

H.-P. Hegetschweizer	<b>Editorial</b>	■ 155
<hr/>		
<b>Thema/Question du jour</b>		
Vincent Jeanneret	Prepack Insolvency: le bonheur est dans le «pre»	■ 159
<hr/>		
<b>Anwaltspraxis/Pratique du barreau</b>		
Peter Popp/ Andreas Seitz	Ausgleich von Untersuchungshaft	■ 163
Christiane Fruht	Trainingscamp Anwaltspraxis	■ 170
Hans-Rudolf Metzger	Echt oder unecht? – Echtheitsprüfung von Schriftmaterial	■ 174
Niels Schindler/ Sara Rousta	La clause de non-concurrence en droit du travail	■ 178
<hr/>		
<b>Rechtsprechung/Jurisprudence</b>		
<hr/>		
<b>Rechtsetzung/Législation</b>		
<hr/>		
<b>Anwaltsrecht/Droit de l'avocat</b>		
Ernst Staehelin	Interessenkollision: theoretische und reale Aspekte	■ 188
Beat von Rechenberg	Die Anwalts-Gesellschaft als Faktum	■ 190
	Statistik	■ 191
<hr/>		
<b>SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux</b>		
	Der SAV teilt mit/La FSA vous informe	■ 194
<hr/>		
<b>Agenda</b>		
		■ 197

## Impressum

**Anwaltsrevue/Revue de l'avocat**  
13. Jahrgang 2010/13<sup>e</sup> année 2010  
ISSN 1422-5778

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

**Zitervorschlag/Suggestion de citation**  
Anwaltsrevue 4/2010, S. 153 ff.  
Revue de l'avocat 4/2010, p. 153 ss

**Herausgeber/Edité 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  
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  
Zürichsee Zeitschriftenverlag  
Seestrasse 86  
8712 Stäfa  
Tel. 044 928 56 11  
Fax 044 928 56 00  
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. 198.–, € 141.–  
Studenten/Étudiants: Fr. 101.–, € 72.–  
Einzelheft/Numéro séparé: Fr. 25.–, € 18.–  
Mitglieder des SAV gratis/Membres FSA gratuit  
Alle Preise inkl. 2.4% MwSt.  
Kündigungen für die neue Abonnementperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. / La résiliation de l'abonne-

ment pour une nouvelle période doit être 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  
© Gestaltung, Umsetzung und Grafik  
by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des 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.



## Le droit en mobbement

### «Par harcèlement moral (mobbing) on entend . . .

. . . une souffrance infligée sur le lieu de travail de façon durable, répétitive et/ou systématique par une-des personnes à une-des autre-s personne-s, par tous moyens relatifs aux relations, à l'organisation, aux contenus ou aux conditions de travail, en les détournant de leur finalité, manifestant ainsi une intention consciente ou inconsciente de nuire voire de détruire».

Ce matin notre secrétaire, avec les croissants au beurre, pose ceci sous nos yeux ébahis; il s'agit d'un règlement désormais applicable ici et là depuis peu. Du genre «dispositif» (ça commence déjà bien, une belle journée en perspective . . .), et cheveu en quatre.

«Le dispositif est un organe de la Commission (. . .), composé:

#### a. d'une personne experte déléguée

Cette personne porte la responsabilité générale du dispositif anti-harcèlement.

Elle est spécialiste du domaine et est formée à la médiation.

#### b. d'un groupe de personnes de confiance

Les personnes de confiance sont formées à l'entretien d'écoute (*ah oui, quand même, on peut leur faire confiance alors*). Elles sont choisies parmi les employé-e-s soumis-e-s à la CCT. Le groupe est en principe constitué de représentant-e-s des deux sexes et est représentatif des secteurs d'activité.» (art. 6). *Nous voilà sauvés: plusieurs sexes et divers secteurs d'activités.*

«1. La procédure n'est ouverte ou poursuivie qu'avec l'accord explicite de la personne plaignante. Cette dernière (*sic*; «celle-ci» *aurait pu suffire*) peut à tout moment saisir la justice. Dans ce cas elle informe la personne de confiance et la direction de l'institution, ce qui met un terme immédiat à la procédure du dispositif anti-harcèlement.

2. En cas de situations collectives, la procédure se poursuit avec les plaignant-e-s (*-ent - ions - ionnes - ieurs - ieuses - resses*) qui donnent leur accord. Si aucun-e plaignant-e ne donne son accord, la procédure s'arrête. (. . .)».

«1. La personne ou le groupe de personne qui se considère victime de harcèlement psychologique ou sexuel appelle la personne de confiance de son choix (. . .)

4. La personne de confiance appelée conduit l'entretien initial au cours duquel elle informe le-la plaignant-e de la procédure (. . .)

6. La personne de confiance rapporte à la personne experte déléguée sur (*sic*) la situation exposée par le-la plaignant-e. Lorsqu'une clarification de la situation est nécessaire (*ou jugée telle sur arrêt définitif et exécutoire rendu cinq ans plus tard par la Cour européenne des droits de l'homme-femme*), la personne experte déléguée convient (*sur ordre formel de la première Cour de droit public du Tribunal fédéral, en cas de recours dévolutif*) d'un second entretien avec le-la plaignant-e et la personne de confiance.

7. La personne experte déléguée et la personne de confiance peuvent décider de ne pas entrer en matière. (. . .)».

«1. La médiation est un processus dans lequel des parties en conflit confèrent librement et en toute confidentialité à un tiers neutre et indépendant l'autorité nécessaire au rétablissement d'un dialogue respectueux (*un concept assez nouveau en droit*) entre elles-mêmes (*entre elles aurait pu suffire, si déjà*). La médiation vise l'autonomisation (*sic*) des parties et la recherche de solutions équitables, pérennes (*re-sic*) et négociées.

2. (. . .) Elle est conduite par la personne experte déléguée et la personne de confiance, avec l'accord de la hiérarchie (*bonjour la précision*), laquelle est invitée à prévoir des solutions alternatives (plan B) (*pas de plan C à Z, on note au passage*) en cas d'échec de la médiation (. . .)».

«1. Une enquête peut être demandée. Elle tend à établir l'existence, ou non, de harcèlement.

2. L'enquête ne peut être menée sans l'accord préalable de la personne experte déléguée. Approuvée par cette dernière, l'enquête est obligatoire. (. . .)

La médiation ou l'enquête experte doivent être abandonnées lorsque les faits font apparaître une violation du droit manifeste, en particulier lors d'actes se poursuivant d'office. L'institution doit dans ces cas saisir la justice (*ouf. . . quoique*). La personne experte déléguée peut émettre une recommandation en ce sens».

Avec ça au moins tout est simple, clair et précis.

Hans-Philippe Hegetschweizer, Arteriosclérozmen







Vincent Jeanneret\*

## Prepack Insolvency: le bonheur est dans le «pre»

**Mots clés :** Entreprise en difficulté, cession d'activité, condition suspensive, sursis concordataire, procédure concordataire, ajournement de faillite, faillite

### I. Introduction

Il est reconnu depuis longtemps, en matière juridique, que toute nouveauté vient quasi systématiquement du monde anglo-saxon. Ce qui suit ne déroge pas à cette règle presque intangible. Nous tenterons brièvement de définir tout d'abord ce que sont les «prepacks» qui semblent maintenant s'imposer dans le domaine de la restructuration d'entreprises, notamment aux USA et au Royaume-Uni. Nous examinerons ensuite dans quelle mesure notre ordre juridique suisse peut s'accommoder de ces «prepacks» venus d'ailleurs. Enfin nous nous demanderons si en définitive, il n'y aurait pas lieu de se montrer restrictif dans cette pratique par rapport aux objectifs que notre droit de l'insolvabilité assigne aux organes en charge des procédures judiciaires d'insolvabilité, de par le Code des obligations ou la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, soit la défense des intérêts de la débitrice, mais aussi et surtout ceux de la communauté des créanciers.

### II. Tentative de description et de définition

L'expression «prepack» peut se traduire en français par «préemballé». C'est une manière plus ou moins délicate de décrire une situation dans laquelle pratiquement aucun choix n'est laissé aux intervenants qui sont mis en présence d'une situation de fait quasi incontournable.

En pratique, l'on impose à une entreprise en difficulté, à ses créanciers<sup>1</sup> et aux organes que la loi prévoit de désigner en cas de surendettement ou d'insolvabilité, une solution préétablie de transfert de l'activité opérationnelle à un tiers, qui sera mise en œuvre avec le concours des organes désignés, mais dans un laps de temps extrêmement court. En termes plus juridiques transposés en droit suisse, cela reviendrait à conclure, avant l'avis au juge du surendettement,<sup>2</sup> le jugement de faillite ou d'ajourne-

ment de faillite, ou le sursis concordataire, un contrat de vente d'actifs soumis à la condition suspensive de l'accord d'une autorité nommée par le Tribunal qui s'assurera qu'un tel accord est conforme à l'intérêt des créanciers. En cela, le contrat de transfert est «préemballé», dès lors qu'il ne manque plus que l'approbation d'une autorité pour le parfaire.

### III. Pour quelles raisons a-t-on fréquemment recours à des «prepacks»?

Le recours à des «prepacks» a été la conséquence d'un constat hélas bien souvent déploré: nos procédures de réorganisation – quelque modernes qu'elles soient – sont bien souvent inadaptées aux contraintes de l'époque que nous vivons où tout est appelé à se dérouler très vite. Et sur un marché de plus en plus compétitif, un acteur de la vie économique ne peut rester plus de quelques jours ou semaines sans certitudes sur son avenir, sans leadership, sans être à même de donner des garanties quasi immédiates à ses clients, à ses fournisseurs ou encore à ses employés, sous peine de disparaître. Enfin, la solution des «prepacks» est également née du constat que bien souvent les organes nommés par les tribunaux (commissaire au sursis, curateur ou leurs homologues étrangers), n'étaient tout simplement pas en mesure de relever tout à la fois le défi de prendre la mesure et le contrôle d'une entreprise en difficulté et, simultanément, de tout faire pour trouver dans le marché des solutions commerciales ou industrielles permettant d'éviter une liquidation brutale, synonyme de pertes d'emplois et de bradage des actifs. Dit autrement, nombre de procédures de réorganisation échouent en raison de l'absence de stratégie prédéfinie de cession à un tiers d'une exploitation certes mal en point mais encore en vie et, sous certaines conditions, viable.

### IV. Pour quelles raisons ne peut-on pas conclure un tel contrat de cession avant la procédure de réorganisation, sans le soumettre à une condition suspensive?

Bien souvent, le prix de cession des actifs et de l'exploitation, ainsi que la reprise de certains passifs, ne couvre pas, tant s'en faut, la valeur de ces postes au bilan. Il s'ensuit que la conséquence logique d'une cession «prepack» est l'incapacité subséquente de la débitrice de s'acquitter de toutes ses dettes. Si le repreneur est de surcroît un créancier ou – ce qui est souvent le cas – une société proche de l'actionnaire ou du management de l'entreprise en difficulté, il entend se mettre à l'abri de tout re-

\* Avocat, associé de l'étude Schellenberg Wittmer, Genève.

1 *DKLL Solicitors v. Revenue and Customs*, Court of Appeal – Chancery Division, March 06, 2007, [2007] EWHC 2067 (Ch). La Cour confirma la validité du «prepack» conclu, malgré l'opposition du créancier principal et son impossibilité de mettre son veto à l'opération envisagée. La décision de la Cour fut motivée par le fait que la vente «prepack» paraissait constituer la meilleure option pour sauver les cinquante postes de travail. La Cour arriva par ailleurs à la conclusion que les actifs de DKLL n'auraient pas pu être réalisés dans le cadre d'une liquidation pour un prix de vente équivalent. La Cour précisa enfin qu'elle était habilitée à autoriser une vente de l'activité de l'entreprise en difficulté même si la solution n'était pas soutenue par une majorité de créanciers.

2 Ceci ne vaut que pour les sociétés soumises à l'obligation d'informer le juge en cas de surendettement, soit les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives.

proche, et notamment éviter de faire l'objet d'une action de type révocatoire, voire d'une action pénale.

Or, même si l'onction donnée par un organe nommé par le juge ne vaut pas absolution, elle permet malgré tout à un tiers réputé indépendant et agissant dans l'intérêt des créanciers de vérifier que la solution «préemballée» est plus intéressante que toute autre solution. Dès lors la démonstration d'un acte lésionnaire au sens des art. 285 ss LP, voire de l'existence de la commission d'une infraction pénale intentionnelle par les organes de la débitrice, et d'une instigation par le tiers repreneur, seront difficiles à rapporter. Un «prepack» a pour avantage principal de mettre – en pratique – les différents intervenants à l'abri de toute remise en cause future de la transaction envisagée. Il permet également, le cas échéant, de résoudre des problèmes de conflit d'intérêt, lorsque l'acheteur est proche du vendeur, ou plus encore s'il en est une émanation.

## V. Le «prepack» en droit suisse. Examen selon le type de procédure

Quatre cas seront brièvement examinés: la vente pendant un ajournement de faillite (art. 725a CO), la vente en cours de sursis concordataire (298 al. 2 LP), la cession dans un concordat par abandon d'actif (art. 317 LP), et la cession en cours de faillite (art. 238 et 256 LP).

### a. L'ajournement de faillite

- Le texte de l'art. 725a CO ne fait pas mention de vente des actifs en cours d'ajournement de faillite, matière en l'état très sommairement traitée par un seul article du Code des obligations, qui pourrait toutefois être modifié prochainement et incorporé dans le sursis concordataire, qui servirait alors tant à la préparation d'un concordat judiciaire que d'un assainissement, par d'autres méthodes. Il convient toutefois de rappeler qu'un ajournement de la faillite ne doit être accordé que si le requérant prouve qu'un assainissement est possible et réalisable à moyen terme, et que le débiteur dispose de liquidités suffisantes pour éviter que la situation des créanciers ne soit péjorée du fait de l'ajournement de faillite, dont la durée maximale n'est pas précisée par la loi. Si le contrat de vente des actifs soumis à la condition suspensive de l'accord du curateur ne permet pas le retour *in bonis* de la société, l'ajournement devrait en théorie être refusé. En pratique, il sera cependant octroyé, mais probablement pour une durée relativement limitée, pour plusieurs raisons: d'une part, il n'est pas exclu qu'en parallèle de la cession le curateur puisse obtenir des abandons de créance de certains créanciers. D'autre part, le curateur peut recevoir la mission du juge de l'ajournement de tenter d'obtenir une amélioration des conditions financières de la cession.
- La mission du curateur sera fixée par le juge de l'ajournement qui tiendra alors compte de l'existence d'un «prepack». Le juge de l'ajournement pourra dès lors fixer dans son jugement un objectif précis au curateur, et l'autoriser à vendre les

actifs et faire reprendre certains passifs, même si la valeur globale de la transaction n'élimine pas le surendettement, mais offre une solution plus satisfaisante qu'une liquidation par voie de faillite.

- Le curateur pourra tenter de renégocier la valeur de reprise des actifs et tenter d'obtenir la reprise de davantage de passifs ou de contrats en cours par le repreneur.
- Le curateur pourra simultanément tenter de trouver un repreneur (white knight) disposé à faire une offre concurrente mieux-disante. Un processus d'enchères privées pourra alors être mis sur pied à très bref délai, pour valoriser au meilleur prix les actifs et passifs cédés, respectivement repris.
- Le curateur devra en quelque sorte s'assurer que le marché n'offre pas de meilleure valeur pour l'exploitation reprise par un tiers.
- Indépendamment du prix, le curateur devra, le cas échéant, renégocier les garanties données au repreneur, ou modifier les conditions contractuelles permettant de revoir le prix à la baisse, de sorte à éviter qu'à terme le prix ne soit finalement nettement inférieur en raison d'un système par trop désavantageux de garanties.
- Le curateur ne devra solliciter l'autorisation du juge que si le dispositif du jugement octroyant l'ajournement de faillite le prévoit expressément. Sinon, il pourra simplement se limiter à contresigner le contrat conclu sous la condition suspensive de son approbation, dans une version le cas échéant améliorée pour le vendeur.

### b. «Prepack» antérieur à un sursis concordataire

- Que ce soit dans un sursis concordataire provisoire ou dans un sursis concordataire ordinaire, le commissaire au sursis ne peut céder des actifs dits immobilisés sans l'accord du juge du concordat.<sup>3</sup> Par conséquent, si un «prepack» est conclu avant l'octroi d'un sursis concordataire, le juge devra rappeler que toute cession relève de son autorité, et qu'il ne statuera qu'au vu du préavis du commissaire.
- En pratique, le commissaire devra, à l'instar d'un curateur, s'assurer que la transaction conclue avant l'octroi du sursis concordataire est avantageuse pour les créanciers. Mais il devra vérifier également que la situation présente un caractère d'urgence tel que la vente ne peut attendre que l'on suive la procédure concordataire usuelle, soit qu'elle soit soumise au vote des créanciers, en étant incluse dans le concordat proprement dit.<sup>4</sup>

3 Art. 298 al. 1 LP; VOLLMAR, BSK-SchKG, n° 23 ad art. 298 LP. MARCHAND, Transfer of the debtor's enterprise during the composition moratorium, in: Peter/Jeandin/Kilborn (éd.), The challenges of insolvency law reform in the 21<sup>st</sup> Century, Zurich 2006, p. 426.

4 Une partie de la doctrine se prononce en faveur d'un transfert d'actifs durant le cours du sursis. Voir notamment VOLLMAR (note 3), n° 10 et 17 ss. ad art. 298 LP; WINKELMANN et al., BSK-SchKG, n° 10 ad art. 317 LP; MARCHAND/HARI, Le sursis concordataire, vecteur de transfert des entreprises commerciales, in: Droit des sociétés, Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, Bâle, Genève, Munich 2006, p. 110.

- Dans un jugement rendu dans le cadre de la vente de quasiment tous les actifs d'une société en sursis concordataire, le Tribunal de première instance de Genève avait retenu trois critères qui paraissent amplement justifiés dans le cas d'espèce, étant précisé qu'il ne s'agissait pas alors d'un «pre-pack» mais d'une cession intervenant durant le sursis concordataire:
  - La vente des actifs ne pouvait être différée, vu la situation délicate de la société, notamment sur le plan de la trésorerie et vu les exigences des fournisseurs, situation attestée par les commissaires au sursis;
  - Le prix finalement offert en cours de sursis paraissait justifié, notamment au vu du dividende qui pourrait être servi aux créanciers concordataires;
  - La vente intervenait au terme d'un processus de vente aux enchères privées qui avait permis à plusieurs intéressés de se manifester et de surenchérir. Il n'est pas certain que cette condition soit compatible avec un modèle «pre-pack», sauf si aucun autre acheteur n'est identifié par le commissaire, ou si aucun intéressé ne formule une offre supérieure à celle contenue dans le contrat conclu sous condition suspensive avant l'octroi du sursis concordataire.
- L'on rappellera que conformément à l'art. 305 LP le juge du concordat doit seulement vérifier que la solution offerte aux créanciers dans le cadre du concordat est plus favorable que celle offerte dans le cadre d'une liquidation par voie de faillite, et que le paiement des créanciers privilégiés est garanti par le repreneur. Le juge n'aura donc pas à entrer dans le détail du contrat si ce n'est pour vérifier que le prix de vente est tel qu'il permet de réaliser ces deux conditions.
- Cette solution est avantageuse en ce sens que les créanciers, par leur vote, indiquent s'ils sont satisfaits ou non de la solution de vente de l'entreprise qui leur a été soumise. De plus le juge doit opérer une vérification supplémentaire. L'on peut donc penser que cette manière de procéder, qui prévoit un double contrôle judiciaire et de la communauté des créanciers, permet d'éviter que l'opération prévue soit contraire à l'intérêt des créanciers. Elle est toutefois peu réaliste en pratique, car elle suppose que le débiteur concordataire soit mis au bénéfice d'un sursis concordataire d'au moins sept à huit mois, le temps de parvenir jusqu'à un jugement d'homologation en force. Or, dans nombre de cas, le débiteur ne peut résister aussi longtemps, que ce soit en raison de l'état de sa trésorerie ou de son activité (clients; fournisseurs, employés), sauf concours externe. La vente doit donc intervenir très souvent en amont, c'est-à-dire en cours de sursis.

### c. Vente de l'entreprise dans le cadre de l'homologation d'un concordat par abandon d'actifs à un tiers repreneur

- Ce type de vente de l'entreprise en activité a expressément été voulu par le législateur lors de la révision entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1997. Elle est prévue aux art. 317 ss LP. Le concordat avec fondation d'une société de sauvetage,<sup>5</sup> qui consiste en un transfert partiel ou total des biens du débiteur à une société en cours de fondation à laquelle adhéreront les créanciers proportionnellement au montant de leur créance,<sup>6</sup> recevant en contrepartie des parts de la nouvelle société, constitue une modalité d'exécution du concordat par abandon d'actifs, et est réservée aux cas où il paraît impossible ou peu avantageux de réaliser les actifs ou de les céder à un tiers.<sup>7</sup>
- En pratique, en adhérant au concordat qui leur est soumis, les créanciers concordataires consentent simultanément à la vente des actifs qu'il prévoit, sans que le liquidateur concordataire n'ait plus à intervenir par la suite. Seul le juge du concordat peut compléter le concordat, d'office ou sur requête d'un créancier participant.<sup>8</sup> Le concordat, qui est en fait un contrat de vente, comporte simplement une condition suspensive prévoyant son exécution à l'entrée en force du jugement d'homologation, après vérification du calcul de la double majorité.

### d. Vente après faillite

- Une vente de l'entreprise après ouverture d'une procédure de faillite n'est pas chose fréquente. En pratique, sauf exception rarissime, l'Office des faillites compétent procède à la fermeture des locaux et au licenciement de tous les employés, sitôt le jugement de faillite devenu exécutoire.
- L'existence d'une obligation contractuelle préexistante, quelle qu'elle soit, ne lie pas l'Office, car en application de l'art. 211 LP, l'administration de la faillite a bien souvent pour habitude de refuser d'exécuter tout contrat et d'inviter le cocontractant à faire valoir son dommage pour inexécution du contrat sous forme de production dans la faillite. *In casu*, le contrat «pre-pack» ne permettrait même pas une telle production dès lors qu'il serait soumis – sous forme d'une condition suspensive – à l'accord de l'administration de la faillite.
- Il n'en demeure pas moins qu'une telle offre peut parfaitement être acceptée par l'administration de la faillite. Elle peut simplement décider de traiter une telle cession comme une vente d'urgence au sens de l'art. 238 LP,<sup>9</sup> compte tenu de la dépréciation de certains biens et vu l'avantage retiré de la reprise de certains passifs, notamment de première classe. Il est également possible de soumettre cette vente par voie de circulaire à tous les créanciers, conformément à l'art. 256 al. 4 LP. Toutefois, cela suppose que l'appel aux créanciers soit intervenu et que l'état de collocation ait été déposé. Or, le suivi

5 «Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung» ou «Auffanggesellschaft».

6 Pour une étude complète du sujet, voir HURTER, *Der Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung*, thèse, Lucerne 1988, p. 1 ss (59).

7 ATF 74 I 353 (365).

8 Art. 306 al. 2 ch. 3 LP.

9 Pour une définition de la vente d'urgence, voir l'ATF 131 III 280 = SJ 2005 I 512; décision de l'autorité de surveillance du canton de Saint-Gall en matière de poursuites pour dettes et faillite du 22 novembre 1999, in: BLSchK 2000, p. 65 ss.

de cette procédure rend illusoire une reprise immédiate, ce qui intéresse en règle générale l'acquéreur.

- Il suit de là que la vente en cours de faillite ne peut intervenir que si elle est précédée d'une continuation de l'activité du failli, ce qui suppose que l'acheteur intéressé remette à l'Office des Faillites une garantie couvrant les pertes (appelées à devenir des dettes de masse), pour la durée prévisible de l'exploitation provisoire. Il est peu vraisemblable que le repreneur intéressé accepte de rentrer dans un tel processus, s'il n'est pas certain de remporter la vente. Il conviendra alors, à tout le moins, de mettre à la charge de l'acquéreur la couverture des dettes de masse, ce qui aura pour effet de libérer celui qui aurait initialement donné une telle garantie et qui n'aurait finalement pas été retenu comme acquéreur.

## VI. Commentaire et Conclusions

Le «prepack» n'est pas aussi insolite qu'il y paraît à prime abord. Ce n'est pas une pratique anglo-saxonne que notre droit, de tradition continentale, doit interdire ou ignorer. Il paraît même indiqué de s'y intéresser de plus près et de ne pas le rejeter d'em-

blée. Certes l'on ne peut à l'avance prévoir l'accueil qu'un juge, un curateur, un commissaire ou l'administration de la faillite lui réserveront.

Il est généralement admis que le but du «prepack» est d'aller très vite, ce qui suppose, la plupart du temps, de ne pas donner aux créanciers la possibilité de s'exprimer. En tant que telle, cette façon de faire ne choque pas si le résultat de l'opération est largement plus favorable pour les créanciers que l'hypothèse d'une vente des actifs à prix de liquidation et qu'elle prévoit simultanément une reprise de certains passifs, avérés ou potentiels. Il conviendra évidemment pour l'autorité appelée à donner son accord à une solution «préemballée» de se montrer d'autant plus circonspecte – voire exigeante en termes d'éventuelle alternative – que les acquéreurs pressentis seront proches, voire très proches de la débitrice.

En définitive, le succès d'une telle opération dépendra essentiellement de la qualité de la préparation et du souci mis à prévoir tous les scénarii possibles.

En cela l'on doit conclure que le bonheur dépend du «pre», à défaut de s'y trouver. ■

## Zur Erinnerung

**Rangrücktrittserklärung:** ein der Gesellschaft nahestehender Gläubiger, z.B. ein Grossaktionär, der ein Darlehen gewährt hat, gibt eine Erklärung des Inhalts ab, dass seine Forderung den Forderungen aller übrigen Gläubiger nachgeordnet sein soll; Art. 725 Abs. 2 OR.

**Talion:** die ertümliche Vergeltung eines Übels mit dem gleichen Übel («Auge um Auge, Zahn um Zahn» aus 3. Mose 24, 19 f.: «... Und wer seinem Nächsten einen Schaden zufügt, dem soll man tun, wie er getan hat: Bruch um Bruch, Auge um Auge, Zahn um Zahn; denselben Schaden, den er dem andern zugefügt hat, soll man ihm zufügen...»).

**dismembratio:** das gesamte Gebiet eines Staates wird auf mehrere Nachfolgestaaten aufgeteilt, z.B. die Teilung Polens 1795 und der Untergang von Österreich-Ungarn.

**Fronde:** (1) oppositionelle Gruppe, z.B. in einer Partei; (2) Spottname einer Partei in der Mitte des 17. Jahrhunderts, die während der Minderjährigkeit von Ludwig XIV. vor allem wegen des Steuerdrucks für beträchtliche Unruhen sorgte. Fronde ist eine Schleuder, mit der sich die Pariser Strassenjungen Kämpfe lieferten.

**Insolvenzentschädigung:** die Lohnforderung der Arbeitnehmer für die letzten drei Monate vor der Konkurseröffnung oder dem Pfändungsbegehren, die gemäss dem Arbeitslosenversicherungsgesetz (SR 837.0) abgesichert ist.

