat ou une structure analogue¹², nous y reviendrons.

Une partie de la doctrine soutient que les avocats-stagiaires ne doivent pas être considérés comme des avocats au sens de l'art. 321 CP, étant des auxiliaires de ceux-ci¹³. Cette opinion s'appuie notamment sur le fait qu'ils pratiquent sous la responsabilité de leur maître de stage (v. p.ex. art. 22 al. 2 LPAV VD¹⁴). Il sont donc des auxiliaires de l'avocat et tombent sous le coup de l'art. 321 CP à ce titre. Compte tenu du fait que pour les défenses d'office en matière pénale, le stagiaire agit en général sous sa propre responsabilité¹⁵, il se justifie selon nous, de relativiser cette affirmation et de les considérer comme des avocats dans ces cas.¹⁶

Cette question perdra de son intérêt lors de l'avènement des CPC et CPP fédéraux qui supprimeront la possibilité pour un stagiaire d'être nommé d'office.¹⁷

On vient de le voir, Corboz impose, comme condition pour être lié par le secret professionnel de l'art. 321 CP, l'indépendance de l'avocat. Les avocats exerçant au sein d'une entreprise (p.ex. une banque ou une assurance) ne sont donc pas liés par le secret professionnel de l'art. 321 CP, s'ils ne peuvent représenter une partie en justice.¹⁸ Toutefois, la question de savoir si l'avocat exerçant dans une entreprise et habilité à donner des conseils juridiques à la clientèle doit être considéré comme lié par le secret professionnel de l'art. 321 CP est controversée en doctrine¹⁹, même si, selon nous, et au vu du texte clair de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA, une telle controverse n'a pas lieu d'être.²⁰

Cette controverse est d'ailleurs sur le point de trouver une solution légale. En effet, l'Office fédéral de la Justice a mis en consultation un avant-projet de loi fédérale sur les juristes d'entreprise (AP-LJE) accompagné d'un rapport (rapport LJE).²¹ Dans le cadre de cette nouvelle loi, les juristes d'entreprise inscrit dans un registre cantonal prévu par la loi seraient soumis au secret professionnel (art. 12 AP-LJE), lequel serait sanctionné pénalement par l'art. 321 ch. 1^{bis} AP-CP, prévu par l'AP-LJE.²²

Outre l'avocat, sont liés par le secret professionnel les auxiliaires de celui-ci. Favre et Stoudmann les définissent comme «toute personne collaborant à titre professionnel, mais pas forcément à titre d'activité principale, avec une personne tenue au secret et qui se trouve par cette activité habituellement en mesure de prendre connaissance de faits confidentiels».²³ Il convient de signaler ici que la notion d'auxiliaire selon l'art. 13 LLCA est la même que celle de l'art. 101 CO, soit toute personne qui concourt à l'exécution des prestations du mandataire.²⁴

Message relatif à l'unification de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1057, p. 1156, ad art. 125 P-CPP, semble affirmer la même chose en ne mentionnant pas les stagiaires dans la liste des défenseurs en matière pénale.

7 CORBOZ (note 3), N 10 ad art. 321 CP. Cf. ég. HERBERT BRUNNER, Die Anwaltsgemeinschaft, thèse, Fribourg 1977, p. 6; CORBOZ SJ (note 3), p. 82.

8 Pour une autre définition de l'avocat, v. BOHNET/MARTENET (note 3), N 1796 ainsi que N 1797 et 1809 ss pour les avocats n'exerçant pas au sein d'une étude.

9 CORBOZ (note 3), N 10 ad art. 321 CP.

10 PIQUEREZ (note 3), N 774; CORBOZ (note 3), N 10 ad art. 321 CP; CORBOZ SJ (note 3), p. 83.

11 TRECHSEL (note 3), N 5 ad art. 321 CP, et les réf.; FAVRE/STOUDMANN (note 3), p. 303.

12 CORBOZ (note 3), N 10 ad art. 321 CP.

13 FAVRE/STOUDMANN (note 3), p. 303, n. 7; moins clair: PIQUEREZ (note 3), N 769.

14 Loi vaudoise sur la profession d'avocat du 24 septembre 2002, RSV 177.11.

15 V. p.ex. art. 22 al. 3 et 24 LPAV VD (note 14); art. 31 LPAV GE (tant sur le plan pénal que sur le plan civil) (Loi genevoise sur la profession d'avocat du 26 avril 2002, RSG E 6 10).

16 Du même avis, BOHNET/MARTENET (note 3), N 1798.

17 V. Message du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse, FF 2006 6841, ad art. 66 P-CPC, p. 6893 s., qui renvoie à l'art. 40 LTF pour la définition de l'avocat habilité à représenter professionnellement les parties devant les juridictions civiles. Dite disposition renvoie elle-même à la LLCA (note 1), laquelle dispose qu'est avocat celui qui remplit les conditions de l'art. 6 LLCA, soit notamment la titularité du brevet. Le

18 CORBOZ (note 3), N 10 ad art. 321 CP; ALBERT-LOUIS DUPONT-WILLEMIN, Le secret professionnel et l'indépendance de l'avocat, Bulletin de la Fédération Suisse des Avocats, 1986, N 101, p. 18; TRECHSEL (note 3), N 5 ad art. 321 CP; JÖRG SCHWARZ, Anwendung von Art. 321 StGB auf Unternehmensjuristen – Einige Gedanken zu einer laufenden Diskussion, Revue de l'avocat 2006, 338, p. 339 et les nombreuses réf. et p. 341; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1812. La question est laissée ouverte par le Tribunal fédéral: arrêt du TF 1B_101/2008 du 28 octobre 2008 = SJZ 105 (2009), 14, consid. 4.2, v. ég. le commentaire de DANIEL ZIMMERLI, Eingeschränktes Anwaltsprivileg im Kartellverfahren, Push-Service des arrêts, 10 décembre 2008.

19 Cf. CORBOZ SJ (note 3), p. 83; DUPONT-WILLEMIN (note 18), p. 21 s. et les réf.; parmi les rares soutenant cette thèse, v. MARCEL NIGGLI, Unterstehen dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch Unternehmensjuristen?, Revue de l'avocat 8/2006, p. 277 ss., qui répond par l'affirmative à cette question.

20 Tant le TPF que le TF semblent être du même avis (v. arrêt du TPF BE.2007.10-13 et arrêt du TF 1B_101/2008 du 28 octobre 2008), ce qu'a souligné le Rapport Annuel 2009 de la Commission fédérale de la Concurrence (RPW 2009, 16, p. 25).

21 L'avant-projet et le rapport explicatif l'accompagnant sont disponibles sur le site de l'Administration fédérale (rubrique Documentation, Consultation, Procédures de consultation et d'audition en cours).

22 Pour un développement de la question, v. BOHNET/MARTENET (note 3), N 1814 s.

23 FAVRE/STOUDMANN (note 3), p. 304.

24 Cf. le Message concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 28 avril 1999, FF 1999 5331, p. 5369 s.; v. ég. BOHNET/MARTENET (note 3), N 1861.

Cette notion est plus large que celle de l'art. 321 CP, qui retient un lien bien plus étroit que ce qu'exige l'art. 101 CO.²⁵

Corboz²⁶ établit la liste suivante des auxiliaires de l'avocat (au sens du CP): ses collaborateurs, clerks et secrétaires, ainsi que le détective ou l'expert engagé par lui. Curieusement, il ne mentionne pas le stagiaire, contrairement à d'autres.²⁷ Poussant la logique jusqu'au bout, Oberholzer va jusqu'à soutenir que le cercle des auxiliaires de l'avocat est quasiment sans limite²⁸, ce qui est contestable, vu le lien étroit exigé par l'art. 321 CP.