**prior tempore potior iure:** der zeitlich Frühere ist besser im Recht («Wer zuerst kommt, mahlt zuerst»). Hauptanwendungsgebiet ist das Pfandrecht.

**Kassiber:** ein Schriftstück, das einem Gefangenen heimlich zugesteckt wird bzw. das dem Verkehr von Gefangenen untereinander dient (Gauersprache). Die Aschkenasim sagen kessivo für Geschriebenes oder Urkunde (und die Sephardim ketiva).

**Schwellentheorie:** dient der Abgrenzung von Versuch und Vorbereitungshandlung. Der Täter beginnt mit der Ausführung des Delikts, wenn er nach seinem Plan den letzten, entscheidenden Schritt ins Verbrechen bzw. auf dem Weg zum Erfolg getan hat, von dem es in der Regel kein Zurück mehr gibt, es sei denn wegen äusserer Umstände, die eine Weiterverfolgung der Absicht erschweren oder verunmöglichen. Diese subjektive Theorie stellt auf die Tatentschlossenheit ab, die in einer auf die Verwirklichung eines Straftatbestands gerichteten Handlung sichtbar wird.

**Kaffer:** ein dummer, blöder Kerl (Gauersprache). Kommt von hebräisch kafar = Dorf; der Kaffer war also ursprünglich ein Dorftrottel (jiddisch kapher = Bauer) im Unterschied zum gebildeten Städter.

**Hexenhammer:** «Malleus maleficarum», 1487 von Jakob Sprenger verfasst und 1489 in Köln erstmals gedruckt. Der volle Titel des dritten Teils lautet «Der Kriminal-Kodex: Über die Arten der Ausrottung oder wenigstens Bestrafung durch die gebührende Gerechtigkeit vor dem geistlichen oder weltlichen Gericht – Index über alle drei Teile». Es handelt sich hier um eine Strafprozessordnung für den Inquisitionsprozess.

**Femegerichte:** im Mittelalter gewisse in Deutschland, namentlich in Westfalen, bestehende Gerichte, die vom Kaiser mit dem Blutbann beliehen waren und in seinem Namen über Verbrechen urteilten, die die Todesstrafe nach sich zogen. Der Verfall erklärt sich einerseits aus Missbräuchen, andererseits aus dem Erstarken der Landeshoheit der Territorialherren, die auch eine bessere Rechtspflege einführten.

**aliud:** Falschlieferung; eine andere als die geschuldete Leistung; etwas völlig anderes. Es liegt nicht eine Schlechterfüllung, sondern eine Nichterfüllung vor. Bei Gattungssachen kann sich die heikle Frage stellen, ob ein Gattungsmerkmal fehlt und damit ein aliud vorliegt oder ob es sich um einen blossen Qualitätsmangel handelt.

Fortsetzung auf Seite 181

Peter Popp\* und Andreas Seitz\*\*

## Ausgleich von Untersuchungshaft

**Stichworte:** Haft, Strafanrechnung, Entschädigung, Genugtuung, Strafprozess

*Das Gesetz ist nach den ihm selbst, nicht den dem Richter innewohnenden Wertungen auszulegen. Daran hat das Bundesgericht in einem kürzlichen, der Haftanrechnung gewidmeten Urteil erinnert.<sup>1</sup> Diese Ausrichtung ist für die Fragen, welche sich in diesem und im Zusammenhang mit der Haftentschädigung stellen, besonders aktuell, weil die Vorgaben im materiellen Recht unlängst geändert haben und im formellen Recht demnächst ändern werden. Ihnen ist – als Bestandesaufnahme und Ausblick – im Folgenden nachzugehen.*

### I. Punktuelle Regelung im Gesetz (StGB, eStPO)

#### 1. Strafanrechnung: Grundsatz

Das StGB sah in aArt. 69 einen Ausgleich von Untersuchungshaft – und darüber hinaus von weiterem prozessuellem Freiheitsentzug (Art. 110 Ziff. 7) – durch Freiheitsstrafe vor, beschränkte ihn aber im Falle der Verursachung oder Verlängerung durch den Täter. Ursprünglich genügte der Praxis die objektive Kausalität, ausgenommen einzig die Ergreifung eines Rechtsmittels als eines fundamentalen Rechts des Beschuldigten.<sup>2</sup> In der Folge wurden sukzessive positive Voraussetzungen der Anrechnung erweitert und negative eingeschränkt. So wurde die Auslieferungshaft einbezogen,<sup>3</sup> die in einem ausländischen Verfahren (wegen derselben Tat) verbüsste Untersuchungshaft,<sup>4</sup> in beschränkter Masse auch der Freiheitsentzug durch prozessuale Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt,<sup>5</sup> für die Verursachung wurde schuldhaftes Handeln vorausgesetzt,<sup>6</sup> wobei eine reichhaltige Praxis zwischen dem Recht auf Schweigen, aber nicht auf Irreführung, zwischen dem begründeten und dem trölerischen Rechtsmittel, zwischen der Fluchtgefahr und der effektiven Flucht unterschied.<sup>7</sup> Als Endpunkte dieser Öffnungen kann die Beschränkung der Selbstverantwortlichkeit auf die Absicht, die Dauer der Strafverbüssung zu verkürzen,<sup>8</sup> und die Anrechnung über die tatbestandsmässigen Grenzen zwischen Haftanlass und

Urteilsgrund hinaus<sup>9</sup> gesehen werden. Die deutsche Praxis hat sich in weitgehend ähnliche Richtung entwickelt.<sup>10</sup>

Mit der Totalrevision des AT StGB sind die von der Praxis vorgenommenen Erweiterungen Gesetz geworden (Art. 51).<sup>11</sup> Während sich die Botschaft noch an das vom Bundesgericht zuletzt vertretene Erfordernis der Verfahrensidentität hielt,<sup>12</sup> beseitigte der Gesetzgeber diese Schranke. Als Anrechnungsgegenstand gilt jede Art prozessualer Haft, jedoch nach dem französischen Wortlaut nur diejenige bis zum Urteil,<sup>13</sup> mit dem neuen Recht auch ausdrücklich Auslieferungshaft.<sup>14</sup>

#### 2. Strafanrechnung: Reihenfolge

Nach früherem Recht war zwingend auf Freiheitsstrafe anzurechnen, auf Busse grundsätzlich und im Ausmass nur ermessensweise (Art. 69 aStGB) und konkret nach dem Umwandlungssatz von 30 CHF pro Tag.<sup>15</sup> Art. 51 StGB schreibt die Anrechnung auf «die Strafe» vor, ohne zwischen den Arten der Strafe zu unterscheiden; es wird lediglich der Umrechnungssatz für Geldstrafe und gemeinnützige Arbeit angegeben. Die Busse ist ebenfalls Anrechnungsobjekt (Art. 104 StGB).<sup>16</sup>

#### 3. Entschädigung

Entschädigung war auf Bundesebene seit jeher vorgesehen im Falle von Einstellung und Freispruch.<sup>17</sup> Hinsichtlich der kantonalen Verfahren verneinten das Bundesgericht und die Lehre in ihrer Mehrheit ein bundesrechtliches Gebot der Entschädigung, sondern belassen dies in der Hand der kantonalen Gesetzgeber.<sup>18</sup> Die Grundlage wurde dabei im Verantwortlichkeitsrecht

\* Prof. Dr. iur., Richter am Bundesstrafgericht.

\*\* Lic. iur., dipl. Ing. ETH, Gerichtsschreiber am Kantonsgericht Wallis, vordem am Bundesstrafgericht.

1 BGE 135 IV 126 E. 1.3.3.

2 Seit BGE 73 IV 91.

3 BGE 97 IV 160 E. 1.

4 Rep. 1974, 219 f. E. 2.

5 Mit BGE 85 IV 122 S. 123 f., wenigstens in beschränktem zeitlichen Umfang.

6 BGE 102 IV 153 E. 1b.

7 Vgl. die Übersicht bei TRECHSEL, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 69 StGB N 13.

8 BGE 117 IV 404 E. 2bff. S. 408.

9 Urteil des Bundesgerichts 6S. 421/2005 vom 23. März 2006 E. 3.2.3 f.

10 Nachweise bei SCHÖNKE/SCHRÖDER-STREE, Strafgesetzbuch – Kommentar, 26. Aufl., München 2006, § 51 N 18 ff.

11 Dem Gesetzgeber entging wohl Art. 171 BStP, der eine aArt. 69 StGB genau entsprechende Regel enthielt und den er im Zuge der Gesamtrevision des AT StGB unverändert liess. Wenn das Bundesstrafgericht Art. 51 StGB anwendet (etwa Entscheid des Bundesstrafgerichts SK.2007.6 vom 30. Januar 2008 E. 9.1.3 und 9.4.4), so folgt es der Regel der lex posterior.

12 Art. 51 E StGB und Botschaft, BBl. 1998, 1979, 2063; BGE 133 IV 150 E. 5.1 S. 155.

13 Art. 110 Ziff. 7; Definitionen der Untersuchungs- und der Sicherheitshaft auch in Art. 220 eStPO.

14 Nur die im Ausland wegen eines Schweizer Ersuchens verbüsste: JEANNERET, in: Roth/Moreillon (éd.), Commentaire Romand, Bâle 2009, Code pénal I, art. 110 n° 6. Schon nach früherem Recht BGE 130 IV 6 E. 4.

15 In Anwendung von Art. 49 Ziff. 3 al. 3 aStGB, etwa RUEDIN, Die Anrechnung der Untersuchungshaft nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Diss. Zürich 1979, S. 127.

16 Anrechnung nach dem Mass der richterlich bestimmten Ersatzfreiheitsstrafe (Art. 106 Abs. 2): Commentaire Romand-JEANNERET (Fn. 14), art. 51 n° 14; BGE 135 IV 126 E. 1.3.9 S. 130.

17 Art. 39 und 122 BStP von 1851 (AS 2, 743), Art. 122 Abs. 1 und 176 BStP.

18 Implizit BGE 108 Ia 13 E. 3 S. 17.

des Gemeinwesens erblickt,<sup>19</sup> das bald eine kausale, bald eine Verschuldenshaftung statuiert, sie bald auf widerrechtliche Haft beschränkt, bald die ungerechtfertigte einschliesst.<sup>20</sup> Mitunter dehnten die kantonalen Rechtsordnungen einen gesetzlichen Entschädigungsanspruch bei Freispruch aus auf einen Genugtuungsanspruch bei Verurteilung angesichts von Überhaft.<sup>21</sup> In den meisten Kantonen bildete jedoch der mit Verurteilung einhergehende Schuldbefund ein Anspruchshindernis.<sup>22</sup>

Das neue Recht sieht eine Entschädigung in zwei Fällen vor: erstens im Falle eines Freispruchs oder einer Einstellung (Art. 429 Abs. 1 lit. c eStPO), weil dann kein Ausgleich mit Strafe möglich ist. Diese Rechtsfolge ist ex officio anzuordnen (Art. 429 Abs. 2 eStPO). Von diesem Grundsatz macht das Gesetz eine Ausnahme für den Fall, dass der Beschuldigte rechtswidrig sowie schuldhaft die Einleitung eines Strafverfahrens bewirkte oder dass er seine Durchführung erschwerte (Art. 430 Abs. 1 lit. a eStPO). Auf dem gleichen Gedanken beruht die Regel von Art. 431 Abs. 2 eStPO: Dauerte die Haft länger als die Strafe, so ist die Überhaft zu entschädigen.<sup>23</sup> Zweitens ist zu entschädigen, wenn die Haft nicht rechtmässig angeordnet wurde, wenn also die gesetzlichen Voraussetzungen dieses Eingriffs fehlten oder untergingen (Art. 431 Abs. 1 eStPO).<sup>24</sup>

## II. Grundsätzliche Wertungen

Grundsätzliche, für das Verständnis, wenn nicht sogar für die Geltung des Gesetzesrechts massgebliche Wertungen ergeben sich aus übergeordnetem Recht. Nun begnügt sich die Verfassung auf dem Gebiet des (materiellen) Straf- und des Strafprozessrechts mit einer Kompetenzzuweisung (Art. 123 Abs. 1 BV), ohne – wie bei den traditionellen Staatsaufgaben üblich – den inhaltlichen Rahmen zu setzen. Das Konventionsrecht beschränkt sich auf die Vorgabe einer gesetzlichen Grundlage für prozessuale Haft (Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK).<sup>25</sup> Wertungen können daher nur aus den Gesetzesregeln und den im übergeordneten

Recht enthaltenen, ideenmässig verwandten Normen abgeleitet werden.

### 1. Sinn der Ausgleichsregeln

#### a. Untersuchungshaft

Diesbezüglich thematisierte die Praxis die ratio legis ursprünglich nicht. Vielmehr erklärte das Bundesgericht hinsichtlich der Nichtanrechnung ausdrücklich: «Ob das im einzelnen Falle billig oder unbillig ist, hat der Richter nicht zu prüfen; das Gesetz räumt ihm in dieser Hinsicht kein Ermessen ein.»<sup>26</sup> Erst im Zuge der Erweiterung berief sich das Bundesgericht «auf die vom Gesetz vorgezeichneten Billigkeitsgründe».<sup>27</sup> Diese gab es später auf und erblickt seither den Grund für die Anrechnung ebenso wie für die Entschädigung im Ausgleich für «einen schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit eines vermuthungsweise Unschuldigen».<sup>28</sup> In der Doktrin wurde ursprünglich das Argument der Billigkeit genannt,<sup>29</sup> während heute dasjenige des Ausgleichs eines Sonderopfers<sup>30</sup> respektive der Rechtsgleichheit<sup>31</sup> wachsenden Zuspruch erfährt und in die Rechtsprechung eingegangen ist.<sup>32</sup>

In Deutschland wird die Anrechnung auf ähnliche Begründung zurückgeführt: Der Freiheitsverlust beruhe auf einem rechtmässigen staatlichen Eingriff und bedürfe des Ausgleichs; da sich das Verfassungsrecht auf eine Regel für Eingriffe in das Eigentum beschränke, wird für Beschränkungen immaterieller Freiheiten auf den Haftungsgrundsatz nach dem Allgemeinen Preussischen Landrecht zurück gegriffen, aus welchem der Begriff der «Aufopferung» stammt.<sup>33</sup>

#### b. Entschädigung

Die Vielfalt der Entschädigungsregelungen erschwerten die Herausbildung eines übergeordneten rechtlichen Prinzips auf kantonalen Ebene.<sup>34</sup> Das Bundesgericht seinerseits hat bis in jüngste Zeit einen (bundes-)verfassungsrechtlichen Anspruch auf Entschädigung für rechtmässig angeordnete, aber nach dem Ver-

19 Urteil des Bundesgerichts vom 9. November 1979, in Pra 1981 Nr. 110 E. 2b/c S. 285.

20 Beispielhaft die Hinweise bei HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 109.8, für die Unterschiede bei der Entschädigung von Überhaft.

21 § 43 Abs. 3 StPO-ZH; dazu ZR 2000 Nr. 102 und SCHMID, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1999, § 43 N 2. Oder AGVE 2003, 75 (ausgenommen bei Haftverursachung). Ferner OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 1853.

22 HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, a.a.O. (Fn. 20).

23 Nach der Überschrift des Artikels und nach der Grammatik von Abs. 2 könnte er als ein Anwendungsfall von Abs. 1 verstanden werden, also von rechtswidriger Haft. Das ist jedoch nicht der Fall (SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung – Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 431 N 4).

24 Dies ist in der Terminologie die rechtswidrige Haft, im Gegensatz zur ungerechtfertigten Haft – dem Freiheitsentzug eines formell Beschuldigten, aber inhaltlich Unschuldigen (vgl. JOSITSCH, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, Rn. 750; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN [Fn. 20], § 109 Rn. 2). Andere Termini: ungesetzliche und unschuldig erlittene Haft (SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, Rn. 722); RUEDIN (Fn. 15), S. 79.

25 Die Verhältnismässigkeit bildet im Gegensatz zu den übrigen Freiheitsrechten (Art. 8–11, je Abs. 2) keine Schranke, der nachträgliche Ausgleich der Freiheitsbeschränkung keine Eingriffsvoraussetzung.

26 BGE 73 IV 94.

27 BGE 102 IV 153 E. 1 c S. 157.

28 BGE 117 IV 404 E. 2 a S. 407. In BGE 133 IV 150 E. 5.1 S. 155 f. spricht es sogar davon, der Grundrechtseingriff werde durch Anrechnung der Haft «entschädigt».

29 Etwa THORMANN/v. OVERBECK, Das schweizerische Strafgesetzbuch, 1. Bd., Allgemeine Bestimmungen, Zürich 1940, Art. 69 N 3; heute noch TRECHSEL/AFFOLTER-EJISTEN, StGB-Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 51 N 1.

30 VEST, in: Ehrenzeller et. al. (Hrsg.), St.-Galler-Kommentar, BV I, 2. Aufl., St. Gallen etc. 2008, Art. 32 N 9; METTLER, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 51 StGB N 2; RUEDIN (Fn. 15), S. 73 f.

31 HURTADO POZO, Droit pénal, Genève 2008, n° 1469.

32 Urteil des Bundesgerichts 6S. 421/2005 vom 23. März 2006 E. 3.2.3.

33 Art. 75 ALR von 1794; etwa HORN, in: Rudolphi et al. (Hrsg.), Systematischer Kommentar StGB, München/Unterschleissheim 2009, § 51 N 3; ESCHENBACH, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, Köln 2009, § 51 N 1.

34 Vgl. etwa SCHMID, Kommentar Strafprozessordnung (Fn. 21); OBERHOLZER (Fn. 21), Rn. 1853.

fahresergebnis ungerechtfertigte Haft verneint.<sup>35</sup> Es negierte damit auch kantonale verfassungsrechtliche Legitimationsversuche, etwa der Berner Praxis, die mit einer Haftung wegen der Beschränkung der Bewegungsfreiheit argumentierte.<sup>36</sup>

Art. 429 eStPO, der die umfassende Entschädigung bei Freispruch oder Einstellung u. a. im Falle von Haft statuiert, wird in der Botschaft auf den Grundgedanken einer kausalen Staatshaftung für die Folgen des Strafverfahrens zurückgeführt; diese Nachteile habe der Betroffene bei Verurteilung selbst zu tragen, wie dies auch hinsichtlich der Verfahrenskosten der Fall sei.<sup>37</sup> Diese Regelung wird nur mit der bisherigen kantonalen Tradition begründet. Was die Überhaft betrifft, so beschränkt sich die Botschaft zu Art. 431 Abs. 2 eStPO auf den Hinweis, dass die Haft zuerst auf die Sanktion anzurechnen sei. Dass sie von «übermässigem Freiheitsentzug» spricht,<sup>38</sup> der Gesetzestext diese Regel indes unter die Marginalie der «rechtswidrig angewandten Zwangsmassnahme» stellt,<sup>39</sup> ist wenig geeignet, die Dinge zu erhellen. Die Wissenschaft hat die Entschädigungspflicht teilweise auf das Prinzip von Ausgleich für Sonderopfer zurückgeführt.<sup>40</sup> Grundsätzlich werden aber keine allgemeinen Rechtsgrundlagen geltend gemacht, spricht man vielmehr von Schadensausgleich im Falle von Freispruch oder Einstellung; eine Begründung aus Verfassungs- oder Konventionsrecht wird verneint.<sup>41</sup>

### c. Notwendigkeit einer gemeinsamen Grundlage

Hinsichtlich der Haftanrechnung und der Haftentschädigung ist die Entwicklung, wie dargestellt, bisher getrennte Wege gegangen: Die Anrechnung wurde auf normativer Ebene zunehmend von einschränkenden Bedingungen entkleidet. Parallel dazu – die Frage der Ursache oder der Wirkung muss angesichts einer richterlichen Rechtsfortbildung offen bleiben – wechselte die Begründung von Billigkeit schliesslich zu Ausgleich für eine Einschränkung in den Freiheitsrechten. Billigkeit fokussiert das Ergebnis und gibt Aspekten Raum, welche das gesetzte Recht nicht enthält,<sup>42</sup> die sich jedoch im Wandel befinden. Mit dem Bezug auf Verfassungsrecht ist diese Entwicklung konsolidiert. Für die Haftentschädigung war eine vergleichbare Dynamik wegen

der Rechtszersplitterung nicht möglich. Es erstaunt daher nicht, dass die Praxis bis heute nicht eindeutig zu einem Rückgriff auf die Verfassung fand und infolgedessen primär ergebnisorientiert blieb. Kann diese Trennung heute aufgehoben werden? Wir meinen, dass es dafür gute Gründe gibt:

- (1) Sieht man die Haftentschädigung als prozessrechtliches Institut, so bietet sich mit dem Übergang zu Bundesrecht die Foundation in dessen übergeordnetem Recht an.
- (2) Die eStPO in Art. 423 Abs. 1 bestimmt neu grundsätzlich den Staat als Kostenträger und stellt Ausnahmen unter den verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt.<sup>43</sup> Nachdem die Entschädigung schon bisher als Spiegelbild des Absehens von Kostenaufgabe begriffen wurde,<sup>44</sup> bietet sich an, die diesbezügliche Rechtsentwicklung für die Haftentschädigung fruchtbar zu machen.
- (3) Das Bundesgericht deutet eine Hinwendung zu gemeinsamer Grundlage des Haftausgleiches an. So sprach es jüngst von einem «Grundsatz», dass Untersuchungshaft als Eingriff in das Grundrecht der Freiheit ausgeglichen werden müsse.<sup>45</sup>

### d. Sonderopferausgleich

#### 1. Das Sonderopfer als allgemeines Entschädigungsprinzip

Das Institut des Sonderopfers stellt in dogmatischer Hinsicht eine allgemeine Entschädigungsnorm dar. Da nirgends kodifiziert, wird der Rechtsgrundsatz weitgehend durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung geprägt und in der Doktrin rege diskutiert.<sup>46</sup> Das Bundesgericht zieht die Figur des Sonderopfers regelmässig zur Begründung von Entschädigungsansprüchen bei materieller Enteignung heran und stützt sich seit Jahren auf die Formel, welche in Entscheid BGE 91 I 329<sup>47</sup> erstmals konzipiert und in den darauf folgenden Urteilen<sup>48</sup> verfeinert wurde. Demnach liegt ein zu entschädigender Eingriff des Gemeinwesens in die Eigentumsfreiheit einer Person dann vor, wenn «ein einziger oder einzelne Eigentümer so betroffen werden, dass ihr Opfer

35 Urteil des Bundesgerichts 6B\_434/2008 vom 28. Oktober 2008 E. 2.1, mit Hinweisen auf frühere Urteile; anders jedoch Urteil 6S.421/2005 vom 23. März 2006 E. 3.2.3.

36 MAURER, Das bernische Strafverfahren, 2. Aufl., Bern 2003, S. 614 f.; dagegen Urteil des Bundesgerichts vom 12. November 1997 in Pra 1998 Nr. 78 E. 4b.

37 BBl. 2005, 1085, 1326, 1329.

38 Das Übermass kommt ja gerade erst durch eine längere Dauer der Haft gegenüber Strafe zustande.

39 Dieser Begriff ist, wie Abs. 1 zeigt, auf Massnahmen zugeschnitten, für welche eine rechtliche Grundlage ab initio fehlte. Darunter fällt die rechtmässige, aber materiell unbegründete oder übermässige Haft gerade nicht. So auch SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, Rn. 1826, Fn. 155.

40 PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2009, S. 221; früher schon WALLIMANN BAUR, Entschädigung und Genugtuung durch den Staat an unschuldig Verfolgte im ordentlichen zürcherischen Untersuchungsverfahren, Diss. Zürich 1998, S. 6 f.

41 SCHMID, Handbuch (Fn. 39), Rn. 1803–1805; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich 2007, Rn. 744; CORBOZ/BAUMANN, RVJ 2007, S. 355 und S. 359.

42 SEILER, Einführung in das Recht, 3. Aufl., Zürich 2009, S. 42.

43 Botschaft, BBl. 2005, 1085, 1323. Die Praxis hatte dies vorgezeichnet, etwa BGE 132 I 117 E. 4 S. 120 f. (am Beispiel der Kostenaufgabe an den Nachlass eines Beschuldigten).

44 Etwa SCHMID, Handbuch (Fn. 39), Rn. 1802, 1821; Urteil des Bundesgerichts 6B\_300/2007 vom 13. November 2007 E. 3.1). Anders HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 20), § 109 Rn. 5.

45 BGE 133 IV 150 E. 5.1; es benutzte sogar den Begriff der Entschädigung für den Ausgleich durch Haftanrechnung. Ferner Urteil des Bundesgerichts 6S.421/2005 vom 23. März 2006 E. 3.2.3. Allerdings blieb es in einem anderen Urteil (Fn. 35) bei rein ergebnisorientierter Sicht.

46 U.a. FEUERSTEIN, Das Sonderopfer bei Eigentumsbeschränkungen, Diss. St. Gallen 1993, S. 66 ff., 75 ff. mit Darstellung der Bundesgerichtspraxis und Überblick über die verschiedenen Lehrmeinungen; RIVA, Hauptfragen der materiellen Enteignung – Eine Untersuchung zum Tatbestand des entschädigungspflichtigen Eigentumseingriffs im schweizerischen Recht, Bern 1990, S. 35 ff.; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 665, S. 1030 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rn. 2176 ff.

47 Entscheid «Barret».

48 BGE 108 Ib 352 E. 4a S. 355; 110 Ib 29 E. S. 32; 112 Ib 388, 113 Ia 368; 131 II 151 E. 2.1; Urteile 1A.21/2004 vom 24. August 2004 E. 3.1, 6S.421/2005 vom 23. März 2006 E. 3.2.3.

gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erschiene und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde». <sup>49</sup> In systematischer Hinsicht setzt das Institut des Sonderopfers somit das Vorliegen eines relativ kleinen Kreises von Betroffenen, eine erhebliche Einschränkung des Grundrechts aufgrund eines staatlichen Eingriffs sowie die unzumutbare Schlechterbehandlung eines Einzelnen voraus. <sup>50</sup>

Für Eingriffe in die Eigentumsfreiheit, die einer Enteignung gleichkommen, sieht das Bundesrecht eine zwingende Entschädigung vor (Art. 26 Abs. 2 BV; Art. 16 EntG [SR 711]). Grundsätzlich sind Sonderopfer gestützt auf diese Bestimmung vollständig auszugleichen. <sup>51</sup> Im Gegensatz zum Ausgleich von Untersuchungshaft, der gemäss Art. 51 StGB primär durch Anrechnung erfolgt, gilt im Enteignungsrecht nach Art. 17 EntG das Primat des pekuniären Ausgleichs, während ein Realausgleich im Sinne einer Sachleistung nur ausnahmsweise und unter Voraussetzung der Zustimmung des Betroffenen erfolgt (Art. 18 EntG). Der Entschädigungsanspruch entsteht zeitgleich mit dem Eingriff in die Eigentumsfreiheit, <sup>52</sup> weshalb im Enteignungsrecht der Grundsatz des Sofortausgleichs gilt.

Zwei Einschränkungen werden hinsichtlich der Entschädigungspflicht namhaft gemacht: (1) die polizeilich begründeten Eingriffe. <sup>53</sup> Das Bundesgericht verneint implizit den Tatbestand des Sonderopfers, auch wenn ein Einzelner mehr als andere betroffen ist, weil es sich um eine bereits dem Freiheitsrecht immanente Schranke handle – allerdings unter Vorbehalt, dass eine bereits bestehende Nutzung der Freiheit eingeschränkt werde. <sup>54</sup> Nach der Lehre ist eine Differenz zu den Grundsätzen der Entschädigung bei nicht-polizeilichen Eingriffen damit nicht mehr ersichtlich. <sup>55</sup> (2) die Vorhersehbarkeit des Eingriffs im Zeitpunkt, da die Ausübung des Freiheitsrechts entsteht. Das Bundesgericht erachtet es als Aspekt der Schadenminderungspflicht, die Auswirkungen eines Eingriffs zu dämpfen oder zu beseitigen und u.a. bei Absehbarkeit des Eingriffs in das Eigentum von Eigentumsausübung abzusehen, welche erst dessen Nachteile aktualisiert (Überbauung), oder das Risiko der Schmälerung einer bestehenden Nutzung bei der Preisgestaltung zu berücksichtigen. <sup>56</sup>

## 2. Anwendung der Sonderopfertheorie auf die Untersuchungshaft

Das «Sonderopfer», welches eine in Untersuchungshaft gesetzte Person gegenüber der Allgemeinheit erbringt, indem sie trotz geltender Unschuldsumsetzung den Eingriff in die persönliche Frei-

heit erdulden muss, wird von einem Teil der neueren Lehre für die Begründung eines Anspruchs auf Ausgleich von Untersuchungshaft herangezogen. Nach *Pieth* muss die beschuldigte Person im Falle der Verfahrenseinstellung oder eines Freispruchs für ihr Sonderopfer entschädigt werden. <sup>57</sup> *Wallimann Baur* befürwortet ebenfalls einen Ausgleichsanspruch für rechtmässig erfolgte staatliche Untersuchungshandlungen gestützt auf das Institut des Sonderopfers, verneint jedoch dessen Anwendbarkeit auf die Untersuchungshaft unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung. <sup>58</sup> Das Bundesgericht hat die Rechtsfigur des Sonderopfers bis anhin nie als allgemeines Entschädigungsprinzip verstanden und dessen Anwendungsbereich strikt auf staatliche Eingriffe in die Eigentumsfreiheit im Sinne einer materiellen Enteignung beschränkt. <sup>59</sup> So erwog es noch 1997, die Garantie einer Entschädigung wegen ungerechtfertigten Freiheitsentzugs sei offensichtlich nicht wie die Enteignungsentschädigung formell und durch die Rechtsprechung verankert. <sup>60</sup> Offener hinsichtlich der Anspruchsgrundlage argumentiert das Bundesgericht hingegen in einem neueren Entscheid, wo es den Anspruch auf Anrechnung der Untersuchungshaft damit begründete, dass diese einen erheblichen Eingriff in die persönliche Freiheit des Inhaftierten darstelle, weshalb er für dieses Sonderopfer bei Einstellung oder Freispruch finanziell, bei Verurteilung in Form der Anrechnung zu entschädigen sei. <sup>61</sup> Die neuere Lehre steht einer Ausdehnung der staatlichen Entschädigungspflicht aus Sonderopfer zustimmend gegenüber. <sup>62</sup> Dogmatisch lehnt sie sich eng an die vom Bundesgericht zur Enteignung entwickelte Sonderopfertheorie an, stützt den Entschädigungsanspruch jedoch nicht auf die Eigentumsgarantie ab, sondern auf die Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV. <sup>63</sup> Auf diese hat sich freilich auch das Bundesgericht für die Figur des Sonderopfers gestützt <sup>64</sup> und zum Verhältnis zwischen Eigentumsgarantie und Gleichbehandlungsgebot festgehalten, die Anknüpfung des Sonderopfers an die Eigentumsgarantie liege darin begründet, dass die (konkrete) stossende Rechtsungleichheit auf staatliche Eigentumsbeschränkungen zurückzuführen sei. <sup>65</sup> Der Kerngehalt von Art. 8 BV steht denn auch einer Anknüpfung an diese Norm im Sinne einer allgemeinen Ent-

49 Exemplarisch: BGE 110 Ib 29 E. 4 S. 32.

50 FEUERSTEIN (Fn. 46), S. 142 ff.; MÜLLER/SCHNEIDER (Fn. 46), S. 1031; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 46), Rn. 2299.

51 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 46), Rn. 2176 a, 2179.

52 BGE 101 Ib 277 E. 3 b; 111 Ib 81 E. 3 a; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 46), N 2199; RIVA (Fn. 46), S. 189.

53 BGE 96 I 123.

54 BGE 96 I 350 E. 4 S. 359, 106 Ib 330 E. 4 S. 334.

55 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 46), N 2214.

56 BGE 110 Ib 43 E. 4 S. 50, 134 II 152 E. 11.

57 PIETH (Fn. 40), S. 221 m. H. auf diverse Lehrmeinungen.

58 WALLIMANN BAUR (Fn. 40), S. 6 f.; auch FEUERSTEIN (Fn. 46), S. 75, befürwortet unter Hinweis auf weitere gleichlautende Lehrmeinungen eine Verallgemeinerung der Sonderopfertheorie.

59 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 46), Rn. 2300; FEUERSTEIN (Fn. 46), S. 124, S. 171.

60 Praxis (Fn. 36).

61 Urteil des Bundesgerichts 6S. 421/2005 vom 23. März 2006 E. 3.2.3.

62 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 46), Rn. 2299 m.w.H. auf die neuere Lehre; so auch FEUERSTEIN (Fn. 46), S. 75 und S. 171; ebenso FAJNOR, Staatliche Haftung für rechtmässig verursachten Schaden, Diss. Zürich 1987, S. 129 ff.

63 FEUERSTEIN (Fn. 46), S. 75 ff. und S. 168 ff. weist darauf hin, dass sich das Sonderopfer aus dem Gedanken der Rechtsgleichheit («*aequitas*») entwickelt hatte.

64 U.a. BGE 112 Ib 388 E. 3 S. 389 f., wonach ein entschädigungsbegründendes «Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erschiene und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde»; in BGE 110 Ib 29 E. 4 S. 32 (m.w.H.) wird explizit auf Art. 4 aBV verwiesen, welche ebenfalls Rechtsgrundlage der Entschädigungspflicht aus Sonderopfer bilde.

65 BGE 110 Ib 29 E. 4 S. 32 f. m.w.H.

schädigungsgrundlage aus Sonderopfer gegenüber dem Gemeinwesen nicht grundsätzlich entgegen. So wurde zwar mit Art. 26 Abs. 2 BV ein Entschädigungsanspruch für staatliche Eingriffe in die Eigentumsfreiheit explizit in der Verfassung verankert, während die Rechtsgleichheit kein staatliches Leistungsprinzip beinhaltet. Die Rechtsgleichheit beschränkt jedoch jegliches staatliches Handeln insofern, als sie die Ungleichbehandlung Einzelner nur innerhalb gewisser Grenzen zulässt.<sup>66</sup> Damit kann Art. 8 BV gerade in Fällen stossender Ungleichbehandlung Einzelner durch den Staat als Anspruchsgrundlage dienen.<sup>67</sup> Mit Bezug auf den Ausgleich von Untersuchungshaft bedeutet dies, dass das Institut des Sonderopfers aus dogmatischer Sicht durchaus als (ungeschriebene) Entschädigungsnorm herangezogen werden kann, falls die Haft im Einzelfall eine oder wenige Personen schwer trifft.<sup>68</sup> Die zur Eigentumsfreiheit entwickelten Schranken kommen nicht zum Tragen: Haft begrenzt nicht abstrakt die Reichweite des Rechts der persönlichen (Bewegungs-)Freiheit, sondern schränkt das Recht ein, und der Betroffene hat nach der Inhaftierung zwar gelegentlich die Möglichkeit, die Haft zu verkürzen – namentlich durch Geständnis –, aber nicht die Pflicht dazu.<sup>69</sup>

Während bei der Enteignung die im öffentlichen Interesse erbrachten Opfer des Betroffenen in jedem Fall vollständig durch eine finanzielle Entschädigung ausgeglichen werden müssen, erfolgt der Ausgleich von Untersuchungshaft primär als «Realersatz». So soll entzogene Freiheit soweit möglich durch Freiheit, die sonst durch Strafvollstreckung entzogen würde, kompensiert werden.<sup>70</sup> Dieser Ausgleich ist im Gegensatz zur Enteignung nicht in jedem Fall vollständig und gleichwertig, da er gerade bei bedingten Strafen – soweit diese nicht widerrufen werden – auf eine virtuelle Bedeutung reduziert wird und mithin für den Betroffenen wenig fassbar ist.<sup>71</sup> Andererseits wird ein Anspruch auf vollständige finanzielle Entschädigung bei Untersuchungshaft nur in den Fällen von Freispruch oder rechtswidrigen Zwangsmassnahmen eingeräumt (Art. 429 und 431 eStPO). Nach dem Gesagten hat das Primat des Realausgleichs von Untersuchungshaft für den Betroffenen den Nachteil, dass er – im Gegensatz zur finanziellen Entschädigung im Enteignungsfall – nicht in jedem Fall gleichwertigen Ersatz erhält. Der Staat hingegen kann durch die «Verrechnung» der ohnehin angefallenen Haftkosten mit den (theoretischen) Vollzugskosten die Auslagen für eine Entschädigung einsparen.

66 St.-Galler-Kommentar-SCHWEIZER (Fn. 30), Art. 8 N 15, legt dar, dass die Rechtsgleichheit die «erlaubten und unerlaubten Kriterien der Differenzierung» fixiert.

67 BGE 110 Ib 29 E. 4, wobei die Frage letztlich offengelassen wurde, ob sich ein Entschädigungsanspruch aus materieller Enteignung allein auf Art. 4 aBV abstützen lässt.

68 Zu den allgemeinen Voraussetzungen eines Entschädigungsanspruchs aus Sonderopfer vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 46), Rn. 2299; FAJNOR (Fn. 62), S. 129 ff.

69 Art. 113 Abs. 1 eStPO. Nach Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II darf der Staat auch keinen indirekten Zwang ausüben (GOLLWITZER, Menschenrechte im Strafverfahren EMRK und IPBPR – Kommentar, Berlin 2005, Art. 14 IPBPR N 250).

70 TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Praxiskommentar (Fn. 29), Art. 51 StGB N 12; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, (Fn. 41), S. 124; BGE 135 IV 126 E. 1.3.

71 Vgl. nachfolgend Ziff. III 4.

## 2. Strafzweck

Die zu vollziehende Strafe erfüllt, je nach Blickwinkel, verschiedene Zwecke;<sup>72</sup> in Hinsicht auf den Täter steht die Spezialprävention im Vordergrund.<sup>73</sup> In dieser Hinsicht weicht sie vom Zweck der Untersuchungshaft ab, welche die Durchführung des Erkenntnisverfahrens zu sichern hat. Der bedingte Strafvollzug ist zusätzlich im Verhältnismässigkeitsprinzip begründet: Die schädlichen Nebenwirkungen des unbedingten Vollzuges sind zu vermeiden, wenn dieser für die Prävention entbehrlich ist. Das betrifft nicht nur die in der Person des Verurteilten eintretenden, sondern auch die (mittelbaren) Folgen für die mit ihm verbundenen Personen.<sup>74</sup> In dieser Hinsicht wird dem allgemeinen Prinzip entsprochen, staatliche Eingriffe in die individuellen Freiheiten verhältnismässig auszugestalten; das erlaubt zudem, den gesellschaftlichen und den Opferinteressen einen Gegenwert zu geben, der den Anwendungsbereich des bedingten Vollzuges begrenzt.<sup>75</sup> So wie der Widerruf ausgestaltet ist (Art. 45 StGB), wird mit dem bedingten Vollzug ein «Anreiz gegeben, sich selber um . . . Resozialisierung zu bemühen»,<sup>76</sup> dies im Sinne künftiger Vermeidung strafbaren Handelns. Es geht also nicht um Anstrengungen, den durch die Tat entstandenen Schaden zu beheben; denn ein solches Verhalten ist schon bei der Gewährung des bedingten Vollzuges in Rechnung zu stellen (Art. 42 Abs. 3 StGB) und schafft auf diese Weise ein entsprechendes Handlungsmotiv. Der Bewährungsanreiz dauert so lange wie die Probezeit (Art. 45 StGB).

## 3. Ergebnis: Prinzipien des Ausgleichs

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die erstandene Untersuchungshaft de lege lata durch Anrechnung auszugleichen ist und nur im Falle nachträglichen Freispruchs oder rechtswidrig angewandter Zwangsmassnahmen Anspruch auf eine finanzielle Entschädigung besteht.<sup>77</sup> Die Praxis hat dieses Grundprinzip bislang einzig mit Bezug auf die Anrechnungsobjekte im Falle einer Sanktionsmehrheit vertieft.<sup>78</sup> Aus dem in der Rechtsgleichheit verankerten Sonderopfergedanken lassen sich weitere Grundsätze des Ausgleichs postulieren:

- (1) Der Ausgleich der Untersuchungshaft hat vollständig zu erfolgen.<sup>79</sup>

72 SCHMIDHÄUSER, Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl., Göttingen 1971, besonders S. 87 ff.

73 Statt vieler Basler Kommentar-WIPRÄCHTIGER (Fn. 30), Art. 47 StGB N 46 ff.; BGE 129 IV 161 E. 4.2.

74 So stellt der bedingte Strafvollzug eine ausgesprochen spezialpräventive Einrichtung dar, der die Resozialisierung des Täters bezweckt (SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, 2. Bd., 4. Aufl., Bern 1982, S. 96; Basler Kommentar-SCHNEIDER/GARRÉ (Fn. 30), vor Art. 42 StGB N 33). Gerade bei intakten Familienverhältnissen, welche durch unbedingt vollzogene Freiheitsstrafe stark belastet werden, stellt der bedingte Vollzug einen nicht zu unterschätzenden Anreiz zu künftigem Wohlverhalten dar.

75 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006, § 5.11.

76 TRECHSEL/STÖCKLI, Praxiskommentar (Fn. 29), vor Art. 42 StGB N 4.

77 Art. 51 StGB, Art. 429 und 431 eStPO.

78 Kaskade der Anrechnungsobjekte, vgl. bei Fn. 86.

79 Vgl. S. 165 f. mit Bezug auf Art. 26 Abs. 2 BV und die herrschende Lehre zum Ausgleich des Sonderopfers.

- (2) Er hat soweit möglich zeitnah zu erfolgen, da der Ausgleichsanspruch analog zum Sonderopfer mit dem Eingriff in das geschützte Grundrecht entsteht.
- (3) Es gilt das Primat des Realausgleichs, wobei in erster Linie auf die Freiheitsstrafe anzurechnen ist (Realausgleich ersten Ranges) und erst sekundär auf allfällige Nebensanktionen wie Arbeitsstrafe, Geldstrafe oder Busse (Realausgleich zweiten Ranges).<sup>80</sup>
- (4) Der Ausgleich in Form einer Entschädigung erfolgt nur subsidiär und in jenen Fällen, wo im Rahmen der Anrechnung von Untersuchungshaft nicht vollständig ausgeglichen werden kann.

Tritt der Strafzweck in Konkurrenz zum Aspekt des Sonderopfers, so müssen diese Regeln wenn auch nicht im Wesenskern hintergestellt, so doch modifiziert werden. Der Ausgleich ist m.a.W. dergestalt vorzunehmen, dass er den general- oder spezialpräventiven Motiven der individuellen Sanktion sowie dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit bestmöglich gerecht wird.

### III. Konsequenzen für einzelne Konstellationen

#### 1. Überhaft

Nach Art. 431 Abs. 2 und 3 eStPO wird Haft, welche auf eine Strafe nicht angerechnet werden kann, entschädigt. Das war unter Herrschaft der kantonalen Rechte erst teilweise vorgesehen.<sup>81</sup> Der Gesetzgeber hat allerdings eine Entschädigung ausgeschlossen, wenn die Haft nur unwesentlich länger ist als das Äquivalent einer pekuniären oder Arbeitsstrafe (Abs. 3 lit. a), ohne dass dafür ein hinreichender Grund nachgewiesen wäre.<sup>82</sup> Im Falle einer Freiheitsstrafe müssen auch kleine Überlängen entschädigt werden.<sup>83</sup>

#### 2. Lebenslängliche Freiheitsstrafe

Auf eine zeitlich unbegrenzte Freiheitsstrafe kann in eingeschränkter Weise angerechnet werden, nämlich auf die Vollzugsdauer, welche die vorzeitige Entlassung erfordert: 15 respektive 10 Jahre (Art. 86 Abs. 4 StGB). In diese Dauer ist auch prozessuale Haft einzubeziehen.<sup>84</sup> Die Thematik beschränkt sich daher auf die Frage, ob der Richter oder die für Entlassung zuständige Behörde darüber formell entscheiden.

### 3. Sanktionsmehrheit

#### a. Unbedingte Strafen

Zu einer Mehrheit kommt es ordentlicherweise wegen besonderer Strafandrohungen bei gewerbmässigem Handeln: (angehobene) Freiheitsstrafe und Busse (z.B. Art. 86 f. je Abs. 2 Heilmittelgesetz). Der Gesetzgeber hat die Kombination meist durch eine solche von Freiheitsstrafe und Geldstrafe ersetzt.<sup>85</sup> Schliesslich kann es zur Mehrheit unbedingter Strafen bei Konkurrenz von Delikten mit verschiedenen Sanktionsfolgen kommen (Art. 49 StGB). Das Bundesgericht favorisiert eine *Kaskade der Anrechnungsobjekte*:<sup>86</sup> Freiheitsstrafe – Geldstrafe – Busse; zum Stellenwert der Gemeinnützigen Arbeit äussert es sich nicht. Das Primat der Freiheitsstrafe begründet es mit dem alten Recht und orientiert sich im Übrigen am Kriterium von Haupt- und Nebenstrafe. Diese Linie wird dem Prinzip des Realausgleichs gerecht.<sup>87</sup> Hingegen sind Geldstrafe und Busse in den Auswirkungen auf den Bestraften gleichrangig.<sup>88</sup> Werden beide Strafen ausgesprochen, so spricht nichts gegen einen Vorrang der Geldstrafe.<sup>89</sup> Für das Verhältnis zwischen Gemeinnütziger Arbeit und Geldstrafe ist zwar nicht zu übersehen, dass die Arbeit im Vollzug den Genuss der Freizeit beeinträchtigt, so wie die Geldstrafe die über die Daseinsvorsorge hinaus gehenden Mittel kürzt. In dieser Weise führen beide Sanktionen zu ähnlichen Einschränkungen. Das erlaubt eine am Strafzweck orientierte Individualisierung; die netto grösseren Aufwendungen des Staates beim Vollzug der Gemeinnützigen Arbeit rechtfertigen nicht, sie bei der Anrechnung zwingend vorzuziehen.<sup>90</sup>

#### b. Teilbedingte Strafen

Bei einer teilbedingten Strafe (Art. 43 StGB) kommt nur das Prinzip des zeitnahen Ausgleichs zum Zuge; denn es konkurrieren gleiche Arten der Sanktion. Es ist daher in erster Linie auf den unbedingten Teil anzurechnen.<sup>91</sup> Das entspricht auch dem staatlichen Interesse, weil auf diese Weise Vollzugskosten gespart werden.

80 Vgl. Fn. 86 mit Bezug auf die entsprechende Praxis des Bundesgerichts.  
 81 Etwa Art. 403 StPO-BE, § 33 StPO-BL, Art. 358 StPO-SH; in den beiden letzten Fällen jedoch erst durch Gesetzesrevisionen nach Publikation des EStPO. Zu extralegalen Praxis vgl. AGVE (Fn. 21).  
 82 Stillschweigen in der Botschaft, BBl. 1995, 1085, 1330 f.; SCHMID (Fn. 39), Rn. 1828, spricht von bisheriger Praxis, was aber durch die zitierte Judikatur nur für den Kanton Bern belegt wird (vor Inkrafttreten der in Fn. 81 zit. Regel); immerhin die St. Galler Praxis: OBERHOLZER (Fn. 21), Rn. 1853.  
 83 SCHMID, Handbuch (Fn. 39), Rn. 1828, unterwirft aber, über den Wortlaut hinaus, auch diesen Fall der gleichen Einschränkung.  
 84 Basler Kommentar-BAECHTOLD (Fn. 30), Art. 86 StGB N 1.

85 Z.B. bei ungetreuer Amtsführung (Art. 314 StGB) oder Art. 117 Abs. 2 AuG gegenüber Art. 23 Abs. 5 ANAG. Das führt nicht zu einer Kumulation zwischen unbedingter Freiheits- und bedingter Geldstrafe, weil diese den Voraussetzungen jener folgt (Ist die Obergrenze von Art. 43 Abs. 1 StGB für die Freiheitsstrafe überschritten, wirkt sich dies auch auf die Geldstrafe aus), so Urteil des Bundesgerichts 6B\_621/2008 vom 21. August 2009 E. 6.5.  
 86 BGE 135 IV 126 E. 1.3.5 ff.  
 87 Gl.M. SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 41), S. 124; TRECHSEL/AFFOLTER-EJUS-TEN, Praxiskommentar (Fn. 29), Art. 51 StGB N 12.  
 88 Art. 106 Abs. 5 StGB; die Unterschiede bei der Bemessung der beiden Strafen spielen keine Rolle, da die Anrechnung ihr nachgeht. Dass Art. 51 StGB bei Verhängung einer Busse anwendbar ist, ergibt sich aus Art. 104 StGB.  
 89 So auch BGE 135 IV 126 E. 1.3.6 ff. mit dem insoweit nicht schlüssigen Argument, die Geldstrafe bilde die «Hauptstrafe».  
 90 Mit dem Argument, die pekuniäre Sanktion treffe den Bestraften härter als die Arbeitsleistung, befürwortet JEANNERET den Vorrang der Ersteren (Commentaire Romand [Fn. 14], art. 51 n° 17).  
 91 Commentaire Romand-JEANNERET (Fn. 14), art. 51 n° 18; Dupuis et al. (éd.), Petit commentaire, Code pénal I, partie générale, Bâle 2008, art. 51 n° 6.

### c. Verbindungsstrafe

Wird mit dem bedingten Vollzug eine Verbindungsstrafe ausgesprochen, so gibt das Bundesgericht der bedingten Strafe den Vorrang. Dabei argumentiert es hinsichtlich der Freiheitsstrafe mit dem bisherigen Recht und ihrem Charakter als Hauptstrafe; hinsichtlich der Geldstrafe führt es an, dass die Verbindungsstrafe gegenüber der bedingten Strafe von geringerem Ausmass sein müsse.<sup>92</sup> Konsequenterweise verlangt es vom Richter, über die Gewährung des bedingten Strafvollzuges auch dann zu entscheiden, wenn es die gesamte Strafdauer braucht, um die Haft zu kompensieren und es daher zu einem Vollzug auch bei Eintritt der Widerrufsgründe nicht mehr kommen kann.<sup>93</sup> In der Lehre wird die primäre Anrechnung auf die Verbindungsstrafe befürwortet, weil diese weniger schwer wiege als der Freiheitsentzug.<sup>94</sup> Soweit mit dieser Sichtweise an die frühere Praxis angeknüpft wurde, so ist ihr entgegen zu halten, dass die vorzeitige Löschung der bedingten Strafe im Strafregister, wenn sich der Verurteilte in der Probezeit bewährt hatte,<sup>95</sup> mit dem AT 2007 aufgegeben worden ist; Bewährung durch Anrechnung bringt keinen Vorteil mehr.<sup>96</sup> Vor allem wird auf diese Weise nur dem Prinzip des tatnahen, aber nicht dem des vollständigen Ausgleiches Rechnung getragen; denn wenn sich der Verurteilte bewährt, kommt es nie zu einer Kompensation des Freiheitsentzuges. In dieser Weise ist auch der Sanktionszweck verletzt. Teilt der bedingte Strafvollzug nämlich mit dem unbedingten das spezialpräventive Ziel, den Täter vor künftiger Delinquenz abzuhalten, so bedeutet er gegenüber dem sofortigen Vollzug einen milderen Eingriff und ist daher durch das Verhältnismässigkeitsprinzip geboten.<sup>97</sup> Diese Strafreaktion ist aus generalpräventiven Gründen nicht in jedem Fall vorgesehen, aber auch dann nur für Täter, die keine weiteren Straftaten zu verüben erwarten lassen (Art. 42 Abs. 1 und 2 StGB). In dieser Prognose hat die Verbindungsstrafe ihren Platz als realen «Denkzettel». Auch wenn man aus der Gesetzesentstehung ableiten mag, die Verbindungsstrafe sei um der Generalprävention willen geschaffen worden,<sup>98</sup> so hat sie doch wenigstens

auch den spezialpräventiven Zweck, den Verurteilten zu Legalbewährung «spürbar» zu motivieren.<sup>99</sup> Dieser Effekt hat sich beim Täter mit Haft bereits ausgewirkt, auch wenn er sie als rechtlich Unschuldiger und ohne den stützenden Rahmen einer Vollzeugsanrichtung (Art. 75 StGB) verbüsst. Es besteht also weder ein general-, noch ein spezialpräventives Hindernis gegen den Ausgleich mit der sofort zu vollziehenden Verbindungsstrafe.<sup>100</sup> In individueller Sicht ist er, auch wenn Freiheitsentzug nur pekuniär ausgeglichen wird, unter der Prämisse der Bewährung günstiger, und ohne diese kann er nicht angeordnet werden; unter diesen Auspizien ist hinzunehmen, dass es nur zu einem Realausgleich zweiter Ordnung kommt. Ein nicht zu unterschätzender Effekt ist die Eindämmung einer extensiven Haftpraxis.<sup>101</sup>

### 4. Bedingt vollziehbare Strafe

Nach herrschender Meinung war und ist die Haft stets auf diese Sanktion anzurechnen; es wird keine Unterscheidung zur Anrechnung auf eine unbedingte Strafe gemacht.<sup>102</sup> Dagegen sprechen die bereits zur Verbindungsstrafe angeführten Gesichtspunkte, vor allem dass der mit dem bedingten Vollzug gegebene Bewährungsanreiz unterminiert wird, wenn der Verurteilte weiss, dass er selbst bei Nichtbewährung die durch Haft ganz oder teilweise getilgte Strafe nicht verbüssen muss.<sup>103</sup> Auch der frühere Ausschlussgrund für bedingten Vollzug im Zusammenhang mit einer früheren Tat (Art. 41 Ziff. 1 al. 2 aStGB) ist durch die Revision geändert worden: Es kommt nunmehr<sup>104</sup> auf die Vorstrafe und nicht darauf an, ob sie bedingt oder unbedingt vollziehbar war (Art. 42 Abs. 2 StGB). Muss die sofortige Anrechnung demnach unterbleiben, so bleibt für den Moment des Urteils nur der Ersatzausgleich in Form einer Entschädigung. Nun schliesst freilich Art. 431 Abs. 3 lit. b eStPO eine Entschädigung aus, wenn die Haft nicht länger dauerte als die bedingte Freiheitsstrafe, auf welche das Urteil lautet. Diese Regel stammt aus dem VE und wurde nicht inhaltlich, sondern nur damit begründet, sie entspreche herrschender Lehre und Praxis.<sup>105</sup> Es wundert

92 BGE 135 IV 126 E. 1.3.2.f.; das Maximum beträgt in der Regel 20% der schuldangemessenen Gesamtsanktion (BGE 135 IV 168 E.3.4.4). Die alte Praxis (BGE 69 IV 151 E. 2 S. 152 f.) ging gegenteils dahin, im Falle einer Anrechnung den bedingten Vollzug zu verweigern. Von dieser Linie ging das Bundesgericht in BGE 81 IV 209 ab und blieb dabei (etwa Urteil 6S. 384/2003 vom 19. Dezember 2003 E. 3).