Bohnet et Martenet, parlant des auxiliaires selon la LLCA, y ajoutent les stagiaires, les étudiants en stage, les apprentis et toutes les personnes chargées par l'avocat d'accomplir certaines tâches: ainsi une banque, un service de traduction, ou le personnel de nettoyage.²⁹

En tout état de cause, c'est à l'avocat qu'il incombe de faire respecter le secret par ses auxiliaires notamment en prenant toutes les mesures nécessaires (accords de confidentialité, surveillance, dispositifs de sécurité, etc.).³⁰

2. Un secret

Pour qu'il y ait secret³¹, il faut quatre conditions cumulatives:³²

- le secret doit être un fait connu d'un cercle restreint de personnes;³³
- il ne doit pas être accessible à tous;
- le maître veut, effectivement, que le secret soit gardé³⁴, il peut également souhaiter une divulgation restreinte à certaines personnes, pas avant une certaine date ou limité à un certain cadre;³⁵
- le maître du secret a un intérêt³⁶ à le taire. Cette condition doit être interprétée plus largement qu'à l'art. 320 CP: alors que l'art. 320 CP exige un intérêt légitime³⁷, il n'est pas né-

cessaire, dans le cadre de l'art. 321 CP, que l'intérêt soit justifié d'un point de vue moral, il suffit qu'il existe en fait.³⁸ Hormis cette restriction, la notion de secret au sens de l'art. 321 CP est la même qu'à l'art. 320 CP.³⁹

Corboz⁴⁰ va jusqu'à affirmer qu'il suffit que le client demande à l'avocat de garder une information secrète pour que l'avocat soit tenu, ce qui nous semble logique.⁴¹

En cas de doute, l'avocat doit s'abstenir de toute communication. C'est à lui qu'il incombe de requérir de son client les instructions nécessaires.⁴²

Le secret doit porter sur des faits⁴³, même s'ils s'avèrent inexactes.⁴⁴ Rentrent dans le secret le fait qu'une personne déterminée ait consulté l'avocat⁴⁵, les documents remis par le mandant à son mandataire⁴⁶, l'ensemble des documents de travail de l'avocat⁴⁷ et même le comportement du client à l'égard de son avocat.⁴⁸ Il a également été admis qu'il y a violation du secret professionnel si sa révélation conforte dans son opinion la personne qui connaissait déjà le fait.⁴⁹

L'avocat est également tenu pour les faits qu'il tient de tiers et qui concernent son mandant.⁵⁰ En principe, l'avocat ne doit donc absolument rien dire qui puisse permettre d'identifier un éventuel mandant;⁵¹ la chose peut devenir délicate, notamment si, pris dans un conflit d'intérêt, un avocat doit refuser un mandat mais sans pouvoir justifier son refus, tenu qu'il est par le se-

25 BOHNET/MARTENET (note 3), N 1863.

26 CORBOZ (note 3), N 16 ad art. 321 CP; cf. aussi, JÖRG REHBERG, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 2^{ème} éd., Zurich 1996, p. 431; TRECHSEL (note 3), N 13 ad art. 321 CP; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1863.

27 FAVRE/STOUDMANN (note 3), p. 303, n. 7; v. ég. PIQUERET (note 3), N 769.

28 NIKLAUS OBERHOLZER, N 6 ad art. 321 CP, in: Basler Kommentar, *Strafrecht II*, Hans Wiprächtinger/Marcel Alexander Niggli (édit.), 2^{ème} éd., Bâle 2007.

29 BOHNET/MARTENET (note 3), N 1861.

30 BOHNET/MARTENET (note 3), N 1861.

31 Sur la notion de secret, v. JÉRÔME BÉNÉDICT, *Internet et le respect du secret professionnel de l'avocat*, in: *L'avocat moderne, mélanges publiés par l'Ordre des Avocats Vaudois à l'occasion de son centenaire*, François Chaudet/Olivier Rodondi (édit.), Bâle 1998, p. 267 ss; v. ég. BOHNET/MARTENET (note 3), N 1834 ss.

32 Cf. CORBOZ SJ (note 3), p. 83 s.

33 ATF 112 Ib 607; ATF 106 IV 133, consid. 3. V. ég. CORBOZ (note 3), N 10 ad art. 320 et 19 ad art. 321 CP et les réf.

34 ATF 106 IV 133, consid. 3; v. ég. CORBOZ (note 3), N 23 ad art. 321 CP; OBERHOLZER (note 28), N 17 ad art. 321 CP.

35 V. BOHNET/MARTENET (note 3), N 1839 s.

36 PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht, Delikte gegen den Einzelnen, Besonderer Teil I*, Zurich 1983, p. 100 et FELIX WOLFFERS, *Der Rechtsanwalt in der Schweiz*, thèse, Berne et Zurich 1986, p. 134, exigent que l'intérêt à garder le secret soit légitime; *contra*: CORBOZ SJ (note 3), p. 83 s., pour qui, sous réserve de l'abus de droit, l'intérêt n'a pas à être justifié. Sur l'intérêt du maître à garder le secret, v. ATF 112 Ib 606; ATF 106 IV 131, consid. 3.

37 V. not. CORBOZ (note 3), N 10 ss ad art. 320 CP et les réf.

38 L'intérêt à garder le secret, selon l'art. 320 CP, doit être légitime, cf. CORBOZ (note 3), N 11 ad art. 320 CP et les réf.

39 CORBOZ (note 3), N 10 ad art. 320 CP. Cf. ég. ATF 127 IV 125, consid. 1; ATF 126 IV 242, consid. 2a; ATF 114 IV 46, consid. 2; REHBERG (note 26), p. 420; GÜNTHER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Kurzkommentar, Besonderer Teil II (Straftaten gegen Gemeininteressen)*, 5^{ème} éd., Berne 2000, § 59 N 5; *interprétation plus large*: TRECHSEL (note 3), N 3 ad art. 320 CP.

40 Cf. CORBOZ SJ (note 3), p. 84.

41 Du même avis: BOHNET/MARTENET (note 3), N 1839.

42 BOHNET/MARTENET (note 3), N 1839.

43 CORBOZ (note 3), N 12 ad art. 320 CP; TRECHSEL (note 3), N 4 ad art. 320 CP; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1834; TF, 5 mai 2006 = SJ 2006 I 489, consid. 5.3.1; ATF 112 Ib 607.

44 BOHNET/MARTENET (note 3), N 1839.

45 TRECHSEL (note 3), N 18 ad art. 321 CP; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1936. V. ég. Autorité neuchâteloise de surveillance des avocates et des avocats, 24 septembre 2003, RJN 2005, 284, p. 292.

46 CORBOZ SJ (note 3), p. 85; TRECHSEL (note 3), N 18 ad art. 321 CP; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1836. Dans un ATF 117 Ia 348, le TF a rappelé que des documents volés dans une étude d'avocat conservent leur caractère secret, ils ne peuvent être utilisés dans une procédure pénale.

47 BOHNET/MARTENET (note 3), N 1836.

48 ATF 97 I 838: litige portant sur les honoraires d'un avocat – dans ce cadre, l'avocat n'est, en principe, pas autorisé à faire des révélations sur le caractère de son ancien mandant. Cf. ég. ATF 97 I 831 consid. 4 = JdT 1973 I 200; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1836; MICHAEL PFEIFER, N 52 ad art. 13 LLCA, in: Walter Fellmann/Gaudenz Zindel (édit.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, Zurich 2005.

49 ATF 75 IV 75; JACQUES MICHOD, *Le secret de la procédure pénale en droit vaudois*, thèse, Lausanne 1987, p. 122; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1839.

50 FAVRE/STOUDMANN (note 3), p. 305; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1839. Dans un arrêt 2C.508/2008 du 27 mai 2008, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que «die Rechtsanwälte unterstehen zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles» (consid. 2.1).

51 BOHNET/MARTENET (note 3), N 1843.

cret. Il convient donc de ne pas se montrer trop rigide dans la défense du secret professionnel et de permettre à l'avocat, dans ces cas, d'invoquer un conflit d'intérêt, même si cela peut permettre l'identification de son client. De même, s'il consulte un confrère, l'avocat doit caviarder les documents remis et/ou anonymiser le cas qu'il présente, malgré le fait que ledit confrère est également tenu au même secret. C'est un secret absolu, nous en reparlerons.