93 Urteil des Bundesgerichts 6S. 384/2003 vom 19. Dezember 2003 E. 3.

94 Commentaire Romand-JEANNERET (Fn. 14), art. 51 n° 16.

95 Das in BGE 81 IV 209 S. 211 als Bewährungsmotiv angeführte Institut der vorzeitigen Löschung der Strafe im Register hat der Gesetzgeber zwischenzeitlich abgeschafft (Art. 369 Abs. 3 StGB im Gegensatz zu Art. 41 Ziff. 4 aStGB). Dies zur Rationalisierung und weil die Einträge für Behörden ehemals gleichwohl sichtbar blieben (Basler Kommentar-GRUBER, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 369 StGB N 4, 13 f.).

96 Nicht stichhaltig ist auch das Argument, die Anrechnung auf die Busse hätte in Art. 51 StGB erwähnt werden müssen (BGE, a.a.O.): Der VE nannte in Art. 52 ausdrücklich neben den Kriminalstrafen die Übertretungsstrafen (vgl. Art. 100 VE); mit der Zusammenfassung aller Kategorien in der Botschaft wurde dafür kein besonderer Grund namhaft gemacht (BBl. 1999, 1979, 2063).

97 Bei Fn. 75.

98 So im Bagatellbereich, etwa SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (Fn. 41), S. 136; BGE 134 IV 60 E. 7.3.1 S. 75. Kritisch («pro-forma-bedingte Strafe») STRATENWERTH (Fn. 75), § 5.52 f.

99 BGE 134 IV 1 E. 4.5.2; Kritisch Commentaire Romand-KUHN (Fn. 14), art. 42 n° 23 ff., 30.

100 Ebenso Petit Commentaire (Fn. 91), art. 51 n° 6, wenigstens bei bedingter Geldstrafe, verbunden mit Busse.

101 Zielsetzung des «deap sharp shocks» (Basler-Kommentar-METTLER [Fn. 30], Art. 51 StGB N 33).

102 Commentaire Romand-JEANNERET (Fn. 14), art. 51 n° 16; Basler-Kommentar-METTLER (Fn. 30), Art. 51 StGB N 39; RUEDIN (Fn. 15), S. 128 f., der die praktischen Konsequenzen der bei dieser Frage verwendeten «Hilfskonstruktionen» in den Vordergrund stellt; BGE 135 IV 126 E. 1.3.6. Die alte Praxis (BGE 69 IV 151 E. 2 S. 152 f.) ging gegenteils dahin, im Falle einer Anrechnung den bedingten Vollzug zu verweigern. Von dieser Linie ging das Bundesgericht in BGE 81 IV 209 ab und blieb dabei (etwa Urteil des Bundesgerichts 6S. 384/2003 vom 19. Dezember 2003 E. 3). Wie diese Auffassungen auch SCHMID, Handbuch (Fn. 41), Rn. 1827, für Art. 431 Abs. 2 eStPO.

103 Vgl. Fn. 95.

104 Und dies nicht einmal mehr zwingend.

105 Begleitbericht zum VE, 293. Als einziger Beleg wird BÄNZIGER/STOLZ/KOBLEK, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., Herisau 1992, Art. 246 N 8 geltend gemacht, welche diese Auffassung ebenso wenig begründen. Immerhin liess das Bundesgericht die Frage, ob bei Anrechnung der Haft auf eine bedingte Strafe zu entschädigen sei, aus Sicht des Bundesrechts offen: Urteil des Bundesgerichts 1P.713/2000 vom 13. Februar 2001 E. 3 c.

also nicht, dass *Schmid* sie gegen ihren Wortlaut auch auf bedingte Geld- und Arbeitsstrafe ausdehnt.<sup>106</sup> Die Anrechnungsprinzipien lassen sich dennoch mit Art. 431 Abs. 3 lit. b eStPO und mit Art. 51 in Einklang bringen, wenn die Haft bei bedingten Strafen gleichermaßen bedingt angerechnet wird und der Verurteilte für den Fall der Bewährung bedingt entschädigt wird. Den Legalanreiz entfaltet dann zwar die Strafe ebenso wenig wie unter der gängigen Auffassung, wohl aber die in Aussicht stehende Entschädigung. Ein bewährungsabhängiger pekuniärer Vorteil ergibt sich auch im Falle der Friedensbürgschaft (Art. 66 StGB). Eine an eine derartige Bedingung geknüpfte Anrechnungsentscheidung ist dem neuen Recht nicht fremd: Der Richter hat im Falle einer Busse für den Fall der Nichtbezahlung über die Umrechnung in eine Ersatzfreiheitsstrafe bereits mit dem Urteil zu befinden (Art. 106 Abs. 2 StGB). Dieser Lösung mag entgegen gehalten werden, dass bei Ablauf der Probezeit über Bewährung keine Gewissheit besteht. Wird, nachdem die Entschädigung ausgerichtet wurde, eine in der Probezeit verübte Straftat entdeckt, so führt der Widerruf (gegebenenfalls, Art. 46 StGB) jedoch zum Vollzug der ganzen Strafe.

106 SCHMID, Handbuch (Fn. 41), N 1828; siehe schon Fn. 83. Ebenso JOSITSCH (Fn. 24), Rn. 751 für Geldstrafen.

## 5. Ausgleich bei rechtswidriger Haft

Der Wortlaut von Art. 431 Abs. 1 eStPO regelt diesen Fall: Entschädigung. Er widerspricht jedoch dem Primat des Realausgleichs. Deshalb ist geboten, wie bei ungerechtfertigter Haft zuerst auf Strafe anzurechnen. Diese Lösung verträgt sich mit Art. 5 Abs. 5 EMRK; denn die «Entschädigung» im Sinne dieser Bestimmung kann auch in einem Realausgleich bestehen.<sup>107</sup> Allerdings ist dieser nach der Strassburger Rechtsprechung unvollständig und muss durch eine finanzielle Entschädigung ergänzt werden. Dabei geht es dem EGMR nicht nur um «Begleitschäden» der Haft, sondern auch um die Durchsetzung von Art. 5 Abs. 3 EMRK: Sie erfordert einen finanziellen Nachteil zulasten des Staates über die operativen Aufwendungen des Strafverfahrens hinaus.<sup>108</sup> Nach dem in Ziff. 4 Gesagten muss dies auch bei bedingtem Vollzug gelten.

### Widmung

Diesen Ausblick widmen die Autoren Dr. iur. Alex Staub, Zug, in dankbarer Anerkennung für seine umsichtige Tätigkeit als Präsident des Bundesstrafgerichts 2004–2009.

107 GOLLWITZER (Fn. 69), Art. 5 EMRK N 136. Vorbehalten ist die Pflicht, weitere Nachteile in Geld zu entschädigen; dazu sogleich.

108 Grundlegend EGMR vom 22. Juni 1972 i.S. *Ringelsen*, Nr. 2614/65, § 21. Es geht also um eine Art Spezialprävention in umgekehrte Richtung, nämlich zugunsten des Täters.

Christiane Fruht\*

## Trainingscamp Anwaltspraxis

**Stichworte:** soziale Kompetenz, Kollegialität, Durchsetzungsverhalten, Beziehungsmanagement, Sympathie, Souveränität, Verhalten

*Wie Sie in der Anwaltspraxis Durchsetzungskraft, kollegiales Taktgefühl und das Werben um Sympathie trainieren können.*

### I. Einleitung

Die tägliche Anwaltspraxis verlangt viel Fingerspitzengefühl im Umgang mit Mandanten, Kolleginnen, Mitarbeitenden, Vorgesetzten, Geschäftspartnern. Die den Juristen eigene Eloquenz und Gelehrtheit hilft in den meisten Fällen weiter. Die Grenzen der Handlungsfähigkeit lassen sich durch kritische Selbstbeobachtung feststellen: Wendet sich der Blick ab, werden die Aussagen unklar, die Stimme leiser oder laut und forsch, befinden Sie sich in einer Situation, deren souveräne Bewältigung Ihnen persönliches Wachstum beschert.

\* M.A. selbstständige Kommunikationstrainerin//ERFOLGSDIALOGE//München, [www.fruht.de](http://www.fruht.de).

Typische Situationen, in denen soziale Kompetenz gefordert ist, sind zum Beispiel: Nein sagen, adäquat auf Kritik reagieren, unerwünschte Kontakte abbrechen, auf Komplimente reagieren, andere um einen Gefallen bitten, oder Gefühle offen benennen. Mögliche Kompensationen: Aus der souveränen Anwältin wird plötzlich ein leises, vage stammelndes Wesen; oder aus dem umgänglichen Kollegen ein schreiender, drohender, verletzender Tyrann. Diese beiden Reaktionen mögen kurzfristig zur erfolgreichen Bewältigung der Situation führen: Der Schreihals bekommt Recht, seine Mitarbeitenden ihre Ruhe; die Kollegin hat sich wieder einmal aus der Einladung des Mandanten heraus manövriert – mit dem Ergebnis, dass sie in der folgenden Woche wieder eingeladen wird. Von sozial kompetentem Verhalten ist in beiden Fällen nicht zu sprechen. Denn dieses wird gemäss den Psychologen Pfingsten und Hirsch<sup>1</sup> definiert als «Handeln, das in be-

1 RÜDIGER HIRSCH/ULRICH PFINGSTEN, Gruppentraining sozialer Kompetenzen, GSK, Weinheim 2002.

stimmten sozialen Situationen langfristig zu einem günstigen Verhältnis zwischen positiven und negativen Konsequenzen führt». Der tyrannische Kollege verliert langfristig die Kooperationsbereitschaft seiner Mitarbeitenden. Den ausgeübten Druck werden sie irgendwann mit «Dienst nach Vorschrift» und Demotivation quittieren. (Psychologen nennen dieses Phänomen Reaktanz, umgangssprachlich heisst es Trotz.) Die verunsicherte Juristin wird vielleicht nach jedem Kontakt zum sich anbietenden Mandanten erneut eine Ausflucht finden müssen, was sie langfristig Energie und Glaubwürdigkeit kostet.

Da Verhalten erlernt ist, lässt sich auch Verhalten für persönliche Grenzsituationen trainieren. Wer sich dessen bewusst ist, kann das persönliche Verhaltensrepertoire im «Labor Anwaltspraxis» ständig erweitern. Erfahren Sie im Folgenden mehr über das standardisierte und wissenschaftlich evaluierte Programm zum Ausbau des sozial kompetenten Verhaltens der Psychologen Dr. Rüdiger Hinsch und Dr. Ulrich Pflingsten, das sich seit der ersten Publikation 1983 in unzähligen Trainings für unterschiedlichste Zielgruppen, von Strafgefangenen über Bankangestellte bis hin zu Führungskräften, bewährt hat. Lassen Sie sich für Ihr tägliches Miteinander in der Anwaltspraxis inspirieren.

Eingangs lernen Sie die Verhaltensparameter kennen, die den Unterschied zwischen souveränem, aggressivem und unsicherem Verhalten ausmachen. Anschliessend demonstriert ein sozial-kognitives Modell, wie persönliches Verhalten durch äussere Einflüsse bedingt wird, und an welcher Stelle bewusst ins Verhaltensschema eingegriffen werden kann. Weiter werden die drei Situationstypen «Recht durchsetzen», «Beziehungsmanagement» und «um Sympathie werben» vorgestellt. Aus den speziellen Anforderungen an jeden einzelnen Situationstyp resultieren konkrete Verhaltensinstruktionen. Diese Tipps erhöhen Ihre Erfolgsquote beim Agieren in kniffligen zwischenmenschlichen Situationen.

## II. Kriterien unsicheren, aggressiven, sicheren Verhaltens

Am Verhalten lässt sich beobachten, ob das Gegenüber souverän agiert, sich angegriffen oder unsicher fühlt. Wie genau unterscheiden sich letztere beiden Reaktionen von souveränem Verhalten, und wie wirken sich diese auf das Gegenüber aus?

### 1. Unsicheres Verhalten

Bleiben wir beim Beispiel der Juristin, von der viel Feingefühl gefordert ist, um die wiederholte Einladung zum Abendessen des Mandanten abzuwehren. Sagt Sie: «Oh, also diese Woche bin ich unheimlich beschäftigt. Ich muss noch Fall X, Fall Y und Schriftsatz Z bearbeiten. Ich glaube also wirklich, dass ich am Samstag keine Zeit habe.» Schaut die Juristin bei dieser Aussage in den Terminkalender, statt dem Mandanten in die Augen, oder nestelt sie an ihrer Kleidung herum, zeigt sie uns ihre Verunsicherung par excellence. Diese ist vermutlich der Angst geschuldet, den Mandanten zu verletzen oder zu verlieren. Kriterien unsicheren Verhaltens sind eine leise und zaghafte Stimme,

unklare, vage Wortwahl, überflüssige Erklärungen, das Verleugnen der eigenen Bedürfnisse, ein lediglich indirekter Ausdruck von Gefühlen. Gestik und Mimik sind in verunsichernden Situationen kaum mehr vorhanden oder verkrampft, der Blickkontakt reisst ab oder wird vermieden. Typisch sind so genannte Selbst- bzw. Fremdbertührungen, das heisst Haare, Kleidungsstücke, Accessoires oder auch Gegenstände wie Kugelschreiber werden als (Blitz-)ableiter für die innere Aufregung genutzt. Bemerkte Ihre Unsicherheit, fühlt es sich wahlweise überlegen oder hat Mitleid, beides auf Kosten der Begegnung auf Augenhöhe. Reizt den Mandanten diese Unsicherheit, fällt die Energiebilanz der Juristin langfristig negativ aus, wenn sie ihn immer wieder aufs Neue vertrösten muss.

### 2. Aggressives Verhalten

Anders ist das beim aggressiven Verhalten, das uns der «Schrei-hals» in der Einleitung gezeigt hat. Die Empfänger des aggressiven Kommunikationsstils fühlen sich wahlweise eingeschüchtert oder provoziert. Bei aggressivem Verhalten ändert sich die normale Stimme zu einem Brüllen oder einem Zischen. Es wird geschrien oder bedrohlich leise geredet. Dabei werden beleidigende, verletzende oder drohende Worte gewählt.

Der aggressiv Reagierende erklärt und begründet nichts mehr, Rechte anderer werden ignoriert, Kompromisse kommen nicht in Frage. Gestik und Mimik verändern sich so, dass entweder keinerlei Blickkontakt aufgebaut oder das Gegenüber angestarrt wird.

Verhielte sich unsere Juristin aggressiv, würde sie dem Mandanten in beschriebener Art und Weise entgegen zischen «Glauben Sie denn, ich gehe mit jedem Mandanten aus? Wenn Sie jetzt noch mal fragen, dann übergebe ich Ihren Fall meinem Kollegen». Übrigens zählen auch Kontakt- und Kommunikationsabbruch zu aggressivem Verhalten.

### 3. Sicheres Verhalten

Sicheres Verhalten äussert sich durch laute, deutliche und klare Sprache sowie eindeutige Wortwahl. Inhaltlich sind die Aussagen präzise begründet, es werden eigene Bedürfnisse und Gefühle direkt ausgedrückt. Die Gestik und Mimik ist bei souveränem Verhalten lebhaft und unterstreicht das Gesagte. Die Körperhaltung ist entspannt, der wohl dosierte Blickkontakt zum Gesprächspartner transportiert Aufrichtigkeit und Souveränität.

So könnte unsere Juristin aus dem Beispiel dem Mandanten freundlich in die Augen schauen und ihm sagen «Vielen Dank für die Einladungen. Ich weiss diese wirklich zu schätzen. Sie haben mich jetzt schon so oft gefragt. Ich fühle mich etwas unter Druck gesetzt. Ich gehe mit Mandanten grundsätzlich nicht privat aus. Ich freue mich jedoch, wenn wir weiterhin so gut miteinander arbeiten.»

Mag sein, dass die Variante des sicheren Verhaltens sehr direkt anmutet; langfristig ist sie die effektivste, da beide Parteien genau wissen, woran sie sind. Ihnen bleibt das «Herumdeuteln» und Interpretieren («Sie hat heute bestimmt viel Stress gehabt») erspart. Der wertschätzende Tenor ist dem Respekt geschuldet

und schützt vor Beleidigungen und Verletzungen. Die Einschätzung, dass der andere die Wahrheit nicht ertragen könnte, ist letztlich nur eine Anmassung, hinter welcher der vermeidend Kommunizierende seinen mangelnden Mut versteckt.

### III. Wie Verhalten entsteht: Ein sozial-kognitives Modell

Wir können davon ausgehen, dass alle Aspekte unseres persönlichen Verhaltensrepertoires einmal nützlich für uns waren. Sie waren erfolgreich, sonst hätten wir sie nicht als Handlungsstrategie abgespeichert. Diese Handlungsstrategien sind spontan entstanden, als Folge emotionaler Impulse. Die Nachhaltigkeit der erzielten Erfolge wurde, zumindest im frühen Kindesalter, das uns besonders prägte, noch nicht hinterfragt. Während das kokettierende Verhalten im Kindesalter bei der Grosstante oder das aufbrausende beim Opa noch zum Erfolg führte, gleichen auf dieser Basis im Berufsleben erzielte Erfolge eher einem Pyrrhussieg. Manche Verhaltensweisen werden im Erwachsenenalter dem vernünftigen Erwachsenen-Ich angepasst. In anderen Situationen reagieren wir eher aus dem massregelnden Eltern- oder aus dem spontanen Kindheits-Ich. In bestimmten Situationen stossen wir mit unserem Verhalten immer wieder an Grenzen. Die Folgen sind persönliche Unzufriedenheit, eingeschränkte Entfaltungsmöglichkeit, Wut und Zorn auf sich selbst, Ratlosigkeit. Die gute Nachricht ist, dass sich Verhalten neu erlernen lässt, so dass langfristig die Bilanz der Konsequenzen des Verhaltens für Sie positiv ausfallen kann.

Der erste Schritt auf diesem Wege sei die Erkenntnis, dass die Gedanken das Verhalten programmieren. Und glücklicherweise lassen sich die Gedanken durch so genannte Selbstverbalisation beeinflussen. Es geht darum, wie wir mit uns selbst reden bzw. umgehen. Aus Gedanken resultieren Gefühle; Gefühle werden in Form von Reaktionen und Verhalten für andere sichtbar. Stellen Sie sich vor, Sie gehen in den Urlaub und lassen sich von einem Kollegen in einem besonders spannenden und lukrativen Fall vertreten. Sie kommen aus dem Urlaub zurück, und Ihr Kollege macht keine Anstalten, den Fall in Ihre Hände zurückgeben zu wollen.

Bei negativem und kritischem Umgang mit sich selbst triggern Sie bewusst oder unbewusst Ihre Gedanken mit Aussagen wie: «Immer verliere ich meine Fälle, ich hätte gar nicht in den Urlaub gehen dürfen»; «Der Mandant ist vielleicht zufriedener mit meinem Kollegen»; «Vor zwei Jahren war es schon mal ähnlich, da durfte dann der Kollege auch vom Chef aus den Fall behalten»; oder «Immer ich». Der Kreislauf setzt sich fort in den aus diesen Gedanken resultierenden Gefühlen, zum Beispiel Frust, Wut, Enttäuschung. Verfolgen Sie die Strategie, diese Gefühle zu unterdrücken, werden sich diese an Ihren Organen und damit Ihrer Gesundheit zu schaffen machen. Drücken Sie diese Gefühle indirekt (stimmlich, körpersprachlich oder über die Konnotation der Worte) aus, erzeugen Sie unter Umständen eine aggressive oder unsichere Wirkung bei Ihrem Gegenüber. Ziel des sozial kompetenten Verhaltens ist es, die Gefühle reguliert zum Ausdruck zu

bringen. So tun Sie sich selbst etwas Gutes und werden auch Ihrem Gegenüber mit Überzeugungskraft begegnen. Der erste Schritt in die richtige Richtung sind konstruktive Gedanken. Vor herausfordernden Situationen erzeugen Sie diese durch entsprechende Selbstverbalisation, zum Beispiel «Es ist mein gutes Recht, meinen Fall zurück zu verlangen . . .». Diesen Gedanken können Gefühle wie Mut oder Zuversicht entspringen. Und wie nimmt Ihr Gegenüber Sie wahr? Als eine selbstbewusste Person mit aufrechter Haltung, erhobenem Haupt, festem Schritt und fester Stimme, die ihm in die Augen schaut und eine klare Aussage trifft. Der Verhaltenserfolg prägt sich uns ein; wir werden in unserem neuen Verhalten konditioniert. Zu Trainingszwecken sollte die Erfolgsbilanz jedoch nicht von der Reaktion des anderen abhängig gemacht werden. Diese wird nicht nur durch unsere Vehemenz bestimmt, sondern durch viele andere Variablen, auf die wir keinen Einfluss haben. Bedeutender ist es, mit den eigenen Verhaltensfortschritten zufrieden zu sein; uns selbst zu loben und zu bestärken, auf dem richtigen Weg zu einem Verhaltensrepertoire zu sein, das unsere Erfolgswahrscheinlichkeit deutlich erhöht.

### IV. Situationstypen und Herausforderungen

Betrachten wir soziale Situationen unter dem Gesichtspunkt, welche Verhaltensweisen für ein erfolgreiches Handeln jeweils notwendig sind, stellen wir fest, dass sie sich drei Kategorien zuordnen lassen: Situationen vom Typ «Recht durchsetzen», «Beziehungen» und «um Sympathie werben». Wird mein Machtverhältnis in den Situationen mittels Gross- und Kleinschreibung ausgedrückt, lässt sich die Situation «Recht durchsetzen» mit grossem «ICH» und kleinem «du» beschreiben, denn es geht um mein juristisches oder konventionelles Recht, das ich gegenüber dem anderen durchsetze. Die Beziehungsebene spielt dabei keine Rolle. Beim Beziehungsmanagement werden sowohl «ICH», als auch das «DU» gross geschrieben, da man sich auf Augenhöhe begegnet und gemeinsam am Fortgang der Beziehung interessiert ist. Beim Werben um Sympathie ist das Verhältnis durch ein klein geschriebenes «ich» und ein gross geschriebenes «DU» zu beschreiben. Der Gesprächspartner soll dazu bewegt werden, etwas zu tun, was er nicht muss. Nun erfahren Sie die kommunikativen Herausforderungen in den einzelnen Situationstypen.

#### 1. Recht durchsetzen

Stellen Sie sich vor, Sie haben für sich und Ihre Mandanten im Restaurant einen bestimmten Tisch reserviert. Als Sie ankommen, ist der Tisch für eine andere Gruppe vorgesehen. Sie sollen am zugigen Tisch am Eingang Platz nehmen.

In Situationen vom Typ Recht durchsetzen steht der sachliche Fakt über der Beziehung zum Gegenüber. Für unser Szenario bedeutet das, Ihnen ist es gleich, was die Bedienung des Restaurants von Ihnen denkt. Ihnen kommt es darauf an, den gewünschten Tisch für Ihr Mandatsgespräch zu bekommen. Folgende Verhaltensinstruktionen helfen Ihnen zum Erfolg: Machen

Sie sich vor dem Wortwechsel klar, was genau Ihr Recht ist, und wie Sie es erreichen wollen. Präparieren Sie Ihren Auftritt, indem Sie sich per positiver Selbstverbalisation («Das ist mein gutes Recht.») auch (körper-)sprachlich in überzeugende Form bringen. Nehmen Sie Blickkontakt auf. Sprechen Sie Ihre Forderung laut und deutlich aus. Formulieren Sie dabei in Ich-Aussagen. Sagen Sie zuerst, was Sie wollen und dann, warum. Verzichten Sie auf lange Erklärungen, Weichmacher und Konjunktive. Diese bieten Ihrem Gegenüber Schlupflöcher und Diskussionspunkte. Wenn es sich um Ihr Recht handelt, bedarf es keiner Entschuldigung. Verzichten Sie auf verletzende oder aggressive Äusserungen, behandeln Sie Ihr Gegenüber respektvoll. Bleiben Sie bei Ihrer Forderung, legen Sie notfalls die «Schallplatte mit dem Sprung» auf, um die Forderung stetig zu wiederholen. In unserem Restaurant-Beispiel würden Sie sich körpersprachlich frontal und aufrecht vor die Bedienung stellen, und nach der psychologischen Vorbereitung mit fester Stimme sagen «Ich möchte mich mit meinen Mandanten an diesen Tisch setzen. Die Reservierung wurde von Ihnen bestätigt.» Erfordert die Situation Hartnäckigkeit, ergänzen Sie Ihren Satz durch «Herr X., ich bin jetzt wirklich wütend.» Verzichten Sie darauf zu drohen, um eine unsouveräne, aggressive Wirkung zu vermeiden.

Im Nachhinein reflektieren Sie die Situation. Ihr Erfolg ist jeder Schritt in die Richtung Ihres gewünschten Auftretens. Er ist vorerst nicht abhängig davon, ob Sie sich beim Gegenüber tatsächlich durchsetzen konnten. Denn gelang Ihnen das nicht, konditionieren Ihre Gedanken den abgeschwächten Auftritt in einer zukünftigen, ähnlichen Situation.

## 2. Beziehungsmanagement

Beim Situationstyp «Beziehungsmanagement» stehen Ihre Ambitionen auf gleicher Ebene wie jene des Gegenübers. Sie beide verbindet eine andauernde Beziehung; gemeint sind gleichberechtigte Kollegen, Geschäftspartner, auch Bekannte und Freunde. Anders als in Situationen, in denen Sie Ihr Recht durchsetzen möchten, ist in herausfordernden Situationen des Beziehungsmanagements die «Rechtsfrage» eher untergeordnet. Vielleicht haben Sie Forderungen an Ihr Gegenüber, doch Sie verfügen im Allgemeinen über keine rechtliche Legitimation zu deren Durchsetzung. Gerade im Punkt des «Nicht-Recht-Habens» unterscheidet sich dieser Situationstyp von dem des «Recht Durchsetzens». Ziel ist die Aufrechterhaltung und Verbesserung der gemeinsamen Beziehung. Es sollte Ihnen daher weniger darum gehen, sich uneingeschränkt durchzusetzen, als darum, künftiges Miteinander auszuhandeln. Beispiel: Ein befreundeter Kollege hat sich seit längerer Zeit Geld von Ihnen ausgeliehen und Ihnen aus Nachlässigkeit noch nicht zurückgegeben, obwohl Sie ihn schon mehrmals darauf angesprochen haben. Sie benötigen das Geld und verlangen es zurück. Ihr Kollege hat es nicht dabei und versucht, sich heraus zu winden. Die Argumentation über Normen, wie etwa «Geld gibt man immer gleich zurück», womöglich gekoppelt an pauschalisierte, in Du-Form formulierte Vorwürfe – «Du bist in dieser Hinsicht einfach zu nachlässig» – führen unweigerlich zu einer langwierigen, fruchtlosen Diskus-

sion und sollten vermieden werden. Sobald die Argumente aber auf Ihren eigenen Wünschen, Bedürfnissen, Emotionen aufbauen, sind sie hundertprozentig haltbar. Denn hierfür sind Sie selbst der grösste Experte. Bei Du-Botschaften kommt es schon deshalb zu meist fruchtlosen Diskussionen, weil das Gegenüber sein Gesicht wahren, seine Werte verteidigen, sein Verhalten rechtfertigen muss. In Situationen, in denen Sie die Beziehung zu Ihrem Gegenüber «managen» und vielleicht sogar verbessern wollen, sollten Sie echtes Interesse daran haben, den anderen zu verstehen. Übergeordnetes Ziel ist hierbei, die Bedürfnisse und Gefühle des Partners zu akzeptieren und dabei die eigenen dennoch aufrecht zu erhalten. So gewinnen Sie beide im Gespräch. Die Verhaltensinstruktionen für den Situationstyp «Beziehungsmanagement» lauten: Machen Sie sich vor der Aussprache Ihr Gefühl bzw. Bedürfnis und den konkreten Auslöser dafür bewusst. Reden Sie sich selbst positiv zu, um Ihr Kommunikationsverhalten situationsadäquat zu triggern (zum Beispiel «Meine Bedürfnisse sind mir sehr wichtig»). Bauen Sie im Gespräch selbst Blickkontakt auf, reden Sie laut und deutlich, aber ruhig. Bleiben Sie konsequent bei Ihrer Meinung und Ihren eigenen Gefühlen und teilen Sie diese Ihrem Partner auch direkt mit. Beobachtungen haben gezeigt, dass unser Vokabelkatalog, was Begriffe für zwischenmenschliche Emotionen angeht, inzwischen etwas verkümmert ist. Einschlägige Autoren<sup>2</sup> unterstützen uns durch Listen, deren Emotions-Begriffe keine Vorwürfe gegen den anderen implizieren. Begriffe für Emotionen auf der Basis unerfüllter Wünsche und Bedürfnisse sind zum Beispiel: ängstlich, ärgerlich, besorgt, frustriert, elend, gleichgültig, miserabel, irritiert, unruhig, schuldig, verwirrt, wütend, zornig. Schaffen Sie es, Ihre Gefühle und Bedürfnisse mit Hilfe solcher Worte konkret zu formulieren, fällt es Ihrem Gegenüber leichter, auf Sie einzugehen und schliesslich einzulenken. Es muss sich nicht verteidigen, sondern Ihren Bedürfnissen gerecht werden. Jedes Einlenken bekräftigen Sie durch positive (körper-)sprachliche Reaktionen. Nach dem Gespräch bestärken Sie sich wieder – zu Trainingszwecken – hinsichtlich jedes Verhaltensfortschritts, den Sie in Richtung Ihres gewünschten Verhaltens bewältigt haben, unabhängig vom Erfolg beim Gegenüber (der sich dennoch mit hoher Wahrscheinlichkeit einstellen wird). Wie lässt sich die oben erwähnte Situation auflösen? Der Einstieg ins Gespräch sollte positiv erfolgen. «Ich freue mich, dass wir heute Zeit für eine gemeinsame Pause haben, mit Dir erhole ich mich wirklich immer bestens von dem Stress.» Dann könnte es weiter gehen mit «im Übrigen bekomme ich noch Summe x von Dir. Wenn Du das Geld heute nicht dabei hast, gib es mir bitte spätestens Freitag in der Mittagspause zurück. Die offenen Beträge belasten meiner Ansicht nach unsere Freundschaft. Ich fühle mich manchmal ausgenutzt. Mir liegt viel an unserer Freundschaft, und ich freue mich, wenn wir das mit dem Geld klären können. Unsere Mittagspausen werden dann sicher noch viel unbeschwerter.»

2 MARSHALL B. ROSENBERG, Gewaltfreie Kommunikation: Eine Sprache des Lebens, Paderborn 2007. Weitere Literaturempfehlung: RÜDIGER HINSCH UND SIMONE WITTMANN, Soziale Kompetenz kann man lernen, Weinheim, Basel, Berlin 2003.

Vielleicht ist der befreundete Kollege ob der direkten Kommunikation zunächst irritiert. Doch dann wird er erleichtert sein, auf das belastende Verhalten angesprochen worden zu sein. Denn nun hat er die Chance, dieses Verhalten zu ändern und damit zur Verbesserung der Beziehung beizutragen.

### 3. Um Sympathie werben

Der anspruchsvollste Situationstyp ist der «um Sympathie werben». Sympathisch müssen wir nämlich immer dann erscheinen, wenn wir möchten, dass unser Gegenüber etwas für uns tut, was es nicht tun müsste. Dabei sitzt der Andere am «längeren Hebel». Angenommen, Sie haben sich selbst einen Auftrag eingebrockt, den Sie ursprünglich neben der üblichen Arbeitsbelastung erledigen wollten, um sich innerhalb der Kanzlei zu profilieren. Nun haben Sie aber auch sehr viele neue Fälle zu bearbeiten. Sie fühlen sich überfordert und wollen einen Kollegen bitten, Sie bei der Erledigung der selbst gewählten Sonderaufgabe zu unterstützen. Dieser ist in keiner Weise dazu verpflichtet und schuldet Ihnen auch keinen Gefallen. Die Verhaltensinstruktionen lauten: Vor dem Gespräch mit dem Kollegen coachen Sie sich selbst per Selbstverbalisation, im Sinne von «Es ist mein gutes Recht, einen Versuch zu machen.» Und das Verhalten während des Gesprächs? Genau: Blickkontakt, freundlich lächeln, Nachfragen, eigene Schwächen zugeben, Komplimente aussprechen. Und wenn sich die Meinung des Kollegen in Ihrem Sinne verändert, bestärken Sie diese in die gewünschte Richtung. Die Verhaltensweisen beim «Werben um Sympathie» sind zu vergleichen mit denen beim Flirten. Und wie dort kann die positive Reaktion des Gegenübers nicht erzwungen werden. Fühlen Sie sich dennoch frei, in angemessenen Situationen um Ihren Vorteil zu

buhlen. Tun Sie für sich das Beste und lassen Sie sich nicht davon entmutigen, wenn Ihr Gegenüber nicht einlenkt. Jeder kleine Erfolg in Richtung Zufriedenheit mit Ihrem Handeln ist ein grosser Schritt in Richtung sozial kompetentes Auftreten.

Im Artikel haben Sie die drei Situationstypen «Recht durchsetzen», «Beziehungsmanagement» und «Werben um Sympathie» kennen gelernt. Diese Kategorisierung dient vor allem der Analyse und dem Training. Im Alltag gestalten sich Herausforderungen sicher nicht immer so idealtypisiert. Sind Sie unsicher im Verhalten, ist es hilfreich, die eigene Absicht zu prüfen. Möchten Sie Ihr Recht durchsetzen, und die Beziehung zum Gegenüber ist sekundär für Sie? Dann fordern Sie Ihr Recht klar und prägnant ein. Ist Ihnen Ihr Gegenüber wichtig und Sie möchten nur bestimmte Themen klären, mit denen Sie nicht zu Recht kommen? Dann verbalisieren Sie Ihre Bedürfnisse und vereinbaren gemeinsam den zukünftigen Umgang miteinander. Ihr Verhältnis wird an der offenen Kommunikation miteinander sogar wachsen. Oder sind Sie in einer Misere, in der Sie vom Wohlwollen des anderen abhängig sind? Dann legen Sie sich ins Zeug, um sympathisch zu erscheinen, denn das wird es dem Gesprächspartner erleichtern, Ihnen entgegen zu kommen. So gesehen gelangen wir in der Anwaltspraxis von Situationstypen zu Verhaltensklassen, die sich durch das angestrebte Ziel unterscheiden. Schlagfertigkeit, «auf den Tisch hauen», «kokettieren» und «um den heissen Brei» reden mögen kurzfristige Erfolge beschieren. Die beschriebenen Verhaltensweisen verhelfen Ihnen zum langfristigen Erfolg mit positiver Energiebilanz. Ausserdem bekommen Sie die Möglichkeit, Ihre Gefühle zu kanalisieren. Ihre Gesundheit wird es Ihnen danken. Nutzen Sie die juristische Berufspraxis als Trainingscamp. Wo Sie Unsicherheit oder Aggression verspüren, geht es lang! ■

Hans-Rudolf Metzger\*

## Echt oder unecht? – Echtheitsprüfung von Schriftmaterial

**Stichworte:** Echtheitsprüfung, Schriftmaterial, Unterschriftenfälschung, Graphologie, Schriftpsychologie, Schriftexpertisen

### I. Einleitung

Häufig bleiben Fälle, in denen Unterschriften oder ganze Schriftstücke gefälscht werden (wie auch die Zusendung von anonymen Drohbriefen) ohne Konsequenzen, weil die Beweisführung schwierig ist. Hier kann die Echtheitsprüfung von Handschriften durch einen ausgewiesenen Schriftpsychologen Klarheit schaffen. Die Anerkennung und Gewichtung schriftpsychologischer Befunde liegt im Ermessen des Richters. Aus der Praxis ist bekannt, dass sie in der Regel bei der Rechtsprechung mit einbezogen werden. Es gibt auch Fälle, in denen der Richter ein über-

parteiliches schriftpsychologisches Gutachten in Auftrag gibt. Nachfolgender Artikel beschreibt anhand konkreter Beispiele die Einsatzmöglichkeiten und das Vorgehen von Schriftexpertisen in der Anwaltspraxis.

### 1. Ursprünge der Graphologie

Das Interesse an der Handschrift lässt sich zurückverfolgen bis in die Antike. Bereits 300 Jahre vor Christi Geburt erkannte Aristoteles, dass die Menschen in ihrer Handschrift ebenso variieren wie in ihrem sprachlichen Ausdruck. Der Begriff «Graphologie» wurde vom französischen Abbé Jean-Hippolyte Michon geprägt. Michon leistete in der Mitte des 19. Jahrhunderts bedeutende Forschungsarbeit. Auch bekannte Experten und Buchautoren wie

\* Wirtschaftspsychologe, Dipl. Psychologe HAP und Schriftpsychologe SBAP, Rüschtikon.

Max Pulver, Ludwig Klages, Heinrich Pfanne, Hans Knobloch leisteten im 20. Jahrhundert wertvolle und umfassende Arbeit über die Graphologie. Im Buch «Graphologie, Exemplarische Einführung», Verlag für angewandte Wissenschaften München, 1990, steht unter dem Namen des Verfassers, Dr. Hans Knobloch, «Lehrbeauftragter für Schriftpsychologie». Im 20. Jahrhundert arbeiteten an verschiedenen deutschen Universitäten solche Lehrbeauftragte. Sie alle heben in ihren Schriften die Wissenschaftlichkeit der Graphologie hervor.

## II. Jede Handschrift ist ein Unikat

Die Haltung gegenüber der Schriftpsychologie – wie die Graphologie genannt wird, wenn sie von psychologisch ausgebildeten Experten praktiziert wird – hat sich gewandelt. Geblieben ist ihr Stellenwert hinsichtlich Echtheit oder Fälschung. Die Rechtsprechung geht ebenso wie die Psychologie vom Grundsatz aus, dass die Handschrift in ihrem ganzheitlichen Erscheinungsbild – wie auch der Fingerabdruck – individueller Ausdruck des Menschen ist. Durch die Unverwechselbarkeit der Handschrift wird es möglich, den Urheber zu identifizieren. Sich ähnelnde Schriften wi-

dersprechen nicht der Einzigartigkeit des handschriftlichen Ausdrucks. Auch ähnliche Schreibleistungen sind voneinander abgrenzbar – vorausgesetzt, dass zur Prüfung von Echtheit oder Fälschung die Originale vorliegen. Bei Kopien bestehen Informationsdefizite in den Merkmalen der Strichbeschaffenheit, des Drucks, des Bewegungsflusses, der Bewegungsrichtung. Ein Schriftstück als Ganzes widerspiegelt das Prinzip einer geronnenen Bewegung.

### 1. Schriftpsychologische und forensische Prüfung

Unabhängig davon, ob man Schriftstücke auf ihre Echtheit hin prüft oder daraus psychodiagnostische Schlüsse zieht: Die Faszination von Handschriften und die Hingabe zu dieser fassbaren Form eines geistigen Prinzips bleibt sich gleich. Der Buchautor Franco P. Tettamanti («Essence; Kern des Machens», Offizin Verlag 2005) schreibt dazu: «... Bemerkenswert dabei ist, dass es sich beim Schreiben um einen zentral gesteuerten Vorrang handelt. Das Entscheidende ist die Psyche und nicht das ausführende Organ, sei das nun die Hand, der Mund oder der Fuss...».

	Schriftpsychologischer Experte	Forensischer Experte
Zugang und Wahrnehmung	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Gewichtet ganzheitliche Wahrnehmung und detailliertes Aneinanderreihen von Fakten gleich und verbindet diese miteinander.</li> <li>• Untersucht die Persönlichkeitsstruktur des Fälschers.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Konzentriert sich auf die Gesichtspunkte echt oder unecht.</li> <li>• Fokussiert seine Expertise auf labortechnische, d.h. apparative Untersuchungsverfahren.</li> </ul>
Methodik und Hilfsmittel	<p>Prüfung der Schrift im Tageslicht (5500 °K) und Kunstlicht (3400 °K), gefolgt von der makroskopischen und stereomikroskopischen Untersuchung unter Zuhilfenahme verschiedener Lichtquellen (Halogenlicht, Kaltlichtleiter), Beleuchtungsarten und Filter.</p> <p>Versierte Experten arbeiten auf Wunsch vor Ort, da dies wichtig ist bei Schriftstücken, die auch vorübergehend nicht an Dritte ausgehändigt werden dürfen, trotzdem aber im Original eingesehen werden müssen.</p> <p>Bei der Diagnose von Besonderheiten des Schreibdrucks sowie den Eigenheiten der Strichstruktur bedient sich der Schriftpsychologe der Vergrößerung von Schriftstücken in Verbindung mit dem Wissen um rund 450 Einzelmerkmale. Aus diesen wählt er diejenigen aus, welche jeweils im konkret untersuchten Fall von Bedeutung sind. Zusätzlich zu den rational belegbaren Kriterien existiert eine weitere Ebene im Sinne ganzheitlicher Wahrnehmung, welche ein noch differenzierteres Erfassen von Schriftmaterial ermöglicht. Es handelt sich um die Verbindung aus Zuwendung zum Beruf, Erfahrung mit Tausenden von Handschriften aus unterschiedlichen Fragestellungen und sog. Aha-Erkenntnissen – Einfälle, welche sich bei deren Überprüfung als logisch nachvollziehbar und beweisbar entpuppen.</p>	<p>Der forensische Schriftsachverständige verwendet extravisuelle Untersuchungen im lang- und kurzwelligen UV-Licht wie auch im IR-Licht, um Absorptions- und Lumineszenzphänomene zu erkennen. Zudem werden mittels elektrostatischer Oberflächenabbildung latente Schreibdruckrillen sichtbar gemacht. Gegebenenfalls weitere urkundentechnische Untersuchungen können angezeigt sein mittels zerstörungsfreier elektronischer Bildverarbeitung, Rasterelektronikmikroskop oder chemisch-analytischer Materialbeschaffung. Neue kriminaltechnische Verfahren werden laufend berücksichtigt.</p>

### III. Schriftfälschung ist kein Kavaliersdelikt

Erstaunlich ist der Umstand, mit welcher Unbekümmertheit Schriften gefälscht werden. Angefangen von Verträgen beim Kauf von Automobilen, auf denen die Unterschrift der Ehegattin oder des Ehegatten erforderlich ist, über das Gegenzeichnen von Checks zwecks Gutschrift bis hin zum Politiker, der angeblich unkundigen Wählern den Wahlzettel ausfüllt, gibt es viele Variationen. Gerade letzteres Vorkommnis zeigt aber auch, dass die Eigenheiten eines Schriftbildes selbst Laien spontan auffallen, waren es doch Stimmenzähler, welche den Umstand der gleichen Handschrift auf mehreren Stimmformularen bemerkten und für entsprechendes Abklären der Angelegenheit sorgten. Eher selten mutet die Bemerkung des Fehlbaren an, er habe doch den Fehler zugegeben. Selbst als Jurist scheint er sich der rechtlichen Tragweite solcher Unterstützungen nicht bewusst zu sein.

### IV. Treffsicherheit von Echtheitsprüfungen kann variieren

Für die Echtheitsprüfung gibt es zwei Ansätze: einen bejahenden sowie einen verneinenden. Während es im letzten Schritt darum geht, die Echtheit zu beweisen, liegt im ersten Schritt das Augenmerk auf dem Nachweis, dass die Schrift/Unterschrift nicht von einer bestimmten Person stammen könne. Das Ergebnis der Echtheitsprüfung reicht von begründeten Vermutungen bis hin zu absoluten Gewissheiten. Meist überwiegt letztere, wie die langjährige Praxis zeigt. Nachfolgende Fälle illustrieren die Vielfalt der Situationen, in denen Schriften gefälscht werden:

#### Fall 1: Original und Kopie

In einer gerichtlichen Auseinandersetzung behauptete die Gegenpartei im Falle eines Legats, die Unterschrift auf dieser Verfügung könne nicht echt sein, denn sie stimme überhaupt nicht mit derjenigen auf dem Fahrausweis überein. Eine der Besonderheiten lag darin, dass dem Unterzeichnenden für die Unterschrift auf dem Ausweis ein begrenzter Platz zur Verfügung stand, während dies beim anderen Schriftstück nicht der Fall war. Die Breite variierte entsprechend. Auf dem Ausweis betrug sie ca. 5.0 mm, auf dem Schriftstück hingegen ca. 65.0 mm. Die Prüfung erfolgte nach folgenden Kriterien: Lage und Wechsel der Lage; Rhythmus; Richtung und Richtungswechsel; Bewegungsprinzip; sogenannte Deckzüge durch äussere Umstände (Bremsung der Bewegungsdynamik aufgrund des vorgeschriebenen verfügbaren Platzes); Eigenheiten von Wortanfang (Name), Wortmitte, Wortende. Auf die Prüfung zwei der wichtigen Kriterien der Schriftpsychologie, der Druck und das Prinzip der sogenannten geronnenen Bewegung, musste verzichtet werden, da ein Original auf dem Ausweis nicht verfügbar war.

In solchen Fällen müssen sowohl Schriftpsychologe als auch forensischer Schriftexperte einen Vorbehalt in der Stellungnahme anbringen. Auch unter dessen Berücksichtigung stammen, den erwähnten sechs Kriterien nach zu schliessen, beide Unterschriften trotz ihrer scheinbaren Verschiedenheit vom gleichen Schrifturheber. Die Gegenpartei trat nicht näher auf diese

Stellungnahme ein und liess ihr Argument der nicht identischen Unterschriften fallen.

#### Fall 2: Täuschungsmanöver auf Order-Formular

Die interne Revision bei einem weltweit tätigen Unternehmens ergab, dass es innerhalb einer bestimmten Länderorganisation zu Unstimmigkeiten bei den Bestellungen gekommen war. Der Länderverantwortliche bestritt, dass die Unterschrift auf dem Order-Formular von ihm stamme, doch Tatsache war: das Schriftstück trug seinen Namen und offenbar auch seine Unterschrift. Am Hauptsitz war man ratlos – wie weiter? Schliesslich schaltete der interne Rechtsdienst einen Schriftpsychologen ein. Die Prüfung ergab, dass die Unterschrift echt war. Gleichzeitig enthielt die (gemäss Länderchef nicht von ihm stammende) Unterschrift auf dem Formular eindeutige Merkmale, die auf Täuschungsmanöver gegenüber seinen Vorgesetzten hinwiesen. Dies bestätigte auch der Vergleich von Schriftmaterial der vorhergehenden drei Monate.

#### Fälle 3 und 4: Erbstreitigkeiten

Das französische Sprichwort «Wenn der Baum gefallen ist, läuft jeder hin, um Holz zu holen» dürfte in Anwaltskreisen leidlich bekannt sein: Gerade wenn viel Geld im Spiel ist, werden Erbchaftsstreitigkeiten mit allen Mitteln ausgefochten – oftmals auch mit gefälschten Handschriften. Im nachfolgenden Fall trumpfte innerhalb einer Erbgemeinschaft einer der Erben mit einer (angeblich von seinem verstorbenen Vater verfassten) Erklärung auf, das ihm gewährte Darlehen sei erlassen und damit nicht zurückzuzahlen. Eine Prüfung ergab, dass die Unterschrift auf der Erklärung nicht vom verstorbenen Vater stammen konnte. Zudem gab es Verdachtsmomente, die darauf hinwiesen, dass der Sohn die Unterschrift des verstorbenen Vaters nachgezeichnet hatte.

In einem anderen Fall wurde das Testament von einer Erbgemeinschaft mit der Begründung angefochten, die Verfasserin sei nach einer Chemotherapie nicht mehr zurechnungsfähig gewesen. Angeblich sehe man das aus der zittrigen Handschrift. Es ist bekannt, dass sich die Feinmotorik des Schriftbildes nach einer solchen Behandlung oder auch altersbedingt verändern kann. Die Handschrift kann aber nicht als Beweismittel der Zurechnungsfähigkeit einer Verfasserin dienen. Dies widerspricht den Möglichkeiten und Grenzen ebenso wie den Richtlinien des Berufsverbandes, der Schweizerischen Graphologischen Gesellschaft.

#### Fall 5: Fälschung oder Echtheit einer Kinderschrift

In einem Scheidungsverfahren legte einer der Ehepartner dem Gericht ein Schreiben vor, wonach eines der Kinder dermassen verängstigt sei, dass es keinen Kontakt mehr mit dem betreffenden Elternteil wolle. Da zur Prüfung kein Original verfügbar war, musste ein Vorbehalt angebracht werden. Immerhin erwies sich eines der wesentlichen Merkmale als derart auffällig abweichend von einer Originalschriftprobe, dass in der Stellungnahme auf eine wahrscheinliche Fälschung hingewiesen wurde. Sollte

das Schriftstück tatsächlich vom Kind stammen, wäre aus dem Schriftstück zu schliessen, dass es bei dessen Verfassung unter massivem Druck stand.

### Fall 6: Zu Unrecht beschuldigt

Die Echtheitsprüfung hilft nicht nur Täter zu überführen, sondern auch Unschuldige zu entlasten. Im Raum stehende, ungelöste Verdächtigungen schüren gegenseitiges Misstrauen und können das Arbeitsklima nachhaltig vergiften. Davon sind letztlich auch die Produktivität und damit der Unternehmenserfolg betroffen. Im nachstehenden Fall, bei dem Ware am falschen Ort ausgeliefert wurde, konnte ein jahrelanger Mitarbeitender dank der Echtheitsprüfung rasch und eindeutig entlastet werden: Ein Vergleich der Original-Unterschrift mit der Unterschrift auf dem Auslieferungsformular liess mit Sicherheit den Schluss zu, dass diese Unterschrift nicht vom verdächtigten Chauffeur stammte. Damit konnte vermieden werden, dass ihm Unrecht geschah. Auch sein Vorgesetzter war erleichtert – er hatte ihm eine solche Fehlleistung nicht zugetraut und war froh, die Bestätigung zu bekommen, dass sein Mitarbeiter unschuldig war.

### Fall 7: Anonymer Drohbrief

Ein weiteres dunkles Kapitel, in das die Echtheitsprüfung von Schriftstücken bzw. Unterschriften Licht bringen kann, sind anonyme Droh- bzw. Schmähbrieft. In einem Maschinenbau-Unternehmen erhielt der Vorgesetzte von acht Monteuren einen Zettel, auf dem er mit analen Schimpfwörtern bezeichnet wurde. Aufgrund des Inhalts musste der Urheber einer der acht Monteure gewesen sein – doch welcher? Aufgrund des Vergleichs der Handschriften mit dem Zettel konnte der Übeltäter eindeutig zugeordnet werden.

### Fall 8: Fälschung in der Schule

Angeblich hatte ein Lehrer Prüfungsaufgaben mit so strengen Noten belegt, dass die Klasse insgesamt schlecht abschnitt. Eine 14-jährige Schülerin erzählte gegenüber ihrer Pflegemutter, er

habe das zugegeben. Zu einem späteren Zeitpunkt brachte sie eine schriftliche Erklärung nach Hause, in welcher der Lehrer diesen Umstand zugab. Als er davon erfuhr, setzte er sich vehement zur Wehr und bestritt die Echtheit seiner Unterschrift. Es gab heftige Diskussionen zwischen Lehrer, Pflegemutter, Schulkommission. Die Pflegemutter schlug dann die Prüfung des fraglichen Schriftstücks durch einen Experten vor. Dieser hat ihr dargelegt, dass die Unterschrift auf dem angeblichen Eingeständnis nicht mit der Original-Unterschrift des Lehrers in den Zeugnissen übereinstimme. Nach dieser ersten Sitzung verlangte dann die Schulkommission, sämtliche in Frage kommenden Personen müssten die Unterschrift des Lehrers imitieren. Es handelte sich um insgesamt fünf Personen. Natürlich war bald klar, dass die Schrift der Schülerin mit der Unterschrift des Lehrers identisch war. Gerade in diesem Fall kam ein wichtiger Aspekt ergänzend hinzu. Es liess sich psychologisch klar nachvollziehen, was sie auf der Ebene ihres Wesens bewegte, als sie die Unterschrift des Lehrers mit Vorname und Nachname schreiben musste.

## V. Die Urheber entlarven

Handschriften zu fälschen ist nicht so einfach wie es der Schauspieler Leonardo Di Caprio im Film «Catch me if you can» demonstriert. Im bekannten Kino-Film von Steven Spielberg ergaunert er als jugendlicher amerikanischer Trickbetrüger und Hochstapler mit gefälschten Schecks vier Millionen Dollar, fliegt als angeblicher Pilot um die Welt und arbeitet mit gefälschten Papieren als Arzt und Anwalt. Eindrücklich wird im Film gezeigt, wie anfängliche Schuldgefühle mit zunehmendem Gelingen von Fälschungen durch Macht und emotionale Überlegenheit abgelöst werden. Täter bekommen Spass an ihren Betrügereien, weil vieles so leicht gelingt. Doch ob Unterschriftenfälschung, anonyme Zuschrift oder gefälschtes Testament: Die Täter hinterlassen mit ihren Handschriften deutliche Spuren. Machen Sie es den Betrügern nicht zu einfach! ■

Niels Schindler\* et Sara Rosta\*\*

# La clause de non-concurrence en droit du travail

**Mots clés :** Clause de non-concurrence, validité, droit du travail

## I. Introduction

Les clauses de non-concurrence sont fréquentes dans certains secteurs de l'industrie. En effet, il n'est pas rare que l'actif le plus précieux d'une entreprise soit son capital humain, à savoir les connaissances acquises ou la clientèle de l'employeur. Par une clause de non-concurrence, l'employeur s'assure qu'un employé quittant l'entreprise n'utilise pas les connaissances ou les secrets connus au sein de celle-ci dans un rapport de concurrence économique avec son ancien employeur.<sup>1</sup>

Cependant et afin de préserver autant que se peut le droit fondamental à l'exercice d'une activité économique, le Code des obligations impose de nombreuses conditions à la validité d'une telle clause.

Les tribunaux, qui semblent d'une manière générale n'avoir qu'un goût modéré pour les accords de non-concurrence, ont généralement interprété ces conditions de manière restrictive. Le présent article passe en revue les conditions de validité d'une clause de non-concurrence, à la lumière de la jurisprudence cantonale et fédérale.