L'obligation de garder le secret ne prend pas fin avec le mandat⁵² mais avec la mort du mandataire, détenteur du secret (il ne peut plus le divulguer) ou avec la fin du secret, mais il convient d'être prudent dans l'appréciation de ce dernier cas.⁵³ Les héritiers de l'avocat, n'étant pas ses auxiliaires, ne sont pas tenus au secret.⁵⁴ Il se pose donc ici un problème auquel le droit public tente de remédier en prévoyant souvent la transmission des archives de l'avocat à un confrère.⁵⁵

3. Secret confié dans l'exercice de sa profession

L'avocat doit avoir pris connaissance du secret dans l'exercice de sa profession, ou ledit secret doit lui avoir été confié à qualité.⁵⁶ Déterminer ce qu'est le cadre de l'activité de l'avocat offre un certain nombre de difficultés. En effet, la profession jouissant d'une estime certaine au sein de la population⁵⁷, l'avocat est souvent sollicité, et ce dans des domaines très différents les uns des autres. Pris entre l'activité (au sens large) des avocats qui se diversifie de plus en plus et un secret professionnel qu'il a lui-même qualifié d'absolu⁵⁸, le Tribunal fédéral a eu recours à un critère de distinction assez restrictif: pour que le fait confié à l'avocat soit protégé par le secret professionnel, il faut que celui-ci lui ait été révélé dans le cadre de son activité typique (ou spécifique)⁵⁹, à l'exclusion des faits appris dans le cadre d'une activité atypique. L'information doit donc avoir un rapport, même ténu⁶⁰, avec sa profession d'avocat⁶¹, entendue au sens strict.⁶² La source de l'information importe peu⁶³, il suffit que l'avocat ait appris la chose dans l'exercice de sa profession⁶⁴, même à l'insu

du mandant⁶⁵, que ce soit en lisant un dossier, en examinant des pièces ou en assistant à une audience.⁶⁶ Il peut également l'apprendre de tiers.⁶⁷ En revanche, cela ne concerne pas ce qu'il pourrait apprendre à titre privé.⁶⁸

Il a été jugé⁶⁹ que l'avocat officiant en qualité de curateur de son mandant exerce une activité typique. En revanche, l'activité de gérant de fortune ou de placement de fonds est une activité atypique⁷⁰, donc non couverte par le secret; il en va de même lorsque l'avocat est chargé d'un mandat de recouvrement, comme pourrait l'être une banque ou une fiduciaire.⁷¹

Si l'avocat est à la fois membre du Conseil d'administration d'une société et son avocat, il y a lieu de distinguer *a posteriori* les deux rôles.⁷² Dans une procédure, il pourra lui être demandé de fournir les documents qu'il détient en tant que membre du Conseil d'administration mais pas les lettres qu'il a adressé à la société en tant qu'avocat, ni les réponses de celle-ci, les projets, notes et autres documents qu'il détient en tant qu'avocat. Autrement dit, pour chaque document considéré, il faudra se demander si l'avocat le détient de par sa profession d'avocat ou en tant qu'il est membre du Conseil d'administration de la société en question. En cas de «concours», c'est-à-dire s'il détient un document en tant qu'avocat et en tant que membre du Conseil d'administration, c'est cette dernière qualification qui doit l'emporter; il s'ensuit donc qu'il devra communiquer dit document.⁷³

D'après le rapport LJE, si la question se posera probablement avec une plus grande fréquence pour les juristes d'entreprise, l'exercice auquel il faudra procéder reste fondamentalement le même.⁷⁴

Dans le cas où les documents que l'avocat doit communiquer concernent également un autre mandant, il a été admis, avec raison, qu'il puisse caviarder ce qui concerne l'autre mandant.⁷⁵

La conséquence du secret est que l'avocat est tenu de ne pas le divulguer, mais le principe n'est pas absolu, l'avocat peut, par exemple, le confier à ses auxiliaires qui sont également tenus de le conserver en vertu de l'art. 321 CP.⁷⁶ Dans le cadre de grandes

52 Art. 13 al. 1 LLCA; CORBOZ (note 3), N 38 ss *ad* art. 321 CP et les réf.; CORBOZ SJ (note 3), p. 89 et les nombreuses réf.

53 V. CORBOZ SJ (note 3), p. 89.

54 CORBOZ (note 3), N 41 *ad* art. 321 CP; TRECHSEL (note 3), N 17 *ad* art. 321 CP et les réf.; NOLL (note 36), p. 101; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1845.

55 Cf. CORBOZ (note 3), N 41 *ad* art. 321 CP; v. ég. art. 4 Code suisse de déontologie (note 2).

56 CORBOZ (note 3), N 26 *ad* art. 321 CP; CORBOZ SJ (note 3), p. 85; FAVRE/STOUDMANN (note 3), p. 306; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1841 s.

57 V. FAVRE/STOUDMANN (note 3), p. 305 s.

58 TF, 11 avril 1996 = SJ 1996, 453, consid. 2b.

59 ATF 120 Ib 112, consid. 4; ATF 112 Ib 606.

60 BOHNET/MARTENET (note 3), N 1841.

61 ATF 117 Ia 341, consid. 6a/bb qui parle d'un «certain rapport» et TF, 11 avril 1996 = SJ 2006, 453, consid. 2b qui parle d'un «rapport certain». Est-ce une évolution restrictive de la jurisprudence?

62 Cf. *supra*, la définition de l'avocat par CORBOZ, appel de note 7. L'on retrouve cette même exigence de rattachement à l'activité typique, la définition est identique, même si les termes employés sont différents, dans l'AP-LJE: v. rapport LJE (note 21), p. 20 *in fine*.

63 REHBERG (note 26), p. 357; CORBOZ (note 3), N 28 *ad* art. 321 CP; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1841.

64 PIQUEREZ (note 3), N 769; ATF 101 Ia 10 = JdT 1977 I 279.

65 WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, 2^{ème} éd., Berne 2006, N 58 s. *ad* art. 398 CO.

66 CORBOZ (note 3), N 28 *ad* art. 321 CP; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1841.

67 CORBOZ (note 3), N 28 *ad* art. 321 CP; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1841.

68 PIQUEREZ (note 3), N 770; BOHNET/MARTENET (note 3), N 1841; Arrêt de la Chambre d'accusation neuchâteloise du 19 novembre 1986, RJN 1986, 101; ATF 101 Ia 10 consid. 3 = JdT 1977 I 279.

69 ATF 97 I 831, consid. 4; ZR 1987 N 20; BJP 1992, N 231.

70 ATF 112 Ib 606; v. ég. BOHNET/MARTENET (note 3), N 1821 ss pour une analyse approfondie des différentes activités commerciales de l'avocat.

71 ATF 120 Ib 119.

72 ATF 115 I 197, consid. 3d: un avocat qui est en même temps administrateur d'une société ne peut refuser, d'une manière générale, de témoigner dans une procédure pénale. Il y a lieu de distinguer entre son activité commerciale et celle relevant spécifiquement du mandat d'avocat. Sur l'art. 162 CP [secret d'affaire], v. p.ex., PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, RSDA 2005, 101, p. 106.

73 Sur cette problématique spécifique, v. BOHNET/MARTENET (note 3), N 1824 s.

74 V. Rapport LJE (note 21), p. 20 s.

75 ATF 114 III 105, consid. 3., en l'espèce, il s'agissait de la société mère.

76 Cf. CORBOZ (note 3), N 32 ss *ad* art. 321 CP.

études, la procuration que signe le mandant est souvent en faveur de l'étude, l'un des avocats étant nommément désigné comme le principal chargé de l'affaire. Il nous semble que dans ces cas, l'avocat désigné par l'étude est celui qui est tenu à titre principal par le secret. Les autres avocats collaborant au dossier devant être considérés comme ses auxiliaires.

Dans le cas concret d'un stagiaire se rendant tard dans une autre étude pour faire signer un acte de procédure, parce qu'aucun avocat n'est plus présent dans son étude, l'avocat signataire est également tenu par le secret, naturellement, à titre d'auxiliaire, selon nous.