## II. La validité de la clause de non-concurrence: les conditions cumulatives à réaliser

Pour qu'une clause de prohibition de faire concurrence soit valable et puisse être invoquée, un certain nombre de conditions – toutes cumulatives – doivent être réunies. L'oubli de l'une des conditions nécessaires entraîne la nullité de la clause.<sup>2</sup>

### 1. Forme écrite et signature

La loi exige que la clause de non-concurrence soit convenue par écrit<sup>3</sup> et qu'elle soit signée par toutes les parties auxquelles le contrat impose des obligations<sup>4</sup>.

Ces exigences formelles ont pour but d'attirer l'attention des cocontractants, en particulier celle de l'employé<sup>5</sup>, sur l'importance des conséquences découlant de la conclusion d'une telle clause. Selon la doctrine majoritaire, à laquelle nous nous ral-

ions, un renvoi du contrat de travail à un règlement interne de l'entreprise ou à tout autre document annexe dans lequel la clause serait inscrite ne respecte pas la condition de la forme écrite<sup>6</sup>.

### 2. Exercice des droits civils

L'employé doit être majeur et capable de discernement au moment de la signature de la clause.<sup>7</sup> A défaut, l'accord signé par les parties ne déploie aucun effet, même si le représentant légal y a consenti.<sup>8</sup>

Cette règle souffre d'exceptions. En effet, dans le cadre d'un contrat d'apprentissage,<sup>9</sup> aucune clause de non-concurrence ne peut être établie – que l'apprenti soit majeur ou mineur. Il en va de même en ce qui concerne les travailleurs temporaires.<sup>10</sup>

### 3. Délimitation quant au lieu, au temps et au genre d'affaires

L'article 340a alinéa 1 CO prévoit que la prohibition doit être limitée *convenablement* quant au lieu, au temps et au genre d'affaires.

Pour pouvoir circonscrire *convenablement* l'interdiction de travailler de l'employé *quant au lieu*, il convient dans un premier temps de déterminer le(s) lieu(x) (localité, canton, région, etc.) où l'employeur déploie effectivement son activité économique; ceci dans le but premier de limiter l'interdiction à ce qui est strictement nécessaire à la préservation de l'intérêt<sup>11</sup> réel et raisonnable de l'employeur. Ce périmètre géographique inclut donc le marché sur lequel l'employeur est actif<sup>12</sup> et sur lequel il offre<sup>13</sup> ses services à sa clientèle.

Cette stricte délimitation a pour objectif de protéger l'avenir économique de l'employé contre une atteinte qui s'avèrerait contraire à l'équité<sup>14</sup> ou qui mettrait en danger les bases de son existence économique<sup>15</sup>. Ainsi, une clause qui engloberait un

\* Avocat au barreau de Genève, Associé, Secretan Troyanov.

\*\* Avocate au barreau de Genève, Secretan Troyanov, Assistante en droit du travail à l'Université de Genève.

Les auteurs remercient M<sup>e</sup> Marc-Antoine Mazloum, avocat-stagiaire, de sa précieuse assistance pour la rédaction de cet article.

1 Berner Kommentar, page 21 ad art. 340 n<sup>o</sup> 1.

2 R. WYLER, Droit du travail, Berne, 2008, édition Staempfli, page 596, chiffre 2.

3 Voir l'article 340 alinéa 1 du Code des obligations (ci-après «CO»).

4 Voir l'article 13 CO.

5 U. STREIFF/A. VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Schulthess, 6. Auflage, art. 340, N 5 et N 6, p. 831.

6 R. WYLER, op. cit., page 597, chiffre 2.1.

7 Voir l'article 13 du Code civil suisse (ci-après «CC») et l'article 340 alinéa 1 CO.

8 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du Code des obligations du 27 août 1967, FF 1967 II 409.

9 Voir l'article 344a alinéa 6 CO.

10 Voir l'article 19 alinéa 5 litera b de la Loi du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (ci-après «LSE»).

11 Semaine Judiciaire (ci-après «SJ») 1989, pages 685–686.

12 U. STREIFF/A. VON KAENEL, op. cit., art. 340a, page 849, n<sup>o</sup> 3.

13 Journal des Tribunaux (ci-après «JdT») 2005 I 12 consid. 2.1.2.

14 Arrêt du Tribunal fédéral du 20 février 2004 publiée sous la référence ATF 130 III 353.

15 Arrêt du Tribunal fédéral du 11 mars 2003, référence 4C.5/2003.

continent voire le monde entier – quand bien même l'employeur serait actif à l'échelle internationale – est a priori excessive.<sup>16</sup>

En ce qui concerne la délimitation *quant au temps*, l'article 340a alinéa 1 CO prévoit qu'en principe la prohibition ne peut excéder trois ans. Au-delà de ce délai, il incombe à l'employeur, en cas de litige, de démontrer que les circonstances particulières imposent une durée supérieure à trois ans.<sup>17</sup>

Enfin, en ce qui concerne la délimitation *quant au genre d'affaires*, la clause doit spécifier le domaine d'activité prohibé afin d'empêcher un rapport de concurrence avec le genre d'affaires exercé par l'employeur.

#### 4. Connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires

La clause de prohibition de concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent à l'employé d'avoir connaissance de la clientèle ou des secrets de fabrication ou d'affaires<sup>18</sup> de l'employeur et qu'il puisse causer, en cas de rupture des rapports de travail, un préjudice à l'employeur en exploitant les éléments dont il a acquis connaissance en étant à son service;<sup>19</sup> la période d'essai faisant partie de la durée des rapports de travail<sup>20</sup>. Le défaut de l'une de ces conditions cumulatives entraîne la nullité de la clause de non-concurrence.<sup>21</sup>

En ce qui concerne la *clientèle*, elle comprend l'ensemble des personnes physiques et morales qui entrent en relation d'affaires régulière avec l'employeur et qui participent ainsi au chiffre d'affaires de l'entreprise.<sup>22</sup> L'employé doit *connaître* la clientèle de l'employeur. Il doit avoir les renseignements nécessaires pour savoir où elle se trouve et où il peut offrir ses services concurrents.<sup>23</sup>

A titre d'exemple, une interdiction de concurrence s'étendant sur toute la Suisse a été jugée excessive car même si l'employeur avait son siège à Genève, son bureau à Fribourg, des petites agences à Neuchâtel, Bienne, Aarau et St-Gall, ainsi qu'un rayon d'activité se limitant pour l'essentiel au canton de Vaud, la connaissance acquise par l'employé de la clientèle ne pouvait être utilisée de manière à causer un préjudice à l'employeur, que dans le canton de Fribourg, éventuellement dans la partie nord du canton de Vaud. Partant, le Tribunal fédéral a réduit la limitation quant au lieu de façon à la faire correspondre à l'intérêt réel de l'employeur et à la connaissance acquise de l'employé.

Toutefois, les travailleurs exerçant une profession libérale, régie par un contrat de travail, entretiennent des *relations à caractère essentiellement personnel* avec la clientèle de l'employeur, fondée sur leur compétence ou leur personnalité. Ce rapport personnel empêche une clause de non-concurrence de déployer ses effets à leur encontre. Partant, il serait vain d'imposer une clause de non-concurrence aux employés exerçant une activité libérale, telle que la médecine, la profession d'avocat ou de pharmacien.<sup>24</sup>

Pour être qualifiées de *secrets de fabrication ou d'affaires*, les connaissances acquises par le travailleur doivent toucher à des questions techniques, organisationnelles ou financières, qui sont spécifiques et que l'employeur veut garder secrètes.<sup>25</sup> Il faut que le travailleur ait appris des techniques inconnues des concurrents de l'employeur et véritablement singulières à l'entreprise.<sup>26</sup> Il faut que la divulgation de tels secrets fasse bénéficier des tiers, qui ne peuvent être que des concurrents directs de l'employeur.<sup>27</sup> Il incombe à l'employeur d'apporter la preuve que les connaissances litigieuses sont objectivement secrètes et qu'il entend qu'elles ne soient pas divulguées.<sup>28</sup>

A titre d'exemple, la jurisprudence se penche sur l'activité des horlogers spécialisés dans le domaine des montres mécaniques à répétition. Le Tribunal cantonal neuchâtelois, dont son arrêt a été confirmé par le Tribunal fédéral,<sup>29</sup> a établi comme principe de base que *«le fait que les horlogers de haut de gamme constituent un nombre limité de personnes ne transforme pas en secret de fabrication tous les procédés et tous les savoir-faire qu'ils mettent à profit. Ces connaissances, même très pointues, appartiennent à l'expérience professionnelle du travailleur dans toute la mesure où elles peuvent être acquises de la même manière dans toutes les entreprises de la même branche»*.<sup>30</sup>

Partant, il ne suffit pas d'exercer une activité spécifique, même connue d'une infime élite, pour se voir opposer une clause de non-concurrence. Encore faut-il que l'employeur démontre précisément en quoi consistent les secrets de fabrication, lesquels doivent être propres à son entreprise et inconnus de ses concurrents directs.

#### 5. Préjudice sensible

Pour que cette condition soit réalisée, il suffit qu'un risque – même hypothétique – de subir un dommage existe.<sup>31</sup>

16 Arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2002, référence 4C.44/2002.

17 P. CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, édition Schulthess, 2009, page 598, n° 2.

18 Voir l'article 340 alinéa 2 CO.

19 Arrêt du Tribunal fédéral du 3 décembre 2008, référence 4A\_417/2008, consid. 4.1.

20 SJ 1986 page 306.

21 Arrêt du Tribunal fédéral du 3 décembre 2008, référence 4A\_417/2008, consid. 4.1.

22 P. TERCIER/P. FAVRE, Les contrats spéciaux, 4ème édition, Schulthess, 2009, page 573, chapitre 46, n° 3842.

23 ATF 91 II 372.

24 R. WYLER, op. cit., page 599, chiffre 2.4.a.

25 Arrêt du Tribunal fédéral du 3 décembre 2008, référence 4A\_417/2008, consid. 4.1.

26 Jugement de la II<sup>e</sup> Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 11 août 2008, consid. 7.

27 Jugement de la II<sup>e</sup> Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 11 août 2008, consid. 7.

28 Jugement de la II<sup>e</sup> Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 11 août 2008, consid. 7.

29 Jugement de la II<sup>e</sup> Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 11 août 2008 consid. 7 et Arrêt du Tribunal fédéral du 3 décembre 2008, référence 4A\_417/2008, consid. 4.2.

30 Jugement de la II<sup>e</sup> Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 11 août 2008, consid. 7.

Il faut par conséquent un lien de causalité naturel et adéquat entre les connaissances particulières acquises au sein de l'entreprise et la possibilité de causer un préjudice sensible.<sup>32</sup>

## 6. Contre-prestation à offrir à l'employé<sup>33</sup>

En rédigeant une clause de non-concurrence, il convient de toujours veiller à respecter l'équilibre<sup>34</sup> entre l'intérêt de l'employeur à ce que son employé ne lui fasse pas concurrence et l'intérêt de cet employé à limiter temporairement sa liberté économique, en renonçant à faire concurrence à son employeur. Un déséquilibre trop important des intérêts<sup>35</sup> en jeu peut entraîner la nullité d'une telle clause. C'est dans cet esprit que la loi et la jurisprudence ont établi des règles afin de protéger<sup>36</sup> l'employé – la partie dite «faible» – contre des engagements excessifs<sup>37</sup> qui aliéneraient sa liberté économique de manière disproportionnée.

Toutefois, à ce jour, il n'existe aucune base légale impérative<sup>38</sup>, en matière de droit du travail, qui obligerait l'employeur à verser une contre-prestation<sup>39</sup> à l'employé qui s'est engagé à ne pas lui faire concurrence.

Partant, afin de renforcer la validité d'une clause de non-concurrence, il peut dès lors être indiqué de prévoir le versement, à la fin des rapports de travail, d'une indemnité spéciale, valant compensation équitable à l'interdiction de faire concurrence.

## III. Caducité de la clause

Une fois toutes les conditions essentielles à la validité de la clause de non-concurrence réunies, la validité peut encore être remise en question par des causes qui la rendent caduque avec effet *ex nunc*<sup>40</sup>.

La clause de non-concurrence cesse de déployer ses effets s'il est établi que l'employeur n'a plus d'intérêt réel à ce qu'elle soit maintenue.<sup>41</sup> Il incombe à l'employé de démontrer l'absence d'intérêt réel de l'employeur.

Une résiliation du contrat de travail sans motif justifié imputable à l'autre partie entraîne la fin de la validité de la clause.<sup>42</sup> Il faut donc que deux conditions cumulatives soient réalisées pour que la clause de non-concurrence soit maintenue: un motif justifié et qu'il soit imputable à l'employé. A ce stade, il ne faut pas confondre les «motifs justifiés» au sens de l'article 340 c alinéa 2 CO, des «justes motifs» visés à l'article 337 CO.

Selon l'article 337 alinéa 2 CO, les *justes motifs* sont notamment toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail. Il s'agit d'une mesure exceptionnelle; seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat.<sup>43</sup>

En revanche, les *motifs justifiés* au sens de l'article 340 c alinéa 2 CO sont tout événement imputable à l'autre partie qui, selon des considérations commerciales raisonnables, peut donner une raison suffisante pour un licenciement. Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une violation contractuelle en tant que telle.

Par exemple, la clause de non-concurrence devient caduque en cas de résiliation par le travailleur lorsque cette résiliation fait suite à une baisse de salaire importante par comparaison des habitudes du marché, à une surcharge de travail chronique malgré un avertissement, à des reproches continuels ou à un mauvais climat général.<sup>44</sup>

L'employeur peut résilier le contrat de travail avec un motif justifié lorsqu'il constate que son employé effectue des manœuvres en vue de préparer sa nouvelle activité professionnelle au sein d'une entreprise concurrente. Selon la jurisprudence, si l'employeur constate qu'un employé s'apprête à entrer au service d'une entreprise concurrente malgré la convention de prohibition de faire concurrence, il n'a pas à attendre que l'employé résilie le contrat de travail. Il a une bonne raison pour mettre fin aux rapports de travail.<sup>45</sup> Dans ce cas, la clause de non-concurrence sera maintenue.

En revanche, l'employeur qui résilie le contrat de travail «pour des motifs économiques» rend la clause de non-concurrence caduque. En effet, étant donné que le motif de résiliation n'est pas imputable au travailleur, l'employeur ne peut pas se prévaloir de «motifs justifiés» au sens de l'article 340 c alinéa 2 CO.<sup>46</sup>

En revanche et à supposer que la responsabilité de la rupture du contrat de travail soit partagée, il faut contrôler si celle de l'employeur est prépondérante ou non. Dans l'affirmative, la prohibition de faire concurrence devient caduque. Si les torts sont partagés, la clause reste valable.<sup>47</sup>

## IV. Violation de la clause

A teneur de l'art. 340 b alinéa 1 CO, le travailleur qui viole la clause de prohibition de faire concurrence est tenu de réparer le dommage qui en résulte pour l'employeur. Cet article nous renvoie à l'application des conditions générales de la responsabilité contractuelle<sup>48</sup>. L'employeur doit donc prouver:

31 Jugement de la II<sup>e</sup> Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 7 mars 1996, consid. 4.

32 ATF 101 Ia 450 c. 4. B.

33 U. STREIFF/A. VON KAENEL, op. cit., art. 340a N 6, p. 853.

34 SJ 1989 page 685, consid. 2. b.

35 SJ 2003 II 323 ss.

36 ATF 130 III 353/JdT 2005 I 12, consid. 2.1.1.

37 Voir l'article 27 alinéa 2 CC.

38 R. WYLER, op. cit., page 605.

39 Voir l'article 340a alinéa 2 in fine CO.

40 P. CARRUZZO, op. cit., page 605.

41 Voir l'article 340c alinéa 1 CO.

42 Voir l'article 340c alinéa 2 CO et W. PORTMANN, op. cit., art. 340c, N 1, p. 2048.

43 ATF 127 III 153.

44 Arrêt du Tribunal fédéral du 25 mai 2007, référence 4A\_25/2007, consid. 5.1 et JdT 2005 I 12, consid. 2.2.1.

45 JdT 2005 I 12, consid. 2.2.3.

46 Arrêt du Tribunal fédéral du 25 mai 2007, référence 4A\_25/2007, consid. 5.1 et JdT 2005 I 12, consid. 5.2.

47 Arrêt du Tribunal fédéral du 26 avril 2007, référence 4C.13/2007, consid. 4.2.

- L'existence et la validité d'une convention de prohibition de faire concurrence;
- La violation de cette convention;
- Le dommage subi;
- Le lien de causalité naturel et adéquat entre l'acte de concurrence accompli par l'employé et le dommage subi par l'employeur.

Une fois que l'employeur a été en mesure de démontrer la réalisation des conditions susmentionnées, il peut demander la réparation du dommage subi. En outre et à condition que la convention de prohibition de faire concurrence le prévoit, il peut également réclamer le paiement d'une peine conventionnelle et la cessation de la contravention, lorsque cette mesure est justifiée par l'importance des intérêts lésés ou menacés de l'employeur et par le comportement du travailleur.<sup>49</sup> La pratique considère qu'une année de salaire de l'employé constitue le montant maximum de la peine conventionnelle.<sup>50</sup>

48 Voir l'article 97 alinéa 1 CO.

49 Voir l'article 340b alinéa 3 CO.

De plus et conformément aux articles 261 et suivants du projet du Code de procédure civile suisse (CPC) il est possible de requérir des mesures provisionnelles aux fins notamment de faire cesser l'atteinte sans délai.

## V. Conclusion

Les conditions de validité d'une clause de non-concurrence sont multiples, et le juge bénéficie d'une large marge d'appréciation, qui sera, dans ce contexte, souvent exercée en faveur de l'employé pour la réduire,<sup>51</sup> voire la déclarer invalide. Dès lors, il est nécessaire que le rédacteur d'une telle clause examine soigneusement chacune des conditions nécessaires et cumulatives pour s'assurer qu'elles s'imbriquent toutes, les unes dans les autres, de façon adéquate et qu'ensemble elles forment une clause équilibrée et juste. ■

50 W. PORTMANN, op. cit., art. 340b, page 2046, n° 3.

51 Voir l'article 340a alinéa 2 CO.

## Zur Erinnerung

Fortsetzung von Seite 162

**Danaergeschenk:** ein verdächtiges oder unheilbringendes Geschenk. Kommt vom Trojanischen Pferd, von dem der Priester Laokoon gesagt haben soll: «Ich fürchte die Danaer (= Griechen), zumal wenn sie Geschenke bringen».

**Baldower:** der, der eine Diebstahlsgelegenheit auskundschaftet (Gauersprache). Jiddisch bal = Herr und dower = Sache.

**Kamarilla:** «Kämmerchen, Kabinett». Kommt aus dem Spanischen als Bezeichnung einer Günstlings- und Hofpartei in der Umgebung des absoluten Herrschers, die auf diesen aus persönlichem Interesse einen für den Staat verderblichen Einfluss ausübt.

**Peregrinen:** im alten Rom die Nichtbürger, die nach ihrem angestammten Recht beurteilt wurden.

**Quisling:** ein Verräter. Eigentlich ein norwegischer Politiker, der 1945 wegen Hochverrats hingerichtet wurde.

**Schrot und Korn:** Zusatzmetalle und Edelmetall bei Silber- und Goldmünzen. Schrot ist das zur Prägung vom Metallbarren abgeschnittene Stück (schroten = zerschneiden) oder das Gewicht der Münze, Korn bezeichnet den Feingehalt.

**Neidmuer:** sprichwörtlich gewordenes Beispiel eines Rechtsmissbrauchs (nutzlose Rechtsausübung), denn jemand erstellt einzig deshalb eine Mauer oder Wand, um seinem Nachbarn die Aussicht zu nehmen.

**male captus:** ein Beschuldigter wird zur Umgehung des Auslieferungsrechts in eine Falle gelockt und verhaftet.

**Barter:** Tauschhandel, Tauschgeschäft. Kompensationsgeschäft, dessen Inhalt ein Warenaustausch ohne Geldverkehr ist, d.h., es werden Waren oder Dienstleistungen getauscht. Nicht nur zwischen zwei Staaten, sondern auch mit drei oder mehr beteiligten Ländern denkbar.

**Heckmünzen:** (1) im 17. Jahrhundert an nicht berechtigten Münzstätten (Münzhecken, Heckmünzen) geprägte schlechte Münzen. (2) Im Volksglauben Geldstücke, die sich im Geldbeutel vermehren oder stets zu ihrem ersten Besitzer zurückkehren (Heckpfennige, Heckgroschen, Hecktaler). Eine solche Münze verschafft man sich in der Neujahrsnacht oder in der Mitternacht, die auf den Tag von Adam und Eva (27. Dezember) folgt, vom Teufel auf einem Kreuzweg.

**Antinomie:** «Gesetzeswiderstreit»; (1) Widerspruch zweier Rechtsnormen; (2) allgemein der Widerspruch zweier Sätze (These und Antithese), die für sich vernünftig und begründbar sind, die sich aber gegenseitig ausschliessen. Geht auf Kant zurück.

**Schirmlade:** alter Ausdruck für den Verwahrungsort des Mündelvermögens (ein besonders sicherer Ort, der z.B. nur mit zwei Schlüsseln zu öffnen ist).

**Deputat:** ein Lohnanteil, der aus Naturalien besteht. Früher beispielsweise Lebensmittel, Holz usw., die ein Beamter, Lehrer oder Geistlicher erhielt. Eine solche Person hiess Deputatist. Auch als Wilddeputat des Jagdberechtigten an den Grundeigentümer.

**Reptilienfonds:** eine «schwarze» Kasse. Kommt von Bismarck, der gewisse politische Intriganten als Reptilien bezeichnete, für deren Bekämpfung er einen aus deren enteignetem Vermögen gebildeten Fonds hatte.

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

## ■ Verfassungsrecht/Droit constitutionnel (I)

### Art. 22A let. b LPol/GE; Contrôle abstrait

L'art. 22A let. b LPol permet à la police de prendre une mesure d'éloignement contre la personne qui «importune sérieusement des tiers» ou «empêche sans motif l'usage normal du domaine public». Il s'agit de déterminer la portée de cette disposition, en examinant successivement les deux expressions précitées. La première expression ne pose pas de problème particulier selon le TF. En revanche, le TF estime que l'exigence de la base légale au sens de l'art. 36 al. 1 Cst. n'est pas respectée en ce qui concerne les termes «ou empêche sans motif l'usage normal du domaine public». Il convient d'abord de relever que la notion d'«usage normal du domaine public» relève davantage du langage courant que de la terminologie juridique, ce concept étant peu usité en droit suisse. En effet, en rapport avec le domaine public on parle plutôt d'usage commun (Gemeingebrauch), d'usage accru (gesteigerter Gemeingebrauch) ou d'usage privatif, particulier ou exclusif (cf. notamment ATF 126 I 133; 125 I 209 consid. 7b p. 216; Blaise Knapp, Précis de droit administratif, 4<sup>e</sup> éd., 1991, p. 615 ss; André Grisel, Traité de droit administratif, vol. II, 1984, p. 543 ss). Dans la doctrine, on peut cependant trouver les termes «usage normal» dans le sens d'usage commun, en opposition à l'usage accru ou privatif du domaine public (Pierre Moor, Droit administratif, vol. III, 1992, p. 282 ss). Quoi qu'il en soit, il n'apparaît pas que l'expression «usage normal» de l'art. 22A let. b LPol doive s'interpréter à la lumière des notions précitées, dans la mesure où la disposition en question ne traite pas de l'utilisation du domaine public et des régimes de l'autorisation ou de la concession. Quant au fait d'empêcher «sans motif» l'usage normal du domaine public, on ne voit pas à quel comportement concret il pourrait se rattacher. On peut certes imaginer que le législateur genevois voulait se référer à l'absence de motif valable ou justifié ou encore évoquer une pesée des intérêts entre le motif poursuivi par le perturbateur et le trouble qu'il provoque. Cela étant, les contours de la notion sont trop flous pour que la police et les personnes susceptibles d'être visées par les mesures d'éloignement litigieuses soient en mesure de déterminer les comportements pouvant tomber sous le coup de l'art. 22A let. b LPol in fine. En définitive, la densité normative de l'art. 22A let. b LPol in fine est insuffisante, de sorte que l'exigence de la base légale au sens de l'art. 36 al. 1 Cst. n'est pas respectée à cet égard. Le recours doit dès lors être admis sur ce point, ce qui conduit à l'annulation partielle de l'art. 22A let. b LPol, en ce sens que les termes «ou empêche sans motif l'usage normal du domaine public» sont supprimés.

(1<sup>re</sup> Cour de droit public, 1C\_226/2009, 16. 12. 2009, Jean-Luc Ardite, Anne-Marie Peysson *c/* Grand Conseil GE; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

Diese Rubrik enthält eine Auswahl der Rechtsprechung des Bundesgerichts 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 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.

### Art. 29 Abs. 3 BV; Unentgeltliche Prozessführung

An den Erwägungen des Kantonsgerichts wäre wohl nichts auszusetzen, wenn es darum ginge, ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde zu beurteilen. Das Gesuch wurde indes (erst) für das Rechtsmittelverfahren vor dem KVA [Kantonales Vormundschaftsamt] gestellt. Selbst wenn der Sachverhalt als solcher keine besondere Komplexität aufweist, stellt das Rechtsmittelverfahren alleine schon gewisse Ansprüche formeller Natur. Diesen kommt besondere Bedeutung zu, denn es ist notorisch, dass ein schlecht begonnenes Verfahren später nur sehr schwer in die richtige Bahn zu bringen ist (BGE 130 I 180 E. 3.2 S. 183). Entgegen der Auffassung des Kantonsgerichts stellten sich vor dem KVA keineswegs nur Sachverhaltsfragen, sondern es waren auch solche hinsichtlich der Zweckmässigkeit und Angemessenheit der getroffenen Massnahmen zu beurteilen, und zwar unabhängig davon, ob diese stark, mittelstark oder bloss geringfügig in die persönliche Situation der Beschwerdeführerin eingreifen. In diesem Sinne kann dem Beschwerdeverfahren eine gewisse Komplexität nicht abgesprochen werden. Hinzu kommen die unbestrittenen Sprachschwierigkeiten der Beschwerdeführerin. Während diesen im erstinstanzlichen Verfahren gegebenenfalls durch Zuhilfenahme eines Übersetzers oder einer Übersetzerin beigegeben werden kann, ist nicht zu übersehen, dass Rechtsschriften in der jeweils zulässigen Amtssprache abzufassen sind. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Notwendigkeit einer anwaltlichen Verbeiständung im Rechtsmittelverfahren mit Zurückhaltung zu verneinen; vielmehr rückt dort der Aspekt der Aussichtslosigkeit in den Vordergrund. Auch der Hinweis des Kantonsgerichts, die Beschwerdeführerin müsse mit der Problematik der vormundschaftlichen Massnahmen vertraut sein, da für ihren älteren Sohn bereits eine Erziehungsbeistandschaft errichtet worden sei, ist unbehelflich, zumal der Beschwerdeführerin im ersten Verfahren die unentgeltliche Verbeiständung gewährt worden ist. In Anbetracht der gesamten Umstände verbietet sich im vorliegenden Fall die Annahme, eine anwaltliche Vertretung sei für die Beschwerdeführerin nicht notwendig.