Si l'activité concernée de l'avocat n'est pas protégée par le secret professionnel, il n'en demeure pas moins que ce dernier

est tenu par son obligation de fidélité (art. 398 CO), comme tout mandataire. Cela signifie qu'il ne doit pas livrer spontanément les informations et documents qu'il détient.⁷⁷

La seconde partie de cet article sera publiée dans le numéro de novembre de la Revue de l'Avocat. L'auteur y abordera les limites au secret professionnel, concrètement la levée du secret, le traitement du secret dans les futurs CPC et CPP fédéraux ainsi que les limites dans le cadre d'actions en justice intentées tant contre l'avocat que contre son mandant. ■

77 V. p.ex. BOHNET/MARTENET (note 3), N 1820 et les réf.



Zur Erinnerung

Fortsetzung von S. 467

Einziehung:

- **von Vermögenswerten:** Fälle von Art. 59 StGB.
 - **Ziff. 1:** als sachliche Massnahme erfolgt die Einziehung dort, wo sich der Vermögenswert befindet; ein Schuldiger wird nicht vorausgesetzt (unbekannter oder unzurechnungsfähiger Täter). (Abs. 1) Vermögenswerte sind alle wirtschaftlichen Vorteile; die Belohnung bezieht sich auf den Verfall gemäss Art. 59a.F. StGB. Eingezogen werden können nur der unmittelbar aus der Straftat erlangte Erlös bzw. der ursprüngliche Verbrechenslohn; andere Werte können zur Durchsetzung einer Ersatzforderung mit Beschlag belegt werden (Geld ist aber ein abstrakter Wert, der immer einziehbar ist). Die Herausgabe an den Verletzten erfolgt direkt und nicht auf dem Umweg über die Einziehung. (Abs. 2) Nicht gutgläubig ist der Hehler oder jemand, der weiss, dass die von ihm erworbenen Vermögenswerte aus einer Straftat stammen. Bei ungenügender Gegenleistung kann eine Teileinziehung erfolgen, oder es wird analog der Ersatzforderung eine Ausgleichszahlung verlangt. Abs. 2 ist analog auf Inhaber beschränkter dinglicher Rechte anwendbar. Nicht geschützt werden obligatorische Rechte. (Abs. 3) Die längere Verjährungsfrist ergibt sich aus Art. 70 Abs. 1 und 2 StGB bzw. Art. 75^{bis} StGB. Der Grund für diese Regelung liegt darin, dass, wo kein Täter vorhanden ist, das staatliche Zugriffsrecht wegen der Rechtssicherheit zeitlich begrenzt werden muss.
 - **Ziff. 2 (Ersatzforderung):** (Abs. 1) vorausgesetzt ist, dass die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte (auch vertretbare Sache) nicht mehr vorhanden sind (verbraucht, versteckt, veräussert). Die übrigen Anordnungsvoraussetzungen entsprechen denen der Einziehung; diese ist subsidiär. Gegenüber einem bösgläubigen Dritten ist die Ersatzforderung immer auszusprechen. (Abs. 2) Gedacht ist an ohnehin zahlungsunfähige Betroffene und an Straftäter, deren Resozialisierung nicht durch eine drückende Schuldenlast erschwert werden soll. (Abs. 3) Hier geht es darum, den Gleichlauf zwischen Einziehung und Ersatzforderung zu sichern, d.h., es soll verhindert werden, dass der Betroffene Vermögensverschiebungen vornehmen kann, um sich als zahlungsunfähig erscheinen lassen zu können. Der Hinweis auf das SchKG

schützt insbes. Unterhaltszahlungen und das Existenzminimum.

- **Ziff. 3 (kriminelle Organisation):** es soll der Zugriff auf das Betriebskapital krimineller Organisationen erleichtert werden. Für die Verfügungsmacht ausschlaggebend ist nicht die rechtliche, sondern die wirtschaftliche Berechtigung. Ist jemand nach Art. 260^{ter} StGB strafbar, wird hinsichtlich ihrer Vermögenswerte die einziehungsbegründende Verfügungsmacht der kriminellen Organisation von Gesetzes wegen vermutet. Es liegt eine Beweislastumkehr vor; der Betroffene kann die Vermutung durch einen Gegenbeweis beseitigen. Dazu geeignet ist auch der Nachweis des legalen Erwerbs des betreffenden Vermögenswertes.

Beschlagnahme: die Sicherstellung von Gegenständen wie Urkunden, Verbrechenswerkzeugen und -erlös. Sie ist eine Zwangsmassnahme, durch die Sachen der freien Verfügung einer Person entzogen und der Verfügung des Staates zu bestimmten Zwecken unterworfen werden.

- **Beweismittel- oder Individualbeschlagnahme:** dient der Beschaffung und unverfälschten Erhaltung von Beweismitteln, die insbesondere für einen Augenscheins- oder Urkundenbeweis in Betracht fallen. Sowohl bei beschuldigten als auch bei nicht beschuldigten Personen möglich. Als akzessorischer Schutz des Zeugnisverweigerungsrechts besteht im Sinne eines Beweisverwertungsverbots ein Beschlagnahmeverbot für beschlagnahmefreie Gegenstände.
- **Einziehungsbeschlagnahme:** die Beschlagnahme von Gegenständen, deren Einziehung oder Verfall an den Staat in Frage kommt oder die sich der Täter durch die strafbare Handlung angeeignet hat und die dem Berechtigten zurückerstattet werden sollen; Art. 59 StGB und Spezialgesetze.
- **Vermögensbeschlagnahme:** in einigen Kantonen zur Sicherstellung künftiger Verfahrens- und Vollstreckungskosten sowie einer allfälligen Busse. Nach Art. 44 SchKG nur für öffentlichrechtliche Ansprüche; die Beschlagnahme zugunsten des Geschädigten ist nur zulässig, wenn ihm die Vermögensstücke direkt durch die Straftat entzogen wurden.

pretium: Kaufpreis.

- sceleris: Verbrechenslohn
- stupri: Hurenlohn

Aus: Peter Metzger, Schweizerisches juristisches Wörterbuch, einschliesslich Versicherungsrecht mit Synonymen und Antonymen, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2005

Der SAV teilt mit La FSA vous informe

Werbebrief des Touring Club Schweiz TCS löst Kopfschütteln aus

Für grosse Aufregung und Verwirrung unter den Empfängern sorgte im Sommer eine unter dem fingierten Kanzleinamen «Abriss & Partner» an ca. 300 000 Personen verschickte Werbung des Touring Club Schweiz: Betreff: Verkehrsunfall vom 24.03.2009. Kosten: CHF 86 000.– (wovon CHF 77 000.– Anwaltskosten, CHF 6 000.– Gerichtskosten und CHF 3 000.– Kosten für ein medizinisches Gutachten), zahlbar innert 10 Tagen. Auf der Rückseite der Werbung die Erläuterung: Mit einer Assista TCS Rechtsschutzversicherung passiert Ihnen das nicht – schon ab CHF 86.– für 1 Jahr.

Der SAV reagierte postwendend

auf die vermeintlich lustig gemeinte und unnötig herabsetzende Werbeaktion mit einer Abmahnung vom 19. August 2009:

«Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) hat von der Werbekampagne der Assista TCS «Anwaltskanzlei Abriss & Partner» Notiz genommen. Wahrscheinlich war man bemüht, der Werbebotschaft eine witzige Note zu geben.

Dass es einem Unternehmen Ihres Renommées offensichtlich daran liegt, Kunden, welche in vermeintliche Notsituationen gelangen könnten, mittels krass überzeichneter und unnötig verletzender Bilder auf Kosten weiterer in die Rechtsschutz-Dienstleistung eingebundene Vertragspartner anzusprechen und anzuwerben, muss bedenklich stimmen.

Mit den gewählten Bildern unterstellen Sie der Anwaltschaft bewusst suggestiv Übervorteilung, Inkompetenz und Verstaubtheit. Damit haben Sie aus unserer Sicht nicht nur unnötigerweise über das Ziel hinausgeschossen, Sie haben damit auch klar die Grenze des rechtlich Vertretbaren überschritten.

Im Sinne des Ihnen in dieser Sache vom Zürcherischen Anwaltsverband zugestellten Schreibens gleichen Datums gehen wir davon aus, dass Sie auf die weitere Verwendung dieser Werbung, sei es mittels Versand, sei es über Inserate oder andere Auftritte in den Medien, verzichten. Nötigenfalls werden auch wir uns die Einleitung rechtlicher Schritte vorbehalten.»

... und der TCS entschuldigt sich

mit Schreiben vom 20. August 2009:

«Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 19. August 2009 und möchten hierzu wie folgt Stellung nehmen:

Im Rahmen einer Werbeaktion für den ASSISTA Rechtsschutz haben wir rund 300 000 Personen mit dem erwähnten Mailing angeschrieben, um auf die möglichen finanziellen Gefahren eines Rechtsstreits aufmerksam zu machen. Das Mailing ist Teil

einer Kampagne, die vor zwei Wochen mit Inseraten und Online gestartet wurde.

Um die Empfänger des Mailings auf das wenig bekannte Thema Rechtsschutz zu sensibilisieren, haben wir die Umsetzung über diese fiktive Rechnung gewählt. Die Auflösung des Schreibens wird jedoch bereits auf der ersten Seite in fetter, grüner Schrift angedeutet. Auf der Rückseite des Briefes findet sich dann die komplette Erklärung der Werbeaktion.

Das Mailing hat zahlenmässig sehr wenig negative Reaktionen ausgelöst. Diese wenigen Reaktionen waren aber dafür sehr heftig, vor allem bei Personen, die den Brief nicht zu Ende gelesen und die Rechnung irrtümlich für echt befunden haben.

Wir möchten Ihnen hiermit bestätigen, dass es sich bei der gewählten Umsetzung der fiktiven Rechnung der Anwaltskanzlei «Abriss & Partner» in der Höhe von CHF 86 000.– um eine einmalige Mailing-Aktion gehandelt hat. Wir werden diese dramatisierte Werbebotschaft in dieser Form nicht mehr verwenden.

Es ist uns jedoch ein Anliegen, Ihnen hiermit zu versichern, dass es bei dieser Werbekampagne in keinsten Weise unsere Absicht war, das Ansehen des Anwaltsverbandes herabzusetzen. Für die dadurch ausgelösten Reaktionen entschuldigen wir uns bei Ihnen in aller Form und danken Ihnen für Ihr Verständnis.»

Désapprobation d'une lettre publicitaire du Touring Club Suisse TCS

Cet été, le Touring Club Suisse a provoqué l'irritation générale et une grande confusion auprès de 300 000 personnes qui ont reçu une fausse facture avec en-tête de l'Etude (fictive) «Abriss et associés». La lettre comportait un «Concerne: accident de la circulation routière du 24 mars 2009» et mentionnait des frais totaux de CHF 86 000.– (dont CHF 77 000.– pour les honoraires de l'avocat, CHF 6 000.– pour les frais judiciaires et CHF 3 000.– pour une expertise médicale), le tout payable dans les 10 jours. Au verso de cette fausse facture, la publicité indiquait que celui qui contractait une protection juridique Assista du TCS, avec une prime annuelle minimale de CHF 86.–, pouvait éviter ce genre de situations.

La FSA a immédiatement réagi

à cette publicité prétendument drôle et inutilement dénigrante en donnant, le 19 août 2009, l'avertissement suivant:

«Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) hat von der Werbekampagne der Assista TCS «Anwaltskanzlei Abriss & Partner» Notiz genommen. Wahrscheinlich war man bemüht, der Werbebotschaft eine witzige Note zu geben.

Dass es einem Unternehmen Ihres Renommées offensichtlich daran liegt, Kunden, welche in vermeintliche Notsituationen ge-

langen könnten, mittels krass überzeichneter und unnötig verletzender Bilder auf Kosten weiterer in die Rechtsschutz-Dienstleistung eingebundene Vertragspartner anzusprechen und anzuwerben, muss bedenklich stimmen.

Mit den gewählten Bildern unterstellen Sie der Anwaltschaft bewusst suggestiv Übervorteilung, Inkompetenz und Verstaubtheit. Damit haben Sie aus unserer Sicht nicht nur unnötigerweise über das Ziel hinausgeschossen, Sie haben damit auch klar die Grenze des rechtlich Vertretbaren überschritten.

Im Sinne des Ihnen in dieser Sache vom Zürcherischen Anwaltsverband zugestellten Schreibens gleichen Datums gehen wir davon aus, dass Sie auf die weitere Verwendung dieser Werbung, sei es mittels Versand, sei es über Inserate oder andere Auftritte in den Medien, verzichten. Nötigenfalls werden auch wir uns die Einleitung rechtlicher Schritte vorbehalten.»

... et le TCS présente ses excuses

par lettre du 20 août 2009:

«Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 19. August 2009 und möchten hierzu wie folgt Stellung nehmen:

Im Rahmen einer Werbeaktion für den ASSISTA Rechtsschutz haben wir rund 300 000 Personen mit dem erwähnten Mailing angeschrieben, um auf die möglichen finanziellen Gefahren eines Rechtsstreits aufmerksam zu machen. Das Mailing ist Teil einer Kampagne, die vor zwei Wochen mit Inseraten und Online gestartet wurde.

Um die Empfänger des Mailings auf das wenig bekannte Thema Rechtsschutz zu sensibilisieren, haben wir die Umsetzung über diese fiktive Rechnung gewählt. Die Auflösung des Schreibens wird jedoch bereits auf der ersten Seite in fetter, grüner Schrift angedeutet. Auf der Rückseite des Briefes findet sich dann die komplette Erklärung der Werbeaktion.

Das Mailing hat zahlenmässig sehr wenig negative Reaktionen ausgelöst. Diese wenigen Reaktionen waren aber dafür sehr heftig, vor allem bei Personen, die den Brief nicht zu Ende gelesen und die Rechnung irrtümlich für echt befunden haben.

Wir möchten Ihnen hiermit bestätigen, dass es sich bei der gewählten Umsetzung der fiktiven Rechnung der Anwaltskanzlei «Abriss & Partner» in der Höhe von CHF 86 000.– um eine einmalige Mailing-Aktion gehandelt hat. Wir werden diese dramatisierte Werbebotschaft in dieser Form nicht mehr verwenden.

Es ist uns jedoch ein Anliegen, Ihnen hiermit zu versichern, dass es bei dieser Werbekampagne in keinsten Weise unsere Absicht war, das Ansehen des Anwaltsverbandes herabzusetzen. Für die dadurch ausgelösten Reaktionen entschuldigen wir uns bei Ihnen in aller Form und danken Ihnen für Ihr Verständnis.»

Artikel im Schweizer Beobachter: «Anwälte gewinnen immer»

Unter dieser Überschrift nimmt Redaktor Dominik Strebel in der Ausgabe 26/2009 auf Seite 8 Stellung zum Entscheid des Bundesgerichts BGE 135 III 259.

Dem SAV wurden vorgängig Fragen zur Stellungnahme unterbreitet. Der Vorstand SAV möchte den SAV-Mitgliedern nachstehend seine Antworten an die Redaktion nicht vorenthalten. Der aufmerksame Leser wird sich seine eigene Meinung zum Ergebnis im Bericht bilden können.

Antworten des SAV zu den vom Beobachter gestellten Fragen

1. Muss man in der Schweiz nach diesem Bundesgerichtsentscheid damit rechnen, dass ein Anwalt nun plötzlich nach dem Prozessgewinn ein einseitig festgesetztes horrendes Honorar fordert und höchsttrichterlich auch fordern darf?