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A\_692/2009, 5. 1. 2010, X. c. KVA und Kantonsgericht Basel-Landschaft; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

### Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Öffentliche Verhandlung, Sozialversicherungsprozess

Im Sozialversicherungsprozess hat das erstinstanzliche Gericht grundsätzlich eine öffentliche Verhandlung anzuordnen, wenn eine solche beantragt wird. Als Gründe für eine Ausnahme von

diesem Prinzip fallen nebst den im zitierten Art. 6 Ziff. 1 Satz 2 EMRK genannten Umständen namentlich in Betracht, dass der Antrag nicht frühzeitig genug gestellt wurde, als schikanös erscheint oder auf eine Verzögerungstaktik schliessen lässt und damit dem Grundsatz der Einfachheit und Raschheit des Verfahrens zuwider läuft oder gar rechtsmissbräuchlich ist. Weiter erscheint der Verzicht auf eine beantragte öffentliche Verhandlung durch das erstinstanzliche Gericht als zulässig, wenn sich auch ohne eine solche mit hinreichender Zuverlässigkeit erkennen lässt, dass eine Beschwerde offensichtlich unbegründet oder unzulässig ist. Dasselbe gilt, wenn eine Materie hochtechnischen Charakters zur Diskussion steht, wobei darunter etwa rein rechnerische, versicherungsmathematische oder buchhalterische Probleme zu verstehen sind, nicht aber andere dem Sozialversicherungsprozess inhärente Fragestellungen wie beispielsweise die Würdigung medizinischer Gutachten. Schliesslich kann von einem nachträglichen Verzicht auf eine zunächst verlangte öffentliche Verhandlung ausgegangen werden, wenn das kantonale Gericht allein schon aufgrund der Akten zum Schluss gelangt, den materiellen Rechtsbehörden der die Verhandlung beantragenden Partei sei zu entsprechen (BGE 122 V 47 E. 3b S. 55 ff.; Urteil 8C\_442/2009 vom 28. August 2009 E. 3.2 mit Hinweisen). [ . . . ]

Als Gründe, welche die Ablehnung der beantragten Verhandlung allenfalls zu rechtfertigen vermöchten, fallen namentlich die bessere Eignung des schriftlichen Verfahrens bei hochtechnischen Fragen einerseits und die allgemein im Sozialversicherungsprozess gebotene Einfachheit und Raschheit des Verfahrens (vgl. Art. 61 lit. a ATSG) andererseits in Betracht, wobei letzterem Aspekt insbesondere bei offensichtlich unbegründeten oder unzulässigen Beschwerden Rechnung zu tragen ist (Urteil 8C\_442/2009 vom 28. August 2009 E. 4.2 mit Hinweisen). [ . . . ]

Die für das Sozialversicherungsrecht typische Thematik des Kausalzusammenhangs zwischen geklagten Beschwerden und einem versicherten Unfallereignis lässt sich nicht als «hochtechnisch» im Sinne der Rechtsprechung bezeichnen (vgl. BGE 122 V 47 E. 2d S. 52, 3b/ee S. 57 f.). Auch kann nicht gesagt werden, dass unter solchen Umständen eine zuverlässige Urteilsfindung eher in einem ausschliesslich schriftlichen Verfahren gewährleistet wäre und von einer zusätzlich durchgeführten mündlichen Verhandlung ohnehin keine neuen Erkenntnisse zu erwarten wären. Vielmehr erscheint eine mündliche Verhandlung gerade in solchen Fällen als grundsätzlich geeignet, zur Klärung allfälliger noch streitiger Punkte beizutragen (vgl. auch Urteil 8C\_442/2009 vom 28. August 2009 E. 4.3). Triftige Gründe, welche dennoch gegen eine öffentliche Verhandlung sprechen würden, sind nicht ersichtlich und werden denn auch weder von der Vorinstanz noch von der Beschwerdegegnerin namhaft gemacht. Schliesslich kann – wie sich bereits aus dem Umfang der vorinstanzlichen Erwägungen ergibt – nicht von einer offensichtlich unbegründeten oder unzulässigen Beschwerde gesprochen werden.

(I. sozialrechtliche Abteilung, 8C\_842/2009, 26. 1. 2010, S. c. SUVA und Versicherungsgericht des Kantons Solothurn; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

## ■ Verwaltungsrecht/Droit administratif (II)

### Art. 12 lit. a BGFA; Disziplinaufsicht über die Rechtsanwälte, Verwarnung

Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer eine Verletzung der Berufsregeln im Sinne von Art. 12 lit. a BGFA vor. Diese erblickt sie darin, dass er für das Verfahren betreffend den fürsorglichen Freiheitsentzug ein zusätzliches Honorar zur amtlich festgesetzten Vergütung gefordert habe. [ . . . ]

Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer vor, dem Klienten für den Zeitraum ab 14. März 2002 einen Stundenansatz von CHF 230.– in Rechnung gestellt zu haben, während das amtliche Honorar auf einem solchen von CHF 220.– basiere. Im Umfang dieser Differenz habe er für die gleichen Bemühungen zusätzlich zur staatlichen Entschädigung ein Honorar gefordert. Mit dem Beschwerdeführer ist somit davon auszugehen, dass ihm schliesslich konkret vorzuwerfen ist, im Umfang der im Rahmen der unentgeltlichen Verbeiständung bewilligten 14 Stunden einen Betrag von CHF 140.– (14 × CHF 10.–) zusätzlich in Rechnung gestellt zu haben.

Die Vorinstanz wertete das dem Beschwerdeführer vorzuwerfende Verhalten als massive Verletzung der anwaltlichen Berufspflichten im Sinne von Art. 12 lit. a BGFA, auch wenn es dabei nur um geringfügige Beträge gehe.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Der für die unentgeltliche Rechtsvertretung erwähnte Stundenansatz ergibt sich einzig aus einer Aktennotiz des Beschwerdeführers. Dem angefochtenen Entscheid können keinerlei Anhaltspunkte dafür entnommen werden, dass der Beschwerdeführer bewusst anstelle des im Kanton Aargau offenbar für unentgeltliche Rechtsvertretungen angewendeten Stundenansatzes von CHF 220.– seinen (wohl üblichen) Stundenansatz von CHF 230.– in Rechnung gestellt hat. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz zum Schluss kommt, ein Versehen oder eine Fahrlässigkeit des Beschwerdeführers bei der Rechnungsstellung sei ausgeschlossen. Allein der Umstand, dass mit der Rechnung vom 9. Juli 2002 diejenige vom 4. April 2002 ersetzt wurde (beide mit demselben Stundenansatz von CHF 230.–), vermag dies nicht hinreichend zu begründen.

Die Akten und die vom Beschwerdeführer dargelegten Umstände der Mandatsführung lassen vielmehr darauf schliessen, dass es sich bei der fehlerhaften Rechnungsstellung um ein blosses Versehen gehandelt hat. Der Beschwerdeführer hat denn auch in beiden Rechnungen offen ausgewiesen, dass er durchwegs einen Stundenansatz von CHF 230.– in Rechnung gestellt hat.

Dieses Fehlverhalten des Beschwerdeführers kann nicht mit ernsthaften, sachlichen Gründen als derart grob bezeichnet werden, um als Verletzung der Berufsregeln im Sinne von Art. 12 lit. a BGFA qualifiziert zu werden.

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C\_379/2009, 7. 12. 2009, X. c. Anwaltskommission und Verwaltungsgericht des Kantons Aargau; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

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

### **Art. 82 al. 1 LP; Mainlevée d'opposition pour un montant brut, sous déduction des cotisations sociales**

Selon la jurisprudence, constitue une reconnaissance de dette, au sens de l'art. 82 al. 1 LP, l'acte authentique ou sous seing privé signé de la main du poursuivi – ou de son représentant –, d'où découle sa volonté de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée, ou aisément déterminable, et échue (ATF 130 III 87); elle peut résulter du rapprochement de plusieurs pièces, autant que les éléments nécessaires en résultent (ATF 132 III 480). Le contrat de travail (art. 319 ss CO) vaut, en principe, reconnaissance de dette dans la poursuite en recouvrement du salaire s'il est constant que le travail a été fourni (arrêt 5A\_367/2007 du 15 octobre 2007 consid. 3.1 et les références; Panchaud/Caprez, La mainlevée d'opposition, 2<sup>e</sup> éd., 1980, § 86; Meyer, Die Rechtsöffnung auf Grund synallagmatischer Schuldverträge, 1979, p. 167 ss). Le motif principal de la décision entreprise repose sur l'ignorance du montant des cotisations d'assurance-maladie. Or, ce motif apparaît manifestement erroné. Comme le relève avec raison la recourante, le montant acquitté de ce chef ressort des pièces produites en première instance par l'intimée; celle-ci a explicitement admis qu'une somme de 310 CHF par mois était versée à ce titre, ledit «montant ayant en réalité augmenté de CHF 200.– à CHF 310.– au fil du temps». La recourante n'a, d'ailleurs, pas manqué de le signaler dans son recours cantonal. Vu ce qui précède, il appartiendra à l'autorité cantonale de compléter ses constatations sur ce point et de statuer à nouveau. La question de savoir si, à l'instar des juridictions de prud'hommes (arrêt 4C.319/1995 du 8 avril 1997 consid. 2b/aa; Bersier, Salaire brut ou salaire net?, in: RSJ 78/1982 p. 299 ss), le juge de mainlevée peut lever l'opposition pour un montant brut, sous déduction des cotisations sociales, n'est pas résolue clairement (par exemple: arrêt 5P.364/2002 du 16 décembre 2002 consid. 2.1.2). Il ressort (implicitement) d'un arrêt tessinois que le juge de mainlevée doit prononcer la mainlevée (ici provisoire) à concurrence d'un montant net, à savoir une fois opérées les déductions légales (Rep. 1987 p. 242, spéc. 243; dans ce sens: Staehelin, in: Basler Kommentar, vol. I, 1998, n° 126 ad art. 82 LP; VOCK, in: Kurzkomentar, SchKG, 2009, n° 26 ad art. 82 LP). Selon un arrêt neuchâtelois, lorsqu'un jugement condamne au paiement d'un montant brut, il incombe à l'employeur poursuivi de prouver qu'il s'est effectivement acquitté des cotisations sociales, faute de quoi la mainlevée (définitive) doit être octroyée pour ce montant brut (RJN 1995 p. 71). Vu la solution qu'elle a adoptée, la cour cantonale n'a pas examiné ce point, qu'il lui appartiendra de trancher dans son nouvel arrêt.

(II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 5A\_441/2009, 7.12.2009, X. c/ Y.; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

## ■ Strafrecht/Droit pénal (IV)

### **Art. 21 al. 2 let. a LEP; Transfert dans un établissement non carcéral**

Le transfert dans un autre établissement doit être considéré comme une modalité d'exécution de la mesure, qui relève de l'autorité d'exécution. Conformément à l'art. 21 al. 2 let. a de la loi vaudoise sur l'exécution des condamnations pénales (LEP; RSV 340.01), l'OEP est compétent pour mandater l'établissement dans lequel le condamné sera placé et, partant, était autorisé à rendre la décision du 25 mai 2007. Le recourant aurait dû recourir dans les trente jours dès la notification de la décision devant le juge d'application des peines pour se plaindre des autres vices de procédure (art. 36 LEP). Le délai est maintenant échu, et il ne peut donc plus les faire valoir. En tout état, il a demandé le réexamen de la décision de transfert, en déposant une requête le 27 mars 2009. Il convient d'examiner si le rejet de cette requête est fondé. En l'espèce, le recourant réside dans un établissement pénitentiaire depuis plus de deux ans au motif qu'il avait fugué de l'institution où il se trouvait et avait proféré des menaces inquiétantes. Selon les termes de l'art. 59 al. 3 CP, le placement en milieu fermé se justifie «tant qu'il y a lieu de craindre que l'auteur ne s'enfuit ou ne commette de nouvelles infractions». Dans l'arrêt attaqué, l'autorité cantonale n'examine toutefois pas s'il existe encore aujourd'hui un risque de fuite ou de récidive. Elle motive le rejet du recours en se fondant sur l'avis de la CIC, selon laquelle le traitement du recourant serait adéquat. Pour le surplus, elle se réfère aux menaces et aux fugues d'il y a deux ans. Il convient donc d'admettre le recours et de renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle examine si la sécurité exige encore que le recourant soit placé dans un établissement pénitentiaire. Dans la mesure où le recourant a commis un incendie, infraction qui figure dans la liste prévue à l'art. 64 CP, il conviendra, le cas échéant, que la commission spécialisée examine la dangerosité du recourant (art. 75a CP); au besoin, une expertise devra être requise.

(Cour de droit pénal, 6B\_629/2009, 21.12.2009, X. c/ Service pénitentiaire du canton de Vaud; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

### **Art. 26 al. 1 Cst; Droit de propriété, réalisation anticipée d'un immeuble séquestré**

La réalisation anticipée de gré à gré d'un immeuble séquestré, constitue une atteinte grave au droit de propriété garanti à l'art. 26 al. 1 Cst. Pour être conforme à cette disposition, elle doit reposer sur une base légale claire, se justifier par un intérêt public suffisant et respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 1 à 3 Cst.; ATF 129 I 337 consid. 4.1 p. 344 et les arrêts cités). En l'espèce, la vente des immeubles en cause repose sur une base légale claire, l'art. 227a CPP/VD, lequel autorise la réalisation anticipée de gré à gré, soit en raison de l'entretien coûteux de l'immeuble, soit en raison de son risque de dépréciation rapide. S'agissant des conditions matérielles posées par la loi, le risque de dépréciation matérielle rapide de la villa n'est

pas établi. Il ne ressort en effet ni de l'arrêt attaqué, ni même du dossier, que des travaux doivent être entrepris ou que les coûts d'entretien soient particulièrement onéreux. D'ailleurs, l'expertise du 17 juin 2009 a établi que la villa litigieuse a été entièrement rénovée en 2007 et que «l'état d'entretien est bon». Le point de savoir si l'accumulation des intérêts hypothécaires pourrait, en soi, constituer une dépréciation au sens de l'art. 227a CPP/VD n'a pas à être tranché par la Cour de céans. Il apparaît en effet d'emblée que le principe de proportionnalité n'est pas respecté, l'autorité cantonale n'ayant au demeurant pas procédé à un examen complet de cette question. L'arrêt attaqué ne comportant aucun élément chiffré relatif à l'accumulation des intérêts hypothécaires non payés au moment de la décision attaquée, le montant de l'arriéré ne peut être mis en relation avec la valeur de l'immeuble, voire avec l'ensemble du patrimoine séquestré de la recourante. De plus, au vu de l'expertise figurant au dossier, l'évolution du marché du logement est telle que la villa présenterait une plus-value de plusieurs millions par rapport au prix d'achat acquitté par le supposé produit d'infractions, ce qui, au terme d'une appréciation globale, exclut une éventuelle dépréciation de l'objet séquestré. Dans ces conditions, compte tenu des motifs de l'arrêt attaqué et des éléments figurant au dossier, la vente des immeubles de la recourante apparaît, en l'état, disproportionnée.

(1<sup>re</sup> Cour de droit public, 1B\_293/2009, 7.1.2010, A. c/ Ministère public VD; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

#### Art. 93 al. 1 let a LTF: Préjudice irréparable

De jurisprudence constante, une décision qui reconnaît au plaignant la qualité de partie civile dans une procédure pénale ne cause en règle générale au prévenu aucun préjudice irréparable qu'une décision finale ne ferait pas disparaître entièrement; en cas de condamnation confirmée par les instances cantonales de recours, le recourant aura en effet la possibilité de se plaindre, devant le Tribunal fédéral, d'une application arbitraire des règles cantonales sur la qualité de partie civile (ATF 128 I 215 etc.). Le recourant voit cependant un tel préjudice dans le fait que l'intimé, respectivement son mandataire, aurait communiqué aux médias des éléments de la procédure pénale en cours dont la presse se serait fait l'écho, parfois de manière erronée ou trompeuse, portant une atteinte irréparable à sa réputation personnelle et professionnelle et menaçant sérieusement sa présomption d'innocence. Il serait dépourvu de tout moyen d'empêcher la divulgation de nouvelles pièces du dossier si la qualité de partie civile reconnue à l'intimé ne pouvait être contestée qu'avec le jugement au fond.

S'il estime être la victime d'une utilisation abusive ou illicite de données confidentielles de la part de l'intimé ou de la diffusion d'une information inexacte relevant de la sphère privée et secrète de la part des médias, il lui est loisible d'engager une action en protection de la personnalité devant le juge civil fondée sur l'art. 28 CC et de requérir dans ce cadre des mesures provisionnelles (cf. ATF 129 III 529). Il pourrait également déposer plainte pénale pour diffamation si les éléments relatés aux mé-

dias par l'intimé ou son mandataire ou les articles de presse concernant la procédure pénale en cours devaient contenir des faits inexacts attentatoires à l'honneur (cf. ATF 131 IV 154; 118 IV 248). Cela étant, l'ordonnance de la Chambre d'accusation, qui reconnaît à l'intimé la qualité de partie civile dans la procédure pénale ouverte contre le recourant, ne peut pas faire l'objet d'un recours immédiat, faute d'un préjudice irréparable.

(1<sup>re</sup> Cour de droit public, 1B\_347/2009, 25.1.2010, B. c/ PG Genève; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

### ■ Sozialversicherungsrecht/Droit des assurances sociales (V)

#### Art. 9 Abs. 2 lit. e AHVG; Abzugsfähigkeit von Leistungen an die berufliche Vorsorge (Verdeutlichung der Rechtsprechung)

Zusammengefasst ist der Gesetzeswortlaut («üblicher Arbeitgeberanteil») nicht eindeutig, der normtragende Gesichtspunkt der Gleichbehandlung Selbständigerwerbender und Arbeitnehmer bei Arbeitgebern relativiert, wenn auch unklar und schwierig zu quantifizieren, was unter Missbrauch zu verstehen ist. Andererseits besteht kein ersichtlicher Grund, zwischen Selbständigerwerbenden mit und solchen ohne Arbeitnehmer zu differenzieren. Da diese maximal die Hälfte der persönlichen Einlagen vom rohen Einkommen nach Art. 9 Abs. 2 lit. e AHVG abziehen können, muss dasselbe auch bei Arbeitgebern gelten, ohne dass es darauf ankäme, ob sie aufgrund statutarischer oder reglementarischer Verpflichtung mehr als 50% der gesamten Beiträge der Arbeitnehmer übernehmen und/oder sich am Einkauf von Beitragsjahren beteiligen. In diesem Sinne ist die Rechtsprechung (BGE 133 V 563; 132 V 209; 129 V 293) zu verdeutlichen.

(II. sozialrechtliche Abteilung, 9C\_572/2009, 8.1.2010, P. c. Ausgleichskasse medisuisse und Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung Be)

#### Art. 61 lit. g ATSG, § 34 Abs. 3 GSVGer/ZH; Parteientschädigung

Weder die bundesrechtliche Bestimmung noch das kantonale Gesetz erwähnen den Umfang der Arbeitsleistung oder den Zeitaufwand des Anwalts oder der Anwältin. Indessen sind diese Kriterien auch ohne ausdrückliche Nennung bedeutsam für die Höhe der Parteientschädigung (vgl. BGE 114 V 83 E. 4b S. 87), wie im Übrigen die in der kantonalen Gebührenverordnung festgelegten Anforderungen an die Honorarnote zeigen. Die Parteientschädigung stellt «Ersatz der Parteikosten» dar, welche massgeblich vom tatsächlichen und notwendigen Vertretungsaufwand bestimmt wird. Die Bedeutung der Streitsache ist aber ohnehin weniger gut messbar als die Schwierigkeit des Prozesses auf der Grundlage des tatsächlichen Arbeitsaufwandes. Dem letztgenannten Bemessungskriterium kommt denn auch seit jeher vorrangige Bedeutung zu (BGE 98 V 123 E. 4c S. 126; vgl. auch Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Aufl. 2009, N. 120 und

122 zu Art. 61 ATSG). Bei der Frage nach dem notwendigen Vertretungsaufwand dürfen die Gerichte auch in Betracht ziehen, dass der Sozialversicherungsprozess im Unterschied zum Zivilprozess von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird, wodurch in vielen Fällen die Arbeit der Rechtsvertretenden erleichtert wird. Diese Arbeit soll nur insoweit berücksichtigt werden, als sich der Anwalt und die Anwältin bei der Erfüllung ihrer Aufgabe in einem vernünftigen Rahmen halten, unter Ausschluss nutzloser oder sonstwie überflüssiger Schritte (BGE 114 V 83 E. 4b S. 87 mit Hinweisen).

(I. sozialrechtliche Abteilung, 8C\_723/2009, 14.1.2010, S. c. IV-Stelle und Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

### Art. 17 al. 2 Cst./FR; Langue de procédure

L'art. 17 al. 2 Cst./FR autorise un justiciable à déposer son mémoire de recours devant le Tribunal cantonal dans la langue officielle de son choix, sans égard à la langue de la procédure.

(II<sup>e</sup> Cour de droit social, 9C\_517/2009, 18.1.2010, F. c/ Office AI/FR; publication dans le RO prévue. – condensé *Bü*)

### Art. 66 Abs. 4 BVG; Berufliche Vorsorge, Fälligkeit von Beitragsforderungen, Verjährungsfrist (Änderung der Rechtsprechung)

Abweichend von der soeben zitierten Rechtsprechung ist es angezeigt, die Fälligkeit von Beitragsforderungen, die sich aus einem im Nachhinein begründeten individuellen Versicherungsverhältnis ergeben, grundsätzlich ex tunc, das heisst mit der beitragspflichtigen Arbeitsleistung, eintreten zu lassen. Die beim Zwangsanschluss gemäss Art. 11 BVG bestehende Rechtfertigung, die Fälligkeit an die effektive Begründung des Rechtsverhältnisses zu binden, lässt sich nicht auf die hier interessierende Konstellation übertragen: Während vor einem Zwangsanschluss noch nicht bestimmbar ist, welche Institution den kollektiven Vorsorgeschutz später übernehmen wird, stehen vor der Begründung eines individuellen Versicherungsverhältnisses im Rahmen eines bestehenden Anschlussvertrages alle wesentlichen Bemessungsgrundlagen fest. In Änderung der Rechtsprechung ist daher festzuhalten, dass die Beitragsverjährungsfrist bei bestehendem Anschlussverhältnis grundsätzlich nicht erst mit dem nachträglichen Abschluss eines Vorsorgevertrags für einen bestimmten Arbeitnehmer beginnt, sondern bereits mit der Fälligkeit der Prämie für dessen beitragspflichtige Arbeitsleistung; der Fälligkeitstermin richtet sich dabei nach Art. 66 Abs. 4 BVG oder nach Reglement.

(II. sozialrechtliche Abteilung, 9C\_173/2009, 25.1.2010, BVG-Sammelstiftung Swiss Life c. L. und Versicherungsgericht des Kantons Solothurn; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung *Be*)

# DIE PRAXIS

BUNDESGERICHT  
EGMR

Neben weiteren, nicht in der Amtlichen Sammlung publizierten Entscheidungen sowie umfassenden Hinweisen auf die aktuellsten Leitentscheide des Bundesgerichts, die innerhalb der letzten Monate im Internet zugänglich gemacht worden sind, enthält die März-Ausgabe 2010 der **Praxis** Übersetzungen der unten aufgeführten BGE ins Deutsche.

BGE	Praxis	Gegenstand
135 I 221	Nr. 25	Unentgeltliche Rechtspflege; Berücksichtigung von Steuerrückständen bei der Beurteilung der Bedürftigkeit des Geschwärtlers
135 II 328	Nr. 27	Rechtsnatur der Verordnung des Staatsrates des Kantons Freiburg vom 27. November 2007 über die Naturverträge für die Ferienhäuser auf den Grundstücken des Staates am Ufer des Neuenburgersees
135 III 430	Nr. 32	Nachlassstundung; Fristenlauf für die Beschwerde in Zivilsachen
135 III 441	Nr. 30	Mietvertrag; Unwirksamkeit der Konversion einer vorzeitigen in eine ordentliche Kündigung
135 III 483	Nr. 29	Frage der Anwendbarkeit des BPG oder des OR auf Arbeitnehmer der Tochtergesellschaften der SBB
135 IV 121	Nr. 33	Umwandlung der Strafe der gemeinnützigen Arbeit
135 V 309	Nr. 34	Beschlüsse des Regierungsrates des Kantons Neuenburg vom 22. Dezember 2008 und vom 16. Februar 2009 über die maximalen Tagestaxen für Bewohner privater Heime mit Anspruch auf Ergänzungsleistungen zur AHV und IV (abstrakte Normenkontrolle)

Die Praxis – 99. Jg. 2010 – ISSN 1017-8147 – erscheint monatlich; [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch).

## Rechtsetzung des Bundes (April 2010)\* Législation fédérale (avril 2010)\*

### I. In-Kraft-Treten

Bundesgesetze/Bundesbeschlüsse/Verordnungen

#### 7. Öffentliche Werke – Energie – Verkehr

Änderung vom 14. Oktober 2009 der Ordnungsbussenverordnung (OBV) vom 4. März 1996 (AS 2009 5699, SR 741.031); In-Kraft-Treten: 1.4.2010.

Änderung vom 14. Oktober 2009 der Verkehrsregelverordnung vom 13. November 1962 (VRV) (AS 2009 5701, SR 741.11); In-Kraft-Treten: 1.4.2010.

#### 8. Gesundheit – Arbeit – Soziale Sicherheit

Änderung vom 5. März 2010 der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzent-schädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV) (AS 2010 887, SR 837.02); In-Kraft-Treten: 1.4.2010.

### II. Referendumsvorlagen

Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Gegen masslosen Bau umwelt- und landschaftsbelastender Anlagen». Botschaft des Bundesrats 08.074 vom 29.10.2008: BBl 2008 8773. Beschluss des Parlaments vom 25.9.2009: BBl 2009 6653.

Bundesbeschluss über die eidgenössische Volksinitiative «Lebendiges Wasser (Renaturierungs-Initiative)». Botschaft des Bundesrats 07.060 vom 27.6.2007: BBl 2007 5511. Beschluss des Parlaments vom 11.12.2009: BBl 2009 8757.

### III. Vernehmlassungen

#### Patentanwaltverordnung

Am 20. März 2009 haben die Eidgenössischen Räte das Patentanwaltsgesetz angenommen (BBl 2009 2013). Am 9. Juli 2009 ist die Referendumsfrist unbenutzt verstrichen. Demzufolge ist es geplant, das Patentanwaltsgesetz per 1. Januar 2011 in Kraft zu setzen. Die Inkraftsetzung des Patentanwaltsgesetzes erfordert die Annahme und die Inkraftsetzung der Patentanwaltverordnung. Frist: 31.5.2010. (Quelle: <http://www.admin.ch/ch/d/ogg/pc/pendent.html>)

### IV. Aus den Räten

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

### I. Entrée en vigueur

Lois fédérales/Arrêtés fédéraux/Ordonnances

#### 7. Travaux publics – Energie – Transports et communications

Modification du 14 octobre 2009 de l'ordonnance du 4 mars 1996 sur les amendes d'ordre (OAO) (RO 2009 5699, RS 741.031); entrée en vigueur: 1.4.2010.

Modification du 14 octobre 2009 de l'ordonnance du 13 novembre 1962 sur les règles de la circulation routière (OCR) (RO 2009 5701, RS 741.11); entrée en vigueur: 1.4.2010.