Wenn von vornherein eine klare Honorarvereinbarung abgeschlossen wurde, muss man nicht damit rechnen, dass ein Anwalt plötzlich nach dem Prozessgewinn ein einseitig festgesetztes Honorar fordert. Die Anwältin/der Anwalt ist standesrechtlich verpflichtet, klare Verhältnisse gegenüber der Klientschaft zu schaffen. Die Frage der Kosten/der Honorierung muss Gegenstand der Erstberatung sein. Dabei geht es in aller Regel um die individuelle, dem Fall angepasste Festlegung des Honorars (Honorarvereinbarung). Wurde eine solche Honorarvereinbarung pflichtgemäss abgeschlossen, gilt diese und der Anwalt darf nicht von sich aus davon abweichen (*pacta sunt servanda!*). Art. 12 lit. i BGFA sieht vor, dass Anwältinnen und Anwälte ihre Klienten bei der Übernahme des Mandats über die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung aufzuklären haben. Die gute Honorarvereinbarung spricht sich nicht nur über die grundsätzliche Entgeltlichkeit des Auftrags, sondern auch über die Höhe bzw. die Berechnung des Honorars aus. Die nachträgliche Ermittlung des angemessenen und üblichen ist stets unersperrlich und belastet das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klient. Es ist daher zu empfehlen, schon zu Beginn jedes Mandats eine Vereinbarung über das Honorar und die Grundsätze seiner Bemessung zu treffen.

Bei der Festlegung von Art und Höhe der Vergütung sind Anwalt und Klient grundsätzlich frei. Das BGFA äussert sich nicht zur Angemessenheit einer vereinbarten Vergütung. Die Parteien können die Höhe der Vergütung im Voraus abschliessend festlegen (Pauschalhonorar) oder auch nur die massgebenden Berechnungselemente (beispielsweise Interessenwert,) nach denen die Vergütung später definitiv bestimmt wird, festsetzen. Wenn keine Honorarvereinbarung geschlossen wurde, und der Klient das Mandat trotzdem erteilt hat, hat zwar der Anwalt einen Verstoß gegen die Berufsregeln begangen, aber dies ist nur unter diesem Aspekt zu ahnden und hat keine Konsequenzen auf das geschuldete Honorar. Dieses wäre im Streitfall durch den Zivilrichter zu bestimmen.

2. Sind die Ständeregeln und der Bundesgerichtsentscheid nicht ein Dammbuch für das Erfolgshonorar? Wird das in der Schweiz nun auch Schule machen?

Wie bereits dargelegt, kann die Vergütung im Sinne eines Pauschalhonorars zum Voraus abschliessend festgelegt werden, oder es können die massgebenden Berechnungselemente, nach denen die Vergütung später definitiv bestimmt wird, festgesetzt werden. Hiefür werden meist die im Genfer Anwaltsgesetz exemplarisch aufgezählten Berechnungselemente zur Anwendung gelangen. Damit liegt keine Verletzung des Art. 12 lit. e BGFA vor, welcher die Vereinbarung einer Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar verbietet (Erfolgshonorar). Unzulässig ist der Abschluss einer Honorarvereinbarung, welche dem Anwalt das Wahlrecht überlässt, erst bei der Rechnungsstellung zu entscheiden, ob er das Honorar nach Aufwand oder nach Interessenwert berechnen will. Ein solcher Freipass widerspricht sowohl den auftragsrechtlichen Aufklärungs- und Treuepflichten, wie auch der berufsrechtlichen Pflicht zur Schaffung klarer Rechtsverhältnisse. Haben Anwalt und Klient das Honorar nach Prozents des Interessenwerts festgelegt, liegt ein sogenanntes wertbezogenes Honorar vor. Hier kann der Klient aber nachträglich stets den Einwand erheben, die Vergütungen entsprechen nicht den geleisteten Diensten, seien somit objektiv unangemessen. Zuständig für die Überprüfung der Angemessenheit der geforderten Vergütung ist grundsätzlich der Richter. Von einem Dammbuch kann daher auch mit dem vorliegenden Bundesgerichtsurteil nicht gesprochen werden.

3. Art. 12 lit. E BGFA verbietet Erfolgshonorare klar. Wie begründet der SAV, dass gemäss Ständerecht Erfolgshonorare trotzdem möglich sind, obwohl dies gegen Bundesrecht verstösst?

Im vorliegenden Fall geht es nicht um ein Erfolgshonorar, sondern um ein Streitwerthonorar ohne klar definierte Zahlen. Ein klassisches Erfolgshonorar liegt dann vor, wenn der Erfolg allein und anstelle der übrigen Vereinbarungskriterien tritt und zudem vereinbart wird, dass der Anwalt infolge eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar verzichtet. Dies ist gemäss BGFA verboten.

4. Gleichzeitig darf gemäss BGFA der Anwalt im Misserfallsfall nicht auf ein Honorar verzichten. Gemäss BGFA-Newsletter Nr. 8 des SAV muss der Anwalt ein Basisonorar verrechnen, das neben der reinen Kostendeckung zumindest einen angemessenen Honoraranteil enthält. Haben die Anwälte damit «Figgi und Mühli»? Im Misserfolg kassieren sie eh ein akzeptables Honorar, im Erfolgsfall können sie das Honorar bis zu verdreifachen? Wie kann man das begründen?

Der BGFA-Newsletter Nr. 8 des SAV unterstreicht, dass ein reines Erfolgshonorar nicht vereinbart werden darf. Nur ein sol-

ches unerlaubtes Honorar kennt das Alles-oder-nichts-Prinzip. Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass der Klient aufgrund einer getroffenen Absprache nach Prozents des Interessenwerts stets den Einwand erheben kann, die Vergütung entspreche nicht dem geleisteten Dienste, sei somit objektiv unangemessen. Hierüber hat letztendlich der Richter zu entscheiden.

5. Hinter dem Verbot des Erfolgshonorars, das bis 2002 unangefochten gegolten hat, steht der Gedanke, dass der Anwalt kein Eigeninteresse am Verfahren seines Klienten haben darf. Ist dieser Grundsatz nun über Bord geworfen? Gefährdet dies nicht die Unabhängigkeit des Anwalts?

Der SAV weist nochmals darauf hin, dass es verboten ist, ein klassisches Erfolgshonorar zu vereinbaren. Die Einführung eines solchen ist in der Schweiz kein Thema. Somit ist auch ausgeschlossen, dass der Anwalt «honorarbedingt» ein Eigeninteresse am Verfahren seines Klienten haben kann. Die Unabhängigkeit des Anwalts ist nach wie vor sichergestellt.

6. Beim Genfer Entscheid konnte das Anwaltsbüro das Honorar ohne Rücksprache mit dem Klienten verdreifachen, weil es sich direkt auf das kantonale Anwaltsgesetz abstützte. Ist das o.k.?

7. Zudem meint das Bundesgericht, es sei egal, ob das Genfer Anwaltsbüro vorgängig über diese Honorargrundsätze informierte oder nicht (es bestand keine Honorarvereinbarung). Ist das o.k.?

Antworten zu 6 & 7: Gemäss Art. 12 lit. i BGFA habe die Anwältinnen und Anwälte bei Übernahme des Mandats die Klienten über die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung aufzuklären. Wer dieser Pflicht nicht nachkommt, verstösst gegen die einschlägigen Bestimmungen.

Article paru dans le Schweizer Beobachter: «Les avocats gagnent toujours»

C'est sous le titre «Anwälte gewinnen immer» que le journaliste Dominik Strebel prend position, dans l'édition du Beobachter 26/2009 à page 8, sur la décision rendue par le Tribunal fédéral et publiée aux ATF 135 III 259.

Les questions ont été soumises préalablement à la FSA pour prise de position. Le Conseil de la FSA vous livre ici les réponses données à la rédaction du Beobachter. Le lecteur attentif pourra se forger sa propre opinion.

Voici les réponses de la FSA aux questions posées par le Beobachter

1. Muss man in der Schweiz nach diesem Bundesgerichtsentscheid damit rechnen, dass ein Anwalt nun plötzlich nach dem Prozessgewinn ein einseitig festgesetztes horrendes Honorar fordert und höchsttrichterlich auch fordern darf?

Wenn von vornherein eine klare Honorarvereinbarung abgeschlossen wurde, muss man nicht damit rechnen, dass ein Anwalt plötzlich nach dem Prozessgewinn ein einseitig festgesetztes Honorar fordert. Die Anwältin/der Anwalt ist standesrechtlich verpflichtet, klare Verhältnisse gegenüber der Klientschaft zu schaffen. Die Frage der Kosten/der Honorierung muss Gegenstand der Erstberatung sein. Dabei geht es in aller Regel um die individuelle, dem Fall angepasste Festlegung des Honorars (Honorarvereinbarung). Wurde eine solche Honorarvereinbarung pflichtgemäss abgeschlossen, gilt diese und der Anwalt darf nicht von sich aus davon abweichen (*pacta sunt servanda!*). Art. 12 lit. i BGFA sieht vor, dass Anwältinnen und Anwälte ihre Klienten bei der Übernahme des Mandats über die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung aufzuklären haben. Die gute Honorarvereinbarung spricht sich nicht nur über die grundsätzliche Entgeltlichkeit des Auftrags, sondern auch über die Höhe bzw. die Berechnung des Honorars aus. Die nachträgliche Ermittlung des angemessenen und üblichen ist stets unerspriesslich und belastet das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klient. Es ist daher zu empfehlen, schon zu Beginn jedes Mandats eine Vereinbarung über das Honorar und die Grundsätze seiner Bemessung zu treffen.

Bei der Festlegung von Art und Höhe der Vergütung sind Anwalt und Klient grundsätzlich frei. Das BGFA äussert sich nicht zur Angemessenheit einer vereinbarten Vergütung. Die Parteien können die Höhe der Vergütung im Voraus abschliessend festlegen (Pauschalhonorar) oder auch nur die massgebenden Berechnungselemente (beispielsweise Interessenwert) nach denen die Vergütung später definitiv bestimmt wird, festsetzen. Wenn keine Honorarvereinbarung geschlossen wurde, und der Klient das Mandat trotzdem erteilt hat, hat zwar der Anwalt einen Verstoß gegen die Berufsregeln begangen, aber dies ist nur unter diesem Aspekt zu ahnden und hat keine Konsequenzen auf das geschuldete Honorar. Dieses wäre im Streitfall durch den Zivilrichter zu bestimmen.

2. Sind die Standesregeln und der Bundesgerichtsentscheid nicht ein Dammbuch für das Erfolgshonorar? Wird das in der Schweiz nun auch Schule machen?

Wie bereits dargelegt kann die Vergütung im Sinne eines Pauschalhonorars zum Voraus abschliessend festgelegt werden, oder es können die massgebenden Berechnungselemente, nach denen die Vergütung später definitiv bestimmt wird, festgesetzt werden. Hiefür werden meist die im Genfer Anwaltsgesetz exemplarisch aufgezählten Berechnungselemente zur Anwendung gelangen. Damit liegt keine Verletzung des Art. 12 lit. e BGFA vor, welcher die Vereinbarung einer Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar verbietet (Erfolgshonorar). Unzulässig ist der Abschluss einer Honorarvereinbarung, welche dem Anwalt das Wahlrecht überlässt, erst bei der Rechnungsstellung zu entscheiden, ob er das Honorar nach Aufwand oder nach Interessenwert berechnen will. Ein solcher Freipass widerspricht sowohl den auftragsrechtlichen Aufklärungs- und Treuepflichten, wie auch der berufsrechtlichen Pflicht zur

Schaffung klarer Rechtsverhältnisse. Haben Anwalt und Klient das Honorar nach Prozentsätzen des Interessenwerts festgelegt, liegt ein sogenanntes wertbezogenes Honorar vor. Hier kann der Klient aber nachträglich stets den Einwand erheben, die Vergütungen entsprechen nicht den geleisteten Diensten, seien somit objektiv unangemessen. Zuständig für die Überprüfung der Angemessenheit zur geforderten Vergütung ist grundsätzlich der Richter. Von einem Dammbuch kann daher auch mit dem vorliegenden Bundesgerichtsurteil nicht gesprochen werden.

3. Art. 12 lit. E BGFA verbietet Erfolgshonorare klar. Wie begründet der SAV, dass gemäss Standesrecht Erfolgshonorare trotzdem möglich sind, obwohl dies gegen Bundesrecht verstösst?

Im vorliegenden Fall geht es nicht um ein Erfolgshonorar, sondern um ein Streitwerthonorar ohne klar definierte Zahlen. Ein klassisches Erfolgshonorar liegt dann vor, wenn der Erfolg allein und anstelle der übrigen Vereinbarungskriterien tritt und zudem vereinbart wird, dass der Anwalt infolge eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar verzichtet. Dies ist gemäss BGFA verboten.

4. Gleichzeitig darf gemäss BGFA der Anwalt im Misserfallsfall nicht auf ein Honorar verzichten. Gemäss BGFA-Newsletter Nr. 8 des SAV muss der Anwalt ein Basishonorar verrechnen, das neben der reinen Kostendeckung zumindest einen angemessenen Honoraranteil enthält. Haben die Anwälte damit Figgi und Mühlhölzli? Im Misserfolg kassieren sie eh ein akzeptables Honorar, im Erfolgsfall können sie das Honorar bis zu verdreifachen? Wie kann man das begründen?

Der BGFA-Newsletter Nr. 8 des SAV unterstreicht, dass ein reines Erfolgshonorar nicht vereinbart werden darf. Nur ein solches unerlaubtes Honorar kennt das Alles-oder-nichts-Prinzip. Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass der Klient aufgrund einer getroffenen Absprache nach Prozentsätzen des Interessenwerts stets den Einwand erheben kann, die Vergütung entspreche nicht dem geleisteten Dienste, sei somit objektiv unangemessen. Hierüber hat letztendlich der Richter zu entscheiden.

5. Hinter dem Verbot des Erfolgshonorars, das bis 2002 unangefochten gegolten hat, steht der Gedanke, dass der Anwalt kein Eigeninteresse am Verfahren seines Klienten haben darf. Ist dieser Grundsatz nun über Bord geworfen? Gefährdet dies nicht die Unabhängigkeit des Anwalts?

Der SAV weist nochmals darauf hin, dass es verboten ist, ein klassisches Erfolgshonorar zu vereinbaren. Die Einführung eines solchen ist in der Schweiz kein Thema. Somit ist auch ausgeschlossen, dass der Anwalt «honorarbedingt» ein Eigeninteresse am Verfahren seines Klienten haben kann. Die Unabhängigkeit des Anwalts ist nach wie vor sichergestellt.

6. Beim Genfer Entscheid konnte das Anwaltsbüro das Honorar ohne Rücksprache mit dem Klienten verdreifachen, weil es sich direkt auf das kantonale Anwaltsgesetz abstützte. Ist das o.k.?

7. Zudem meint das Bundesgericht, es sei egal, ob das Genfer Anwaltsbüro vorgängig über diese Honorargrundsätze informierte oder nicht (es bestand keine Honorarvereinbarung). Ist das o.k.?

Antworten zu 6 & 7: Gemäss Art. 12 lit. i BGFA habe die Anwältinnen und Anwälte bei Übernahme des Mandats die Klienten über die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung aufzuklären. Wer dieser Pflicht nicht nachkommt, verstösst gegen die einschlägigen Bestimmungen. ■

Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

Zivilrecht/Droit civil

30. 10. 2009	St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
06. 11. 2009	Pflichten und Haftung von Treuhändern und Beratern	Zürich	Educaris AG, Jungholzstrasse 43, Postfach, 8050 Zürich, Tel. 044 305 38 60, Fax 044 305 38 61, www.educaris.ch
18. 11. 2009	St. Galler Erbrechtstag	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
25. 11. 2009	St. Galler Tagung zum Eherecht	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
26. 11. 2009	Arbeitsunfähigkeit und Taggeld	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
15. 12. 2009	St. Galler Mietrechtstag	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch

Handelsrecht/Droit commercial

27. 10. 2009	St. Galler Aktienrechtsforum 2009 – Gesteigerte Anforderungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
30. 10. 2009	Vortrag: Neuerungen im Rechnungslegungsrecht	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
10. 11. 2009	Das neue Aktien- und Rechnungslegungsrecht	Zürich	Educaris AG, Jungholzstrasse 43, Postfach, 8050 Zürich, Tel. 044 305 38 60, Fax 044 305 38 61, www.educaris.ch
11. 11. 2009	Journée 2009 de droit bancaire et financière	Genève	Centre de droit bancaire et financière, Université de Genève – Uni Mail, 1211 Genève 4, Tél. 022 379 86 52, Fax 022 379 86 62, Gervais.Muja@unige.ch
13. 11. 2009	Trusts und Private Banking	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
20. 11. 2009	Das neue Aktien- und Rechnungslegungsrecht	Zürich	Educaris AG, Jungholzstrasse 43, Postfach, 8050 Zürich, Tel. 044 305 38 60, Fax 044 305 38 61, www.educaris.ch
26. 11. 2009	Kapitalmarkttransaktionen V	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
27. 11. 2009	Vortrag: Aktuelle Entwicklungen im Privatrecht – Was hat die Praxis zu erwarten?	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
27. 11. 2009	Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
01. 12. 2009	Erfahrungen mit dem neuen Revisionsrecht	Zürich	Educaris AG, Jungholzstrasse 43, Postfach, 8050 Zürich, Tel. 044 305 38 60, Fax 044 305 38 61, www.educaris.ch

Zivilprozessrecht/SchKG/Code de procédure civile/LP

28. 10. 2009	Le règlement amiable des conflits dans le nouveau code de procédure civile (CPC)	Lausanne	CEDIDAC, Formation continue, Université de Lausanne, Bâtiment Internef, 1015 Lausanne, Tel. 021 692 28 50, Fax 021 692 28 55, cedidac@unil.ch, www.cedidac.ch
--------------	--	----------	---

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

13. 11. 2009	Strafprozessrecht im Übergang	Basel	Juristische Fakultät der Universität Basel, Koordinationsstelle «Recht aktuell», Peter Merian-Weg 8/Postfach, 4002 Basel, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch
08. 12. 2009	Schweizerische Strafprozessordnung – Ausgewählte Aspekte aus Zürcher Sicht	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat RA lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73

Öffentliches Recht/Droit public

29.-30. 10. 2009	Steuertagung 2009	Luzern	Educaris AG, Jungholzstrasse 43, Postfach, 8050 Zürich, Tel. 044 305 38 60, Fax 044 305 38 61, www.educaris.ch
30. 10. 2009	Gemeinderecht: Aktuelle Entwicklungen, insbesondere Gemeindefusionen	Basel	Juristische Fakultät der Universität Basel, Koordinationsstelle «Recht aktuell», Peter Merian-Weg 8/Postfach, 4002 Basel, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch
November 2009	Tagung zum Thema Europäische Menschenrechtskonvention	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
02. 11. 2009	17. internationales Europa Forum Luzern – Wettbewerbsfaktor Steuern/Symposium und öffentliche Veranstaltung	Luzern	Europa Forum Luzern, Horwerstrasse 87, 6005 Luzern, Tel. 041 318 37 87, Fax 041 318 37 10, info@europa-forum-luzern.ch, www.europa-forum-luzern.ch
25. 11. 2009	St. Galler Tagung zum öffentlichen Personalrecht	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
02. 12. 2009	Das neue Mehrwertsteuergesetz	Zürich	Educaris AG, Jungholzstrasse 43, Postfach, 8050 Zürich, Tel. 044 305 38 60, Fax 044 305 38 61, www.educaris.ch
08. 12. 2009	Das neue Mehrwertsteuergesetz	Bern	Educaris AG, Jungholzstrasse 43, Postfach, 8050 Zürich, Tel. 044 305 38 60, Fax 044 305 38 61, www.educaris.ch

18.12.2009	Das neue Mehrwertsteuergesetz	Zürich	Educaris AG, Jungholzstrasse 43, Postfach, 8050 Zürich, Tel. 044 305 38 60, Fax 044 305 38 61, www.educaris.ch
26.02.2010	LL.M. International Tax Law (Nachdiplomstudiengang: Dauer: 3 Semester)	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch , www.eiz.uzh.ch

Diverses/Divers

28.10.2009	Internationales Steuerrecht 2009 – ausgewählte Fragestellungen	Zürich	Educaris AG, Jungholzstrasse 43, Postfach, 8050 Zürich, Tel. 044 305 38 60, Fax 044 305 38 61, www.educaris.ch
02.11.2009	17. Internat. Europa Forum Luzern – Wettbewerbsfaktor Steuern – internationale Kontroversen	Luzern	Europa Forum Luzern, Horwerstrasse 87, 6005 Luzern, Tel. 041 318 37 87, Fax 041 318 37 10, info@europa-forum-luzern.ch , www.europa-forum-luzern.ch
03.11.2009	The 6 th Annual Conference on International Trust and Inheritance Law Practise	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch , www.eiz.uzh.ch
13.11.2009	Pharmarecht	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch
27.11.2009	1. Schweizerischer Notarenkongress	Bern	Schweizerischer Notarenverband SNV / FSN, Thunstrasse 164, Postfach, 3074 Muri b. Bern, Tel. 031 951 56 88, berger@becherpartner.ch , www.schweizerischer-notarenkongress.ch
07.–10.12.2009	Grundlagentraining GT I/09 «Chance Mediation» – Teil 2	Zürich	Egger, Philips + Partner AG, Frau Rosmarie Hofer, Fraumünsterstrasse 19, 8001 Zürich, Tel. 044 218 60 10, Fax 044 218 60 19, rosmarie.hofer@eggerphilips.ch , www.eggerphilips.ch
Mai 2010 – Dez. 2011	Mediation in Wirtschaft, Arbeitswelt und Öffentlichem Bereich – Diverse Module	St. Gallen	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch
14.–15.09.2010	Praxistraining PT I/10 «Advanced Mediation»	Zürich	Egger, Philips + Partner AG, Frau Rosmarie Hofer, Fraumünsterstrasse 19, 8001 Zürich, Tel. 044 218 60 10, Fax 044 218 60 19, rosmarie.hofer@eggerphilips.ch , www.eggerphilips.ch

Verschiedene Veranstaltungen/Autres manifestations

International

WS 2009/2010	Weiterbildender Masterstudiengang Gewerblicher Rechtsschutz (LL.M.)	Düsseldorf, Deutschland	Zentrum für Gewerblichen Rechtsschutz, Universitätsstrasse 1, DE-40 225 Düsseldorf, Tel. 0 049 211 81 11 587, Fax 0 049 211 81 11 741, info@gewrs.de , www.gewrs.de
23.–24.11.2009	Practical Aspects of Proceedings before the CFI and the ECJ	Trier, Deutschland	ERA Congress Centre, Metzger Allee 4, DE-54 206 Trier, Tel. 0049 (0)651 937 370, Fax 0049 (0) 651 937 37 90, info@era.int , www.era.int
25.–26.11.2009	Annual Conference on European Direct Taxation Law 2009	Trier, Deutschland	ERA Congress Centre, Metzger Allee 4, DE-54 206 Trier, Tel. 0049 (0)651 937 370, Fax 0049 (0) 651 937 37 90, info@era.int , www.era.int
26.–27.11.2009	Annual Conference on European VAT Law 2009	Trier, Deutschland	ERA Congress Centre, Metzger Allee 4, DE-54 206 Trier, Tel. 0049 (0)651 937 370, Fax 0049 (0) 651 937 37 90, info@era.int , www.era.int
14.06.–25.06.2010	International Commercial Law Seminar	Köln, Deutschland	International Programs, School of Law an UC Davis Extension, 1333 Research Park Drive, Davis CA 95618–4852, Tel. 001 (530) 757 8596, Fax 001 (530) 757 8596, lawinfo@unexmail.ucdavis.edu , www.extension.usdavis.edu/international/law
11.07.–07.08.2010	Orientation in U.S.A. Law	California/USA, Davis	International Programs, School of Law an UC Davis Extension, 1333 Research Park Drive, Davis CA 95618–4852, Tel. 001 (530) 757 8596, Fax 001 (530) 757 8596, lawinfo@unexmail.ucdavis.edu , www.extension.usdavis.edu/international/law