#### 8. Santé – Travail – Sécurité sociale

Modification du 5 mars 2010 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI) (RO 2010 887, RS 837.02); entrée en vigueur: 1.4.2010.

### II. Objets soumis au référendum

Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire «Contre la création effrénée d'implantations portant atteinte au paysage et à l'environnement». Message du Conseil fédéral 08.074 du 29.10.2008: FF 2008 7907. Arrêté du Parlement du 25.9.2009: FF 2009 6009.

Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire fédérale «Eaux vivantes (Initiative pour la renaturation)». Message du Conseil fédéral 07.060 du 27.06.2007: FF 2007 5237. Arrêté du Parlement du 11.12.2009: FF 2009 7921.

### III. Procédures de consultation en cours

#### Ordonnance sur les conseils en brevets

Le 20 mars 2009, les Chambres fédérales ont adopté la loi sur les conseils en brevets (FF 2009 1725). Aucun référendum n'a été demandé dans le délai fixé au 9 juillet 2009. En conséquence, il est prévu que la loi sur les conseils en brevets entre en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2011. L'entrée en vigueur de la loi sur les conseils en brevets exige l'adoption et la mise en vigueur de l'ordonnance sur les conseils en brevets. Date limite: 31.5.2010. (Source: <http://www.admin.ch/ch/f/ogg/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>.

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

Ernst Staehelin\*

## Interessenkollision: theoretische und reale Aspekte

**Stichworte:** abstrakte und konkrete, private und berufliche Interessenkollision, Doppelvertretung, Mehrfachvertretung

### Beschluss KG090 022 der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte vom 4. März 2010 (Auszug)

#### Sachverhalt (zusammengefasst):

X, Anwalt und Präsident des Verwaltungsrates der Y AG, reichte namens der Y AG Strafanzeige gegen unbekannt wegen Vermögensdelikten ein; als eine der möglichen Täter oder Täterinnen war darin auch Z, eine Mitarbeiterin der Y AG, genannt. X vertrat als Anwalt im gleichen Zeitraum A in dessen Scheidungsverfahren; Z ist die neue Partnerin von A. Die Mandatserteilung von A an X erfolgte auf Empfehlung von Z. X hatte A über die erfolgte Strafanzeige und die mögliche Involvierung von Z informiert. A sah zunächst keine Probleme. Nach Kenntnisaufnahme des Inhalts der Strafanzeige und des Vorwurfs an Z, Hauptverdächtige zu sein, wandte sich A an die Aufsichtsbehörde.

Die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich hat im Disziplinarverfahren gegen X einen gewissen Zusammenhang zwischen den beiden Verfahren bejaht, hingegen keine Beeinträchtigung des einen Mandates durch das andere gesehen. Dementsprechend ist das Disziplinarverfahren eingestellt worden.

#### Aus der Begründung des Entscheides:

##### 2.1. Art. 12 lit. c BGFA

##### 2.1.1. Grundlagen

**2.1.1.1.** Nach der Bestimmung von Art. 12 lit. c BGFA haben die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte «jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientenschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen», zu vermeiden. Der Gesetzeswortlaut spricht von «jedem» Konflikt; entsprechend ist von einem weiten Konfliktbegriff auszugehen (Kaspar Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, N 794). Diese Norm steht im Zusammenhang mit der Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA, nach welcher die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte «ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben» haben, wie auch mit Art. 12 lit. b BGFA, der sie zur Unabhängigkeit verpflichtet (BGE 134 II 108 E. 3).

Das Gebot zur Vermeidung von widerstreitenden Interessen ist einer der Grundpfeiler der Berufspflichten des Anwaltes. Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang von einer «règle cardinale» des Anwaltsberufes (Urteil des Bundesgerichts

2A.560/2004 vom 1. Februar 2005, E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts 1A.223/2002 vom 18. März 2003, E. 5.2), die Lehre von einer Bestimmung mit «hohem verfassungsmässigen Rang» und rechtsstaatlicher Unverzichtbarkeit (Kaspar Schiller, a.a.O., N 777, N 781).

**2.1.1.2.** Der Umfang des entsprechenden Mandates bestimmt die für den Anwalt relevanten Klienteninteressen (Kaspar Schiller, a.a.O., N 782 ff.). Die entsprechende Treuepflicht gegenüber dem Klienten ist umfassender Natur und erstreckt sich auf alle Aspekte des Mandatsverhältnisses. Das Verbot von Interessenkonflikten bezweckt die unbeeinflusste Interessenwahrung; es beinhaltet aber auch ein Element des Vertraulichkeitsschutzes (Kaspar Schiller, a.a.O., N 779, N 780). Kaspar Schiller unterscheidet angesichts der doppelten Funktion von Art. 12 lit. c BGFA, einerseits als Garantie der unbeeinflussten Interessenwahrung, andererseits als Vertraulichkeitsschutz, den Mandatskonflikt und den Vertraulichkeitskonflikt. Ein Mandatskonflikt liegt nach Kaspar Schiller vor, wenn der Anwalt im Dilemma ist, ob er das Mandat im ausschliesslichen Interesse des Klienten führen, oder ob er auf die abweichenden Interessen einer anderen Person Rücksicht zu nehmen hat (Kaspar Schiller, a.a.O., N 805). Dagegen liegt ein Vertraulichkeitskonflikt vor, wenn der Anwalt im Dilemma ist, ob er vertrauliche Klienteninformationen mit Rücksicht auf die Interessen einer anderen Person zum Nachteil des Klienten verwenden, oder ob er dies im Interesse des Klienten zu unterlassen hat (Kaspar Schiller, a.a.O., N 816).

**2.1.1.3.** Der Berufsregel von Art. 12 lit. c BGFA entsprechen auch die Art. 1 ff. der Schweizerischen Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV) vom 10. Juni 2005. So sieht Art. 11 der Schweizerischen Standesregeln als Grundsatz vor, dass Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Mandanten, den eigenen und den Interessen von anderen Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen, zu vermeiden haben.

**2.1.1.4.** Nach Walter Fellmann liegt dann ein verbotener Interessenkonflikt vor, «wenn der Anwalt die Wahrung der Interessen eines Klienten übernommen hat und «dabei Entscheidungen zu treffen hat, mit denen er sich potentiell in Konflikt zu eigenen oder anderen ihm zur Wahrung übertragenen Interessen begibt»» (Walter Fellmann, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 12 N 84 mit Verweisungen). Ein Interessenskonflikt kann im Grundsatz vor allem bei drei Fallkonstellationen entstehen: bei Vorliegen eigener Interessen eines Anwaltes, bei einer Doppelvertretung (auch: «Mehrfachvertretung»/«Mehrfachmandate») und beim Parteienwechsel (Walter Fellmann, a.a.O., Art. 12 N 85).

\* Dr. iur., LL.M., Advokat und Notar, staehelin | Advokatur und Notariat, Basel.

**2.1.1.5.** Nach der früheren Praxis der Aufsichtskommission konnte schon ein Inkaufnehmen einer möglichen Kollision als Verletzung der Treuepflicht und als Verstoss gegen das Anwalts-gesetz angesehen werden. Auch hatte der Anwalt nach dieser Praxis schon den blossen Anschein eines unkorrekten Verhaltens zu vermeiden bzw. durfte sich auch nicht dem Verdacht einer möglichen Benachteiligung eines früheren Klienten aussetzen (Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, Zürich 1988, S. 130 ff.; Giovanni Andrea Testa, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Diss. Zürich 2001, S. 118).

Das Bundesgericht und auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich haben sich in ihrer jüngsten Rechtsprechung zur Interessenkollision gegen diese frühere, extensive Praxis ausgesprochen, wonach bereits das theoretische Risiko eines Interessenkonfliktes genüge; vielmehr setze die Annahme eines Interessenkonfliktes das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte voraus (vgl. dazu etwa BGE 134 II 108 E. 4.2.2; Urteil des Bundesgerichts 2C\_504/2008 2C\_505/2008 vom 28. Ja-nuar 2009, E. 9.1; Urteil des Bundesgerichts 2A.293/2003 vom 9. März 2004, Erw. 3; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 4. Oktober 2007 [VB.2007.00339]; besprochen durch: Hans Natter, «Interessenkonflikte: Theoretisches Konfliktrisiko genügt nicht», in: SJZ 104/2008 S. 172; Georg Pfister, Aus der Praxis der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich zu Art. 12 BGFA, in: SJZ 105/2009 Nr. 12 S. 285 ff., S. 291). Entsprechend ist die Möglichkeit eines Konflikts oder das Risiko eines solchen noch kein Konflikt. Auch der blosser Anschein eines Konflikts vermag noch keine (disziplinarrechtlich relevante) Konfliktsituation zu begründen (Kaspar Schiller, a.a.O., N 823 f.).

Das Gesetz untersagt aber bereits die Konfliktsituation als solche, nicht erst das Tätigwerden gegen die Interessen des Klienten. Entsprechend ist das Führen von Mandaten in einer Konfliktsituation unzulässig. Dass einem Klienten durch den Konflikt ein Schaden oder ein Nachteil erwächst, ist somit nicht erforderlich (Kaspar Schiller, a.a.O., N 845). Zum Schutz des Klienten ist das Konfliktverbot «streng und konsequent» anzuwenden und weit auszulegen (Kaspar Schiller, a.a.O., N 781, N 207). Folgerichtig hat der Anwalt alle Mandate abzulehnen, die ihn in eine solche Situation bringen würden (Kaspar Schiller, a.a.O., N 845 f., N 994; so bereits schon: Niklaus Studer, Neue Entwicklungen im Anwaltsrecht, in: SJZ 100 (2004), S. 235; Niklaus Studer, Die Doppelvertretung nach Art. 12 lit. c BGFA, Anwaltsrevue 6–7/2004, S. 234).

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang auch, dass es keine Rolle spielt, wie die Interessenkollision begründet wird. Entsprechend ist auch nicht gefordert, dass die Interessenkollision vor allem oder ausschliesslich aus anwaltlicher Mandatsführung abgeleitet wird. Entscheidend ist – wie die jüngste Rechtsprechung dokumentiert – einzig der Sachzusammenhang (BGE 134 II 108 Erw. 3; Urteil des Bundesgerichts 2C\_407/2008 vom 23. Oktober 2008, Erw. 3.3; BGE 1B\_7/2009 vom 16. März 2009, Erw. 5.5; Urteil des Bundesgerichts 2C\_121/2009 vom

7. August 2009, Erw. 5.1). Wie das Bundesgericht in seinem Urteil 2C\_407/2008 vom 23. Oktober 2008 festgehalten hat, können sich Interessenkonflikte somit auch aus Interessenlagen ergeben, die nicht nur anwaltlich begründet sind. Denn Anwälte unterhalten geschäftliche Beziehungen nicht nur mit Klienten. Zwar begründet nicht jedes abweichende Interesse von Personen, mit denen der Anwalt geschäftlich verkehrt, einen Konflikt. Vorausgesetzt wird eine Bindung, die nahelegt, dass der Anwalt bei seiner Berufstätigkeit auf die Interessen dieser Person Rücksicht nimmt, so dass die vorbehaltlose Interessenwahrung für den Klienten beeinträchtigt wird (Kaspar Schiller, a.a.O., N 905 ff.) bzw. Vertraulichkeitskonflikte entstehen könnten (Kaspar Schiller, a.a.O., N 816 ff., N 860, N 882 f.). Auch Organfunktionen können deshalb Konfliktsituationen schaffen. Ein Anwalt, der ein formell bestelltes oder faktisches Organ einer juristischen Person ist, hat die Interessen primär dieser juristischen Person zu wahren (z.B. Art. 717 OR) bzw. ist dieser in Bezug auf Konfliktsituationen gleichgestellt. Damit befindet sich ein Anwalt in einem Konflikt, wenn er ein Mandat im Widerspruch mit den Interessen der Gesellschaft führt, in deren Verwaltungsrat er Mitglied ist (Kaspar Schiller, a.a.O., N 925). Entsprechend dürfen Verwaltungsräte keinesfalls den Interessen anderer Personen den Vorrang gegenüber den Gesellschaftsinteressen geben (dazu umfassend: Walter Fellmann, Kollision von Berufspflichten mit anderen Gesetzespflichten am Beispiel des Anwaltes als Verwaltungsrat, in: Bernhard Ehrenzeller [Hrsg.], Das Anwaltsrecht nach dem BGFA, St. Gallen 2003, S. 165 ff., vor allem S. 176, S. 178). Gleich hat auch das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, 4. Kammer, am 13. Mai 2008 entschieden (Verfahren WBE. 2006.407, Erw. 3.2.3 a.A.). Deshalb kann ein berufsrechtlich relevanter Interessenkonflikt somit auch dann entstehen, wenn er sich aus einer reinen Tätigkeit als Verwaltungsrat ergibt (dazu auch: Georg Krneta, Der Anwalt als Organ einer juristischen Person, in: Band 2 «Das Anwaltsgeheimnis», Zürich 1994, S. 29 f.).

#### Kurzkomentar:

Dieser Entscheid zeigt, dass eine berufsrechtlich relevante Interessenkollision sich nicht nur aus anwaltlichen Mandaten, sondern aus sämtlichen (privaten und beruflichen) Tätigkeiten des Anwalts ergeben kann, darunter auch diejenige als Mitglied eines Verwaltungsrates.

Die im Entscheid beschriebene Rechtslage bei Interessenkollisionen entspricht der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach eine theoretische Interessenkollision nicht genügt; vielmehr muss ein aktueller Interessenkonflikt bestehen. Dies war vorliegend offenbar nicht der Fall, da Z im Scheidungsverfahren von A keine Rolle spielte (wäre dies der Fall gewesen, hätte wohl anders entschieden werden müssen). Insofern liegt der Entscheid auf der Linie der Praxis des Bundesgerichtes, welche im Entscheid vom 9. Februar 2010, 2C\_518/2009, bestätigt wird: besteht zwischen zwei Verfahren ein Sachzusammenhang, so liegt eine unzulässige Doppelvertretung vor, wenn der Anwalt in diesen Verfahren Klienten vertritt, deren Interessen nicht

gleichgerichtet sind. Diese Voraussetzung ist formal in casu wohl nicht erfüllt, weshalb keine Verletzung der Berufsregeln vorliegt. Wäre der Sachzusammenhang enger gewesen und hätte von einer Interessenkollision ausgegangen werden müssen, so stellte sich das weitere Problem, wie in dieser Konstellation hätte vorgegangen werden müssen: X war als Anwalt und als Organ tätig; selbst wenn eine externer Anwalt namens der Y AG die Strafanzeige eingereicht hätte, hätte X davon wissen müssen, und wäre auch schon in einer Konfliktsituation gewesen.

Es stellt sich aus diesem Sachverhalt heraus die grundsätzliche Frage, inwieweit für die Beurteilung einer Interessenkollision

reflexweise eine Zurechnung erfolgen müsste (hier von Z zu A). Entscheidend dürfte die Beziehung des Klienten zur nahestehenden Person und diejenige des Anwalts im konkreten Einzelfall aufgrund der aktuellen Interessenlage sein (vgl. dazu Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, N 904, S. 224).

Es bleibt darauf hinzuweisen, dass bei Vorliegen eines aktuellen Interessenkonfliktes beide betroffenen Mandate niedergelegt werden müssen; die Beendigung nur eines Mandates ist ungenügend (BGE 134 II 108, E. 4.2.1 i.f.). ■

Beat von Rechenberg\*

## Die Anwalts-Gesellschaft als Faktum

**Stichworte:** Anwalts-AG, Statistik, Organisationsformen, Anwaltskörperschaften

Nach dem Vorbescheid der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte im Kanton Zürich vom 5. Oktober 2006 (publiziert in ZR 105 (2006) Nr. 71), mit welchem genaue Regeln darüber, unter welchen Voraussetzungen eine Anwalts-Gesellschaft zulässig ist, aufgestellt wurden, entschlossen sich viele Kanzleien zur Umwandlung in eine Anwaltskörperschaft. Der Trend zur Anwalts-AG – es gibt nur ganz vereinzelt Anwalts-GmbHs – folgt der Einsicht, dass die vom Gesetz für Aktiengesellschaften vorgegebenen Strukturen der heutigen Realität in etlichen Kanzleigemeinschaften weit besser entsprechen als die Personengesellschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit, denn auch Anwältinnen und Anwälte erbringen ihre Dienstleistungen längst und in zunehmendem Mass arbeitsteilig und im Rahmen immer grösser werdender Organisationen. Vor allem ist aber bei kleinen wie grossen Kanzleien das dringende Anliegen gegeben, dass nicht alle Kanzleimitglieder für den Fehler eines einzelnen Kanzleimitglieds persönlich und unbeschränkt mithaften sollen. Fehler können auch bei Anwältinnen und Anwälten und trotz noch so strenger und effizienter Qualitätskontrolle nie ganz ausgeschlossen werden.

Oft wird kolportiert, die Anwalts-AG habe kein Haftungssubstrat. Dies ist aus mehreren Gründen falsch. Während das Gesetz die Gläubiger von Körperschaften mit Kapitalschutzvorschriften schützt, fehlt ein entsprechender Schutz für die Gläubiger von einfachen Gesellschaften und Kollektivgesellschaften. Auch die Anwalts-AG sowie in Anwalts-AGs organisierte Anwältinnen und Anwälte müssen obligatorisch über eine angemessene Haftpflichtversicherungsdeckung verfügen. Ausserdem haftet der schadensverursachende Anwalt auch in einer Anwaltskörperschaft, das allerdings nicht direkt gegenüber dem geschädigten Klienten, sondern gegenüber seiner Arbeitgeberin, während die andern Kanzleiangehörigen (als Aktionäre der Anwalts-AG) vor einer persönlichen und unbeschränkten Haftung geschützt sind.

Bis heute ist dem SAV kein Fall bekannt, wo der Umstand, dass ein Anwalt im Rahmen einer Anwaltsgesellschaft praktizierte, zu Beanstandungen Anlass gegeben hätte.

Der SAV hat mit Hilfe der kantonalen Verbände die nachfolgende Statistik erstellt, die zeigt, dass per 1. Januar 2010 von 8 423 SAV-Mitgliedern insgesamt 908 Anwältinnen und Anwälte, das heisst mehr als 10 %, bei einer Anwalts-Gesellschaft angestellt waren. Die Statistik zeigt auch, dass es keineswegs nur grosse Kanzleien sind, die sich neu als Anwaltskörperschaft organisiert haben.

---

\* Vizepräsident SAV

### Anwalts-Gesellschaften pro Kanton Sociétés d'avocats par canton

	Zahl der SAV-Mitglieder in Anwalts-Gesellschaften («AG»)* Nombre des membres FSA dans une société d'avocats («SA»)*		Anzahl AG Nombre de SA		Total Mitgl. in AG/ Nombre total des membres dans une SA	
	2008	2010**	2008	2010**	2008	2010**
AG	keine/aucuns	2 Mitglieder/ 2 membres	0	1	0	2
AR/AI	keine/aucuns	keine/aucuns	0	0	0	0
BE	4 und 5 Mitglieder/ 4 et 5 membres	4 und 5 Mitglieder/ 4 et 5 membres	2	2	9	9
BL	keine/aucuns	keine/aucuns	0	0	0	0
BS***	keine/aucuns keine/aucuns	AG mit Sitz im Kanton BS/ SA avec siège dans le canton de BS	0	0	0	0
		AG mit Zweigniederlassungen im Kanton BS/ SA avec bureau dans le canton de BS 1, 4 und 53 Mitglieder/ 1, 4 et 53 membres	0	3	0	58
FR	keine/aucuns	keine/aucuns	0	0	0	0
GE***	9 Mitglieder/ 9 membres	5, 10 und 14 Mitglieder/ 5, 10 et 14 membres	1	3	9	29
GL	keine/aucuns	keine/aucuns	0	0	0	0
GR	2 und 6 Mitglieder/ 2 et 6 membres	3 und 9 Mitglieder/ 3 et 9 membres	2	2	8	12
JU	keine/aucuns	keine/aucuns	0	0	0	0
LU	2 und 6 Mitglieder/ 2 et 6 membres	1 (2 AG), 2, 3, 4, 6 Mitglieder/ 1 (2 SA), 2, 3, 4, 6 membres	2	6	8	17
NE	keine/aucuns	keine/aucuns	0	0	0	0
NW/ OW***	6 Mitglieder/ 6 membres	1 und 3 Mitglieder/ 1 et 3 membres	1	2	6	4
SG****	AG von Aufsichtsbehörde nicht zugelassen/la SA n'est pas admise par la Commission du barreau					
SH	keine/aucuns	keine/aucuns	0	0	0	0
SO	keine/aucuns	keine/aucuns	0	0	0	0
SZ	3 Mitglieder/ 3 membres	3 Mitglieder/ 3 membres	1	1	3	3
TG	keine/aucuns	keine/aucuns	0	0	0	0
TI	2 und 4 Mitglieder/ 2 et 4 membres	5 (4 AG) und 7 (2 AG) Mitglieder/ 5 (4 SA) et 7 (2 SA)	2	6	6	34
UR	1 Mitglied/1 membre	1 Mitglied/1 membre	1	1	1	1
VD***	keine/aucuns	5 und 13 Mitglieder/ 5 et 13 membres	0	2	0	18
VS	keine/aucuns	4 Mitglieder/ 4 membres	0	1	0	4

Zahl der SAV-Mitglieder in Anwalts-Gesellschaften («AG»)* Nombre des membres FSA dans une société d'avocats («SA»)*			Anzahl AG Nombre de SA		Total Mitgl. in AG/ Nombre total des membres dans une SA	
	2008	2010**	2008	2010**	2008	2010**
ZG	3 AG/3 SA	AG mit Sitz im Kanton ZG/ SA avec siège dans le canton de ZG 2, 3 und 5 Mitglieder/ 2, 3 et 5 membres	3	3	6	10
		AG mit Zweigniederlassungen im Kanton ZG/ SA avec bureau dans le canton de ZG 1 (3 AG), 2, 3 und 4 Mitglieder/ 1 (3 SA), 2, 3 et 4 membres	0	6	0	12
ZH	1, 2, 3 (4 AG), 4 (2 AG), 5, 6, 8, 13, 18, 26, 39, 42, 63, 64, 65 und 79 Mitglieder/ 1, 2, 3 (4 SA), 4 (2 SA), 5, 6, 8, 13, 18, 26, 39, 42, 63, 64, 65 et 79 membres	1 (2 AG), 2 (2 AG), 3 (8 AG), 4 (3 AG), 5, 6 (2AG), 7 (6 AG), 11, 12, 13 (2 AG), 15, 17, 18, 26 (2 AG), 31, 38, 41, 45, 65, 66, 68, 89 Mitglieder/ 1 (2 SA), 2 (2 SA), 3 (8 SA), 4 (3 SA), 5, 6 (2 SA), 7 (6 SA), 11, 12, 13 (2 SA), 15, 17, 18, 26 (2SA), 31, 38, 41, 45, 65, 66, 68, 89 membres	20	41	451	695
	TOTAL		35	80	508	908

\* Die Mehrzahl der Anwalts-Gesellschaften sind AGs. Es gibt nur ganz vereinzelt GmbHs./La majorité des sociétés d'avocat sont des SA. Il y a seulement quelques cas de société à responsabilité limitée.

\*\* Stand per 31. 12. 2009/Etat du 31. 12. 2009

\*\*\* Aktionäre müssen zu 100 % Anwälte oder Anwältinnen sein./Le cercle des actionnaires doit être composé exclusivement d'avocat(e)s.

\*\*\*\* Der SAV unterstützt die Bemühungen einer St. Galler Kanzlei um Zulassung der AG bzw. um eine anfechtbare Verfügung der Nicht-Zulassung (vgl. St. Galler Entscheid unter [http://www.gerichte.sg.ch/home/gericht/Kantonsgericht\\_SG/aktuelles/mitteilungen.html](http://www.gerichte.sg.ch/home/gericht/Kantonsgericht_SG/aktuelles/mitteilungen.html))./La FSA soutient les démarches d'une étude st-galloise pour se faire inscrire sous la forme d'une SA, respectivement pour attaquer une décision négative à ce sujet (cf. décision st-galloise sous [http://www.gerichte.sg.ch/home/gericht/Kantonsgericht\\_SG/aktuelles/mitteilungen.html](http://www.gerichte.sg.ch/home/gericht/Kantonsgericht_SG/aktuelles/mitteilungen.html)).

### Anwalts-Gesellschaften nach Grösse der Kanzlei Sociétés d'avocats selon la grandeur de l'étude

Anzahl SAV-Mitglieder pro AG («AG»)* und Zweigniederlassung/ Nombre de membres FSA par SA («SA»)* et bureau 2010	Anzahl AG und Zweigniederlassungen/ Nombre de SA et bureaux 2010	Total Mitglieder in AG oder Zweigniederlassung/ total des membres dans une SA ou un bureau 2010
1	10	10
2	6	12
3	14	42
4	8	32
5	9	45
6	3	18
7	8	56
8–12	4	42
13–25	7	103
26–50	6	207
über 50	5	341
Total	80	908



## Der SAV teilt mit La FSA vous informe

### 109. Delegiertenversammlung

Freitag, 4. Juni 2010  
16.00–17.00 Uhr  
Hotel Splendide Royal Lugano, Saal «Azalea»

#### Traktanden

1. Protokoll der 108. Delegiertenversammlung vom 12. Juni 2009 in Luzern
2. Jahresbericht
3. Jahresrechnung 2009
  - 3.1 Präsentation der Jahresrechnung 2009
  - 3.2 Bericht der Revisionsstelle
  - 3.3 Genehmigung der Jahresrechnung 2009
  - 3.4 Déchargeerteilung an den Vorstand
4. Festlegung der Mitgliederbeiträge für das Jahr 2011
5. Statutarische Wahlen
  - 5.1 Wiederwahlen Vorstand
  - 5.2 Ersatzwahl Revisor
6. Verschiedenes

Die Delegierten der kantonalen Anwaltsverbände erhalten im April eine separate Einladung.

Der Delegiertenversammlung wird ein Fachvortrag von Kollege Dominik Gasser, Rechtsanwalt, Bratschi Wiederkehr Buob, Bern/Zürich/St. Gallen/Basel/Zug, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern, zum Thema «Schweizerische ZPO – Checkliste für den ersten Tag» vorangehen. Anmeldung Fachvortrag unter: [www.swisslawyers.com](http://www.swisslawyers.com), Rubrik Service-Center/Veranstaltungen.

### 109<sup>ème</sup> Assemblée des délégués

Vendredi 4 juin 2010  
de 16h00 à 17h00  
Hôtel Splendide Royal Lugano, salle «Azalea»

#### Ordre du jour

1. Procès verbal de la 108<sup>e</sup> Assemblée des délégués du 12 juin 2009 à Lucerne
2. Rapport annuel
3. Comptes 2009
  - 3.1 Présentation des comptes 2009
  - 3.2 Rapport de l'organe de contrôle
  - 3.3 Approbation des comptes 2009
  - 3.4 Décharge du Conseil
4. Fixation des cotisations pour 2011
5. Elections statutaires
  - 5.1 Réélections au sein du Conseil
  - 5.2 Election d'un nouveau réviseur
6. Divers

Les délégués des ordres cantonaux recevront dans le courant du mois d'avril, une invitation par courrier séparé.

Un exposé de Me Dominik Gasser, avocat, Bratschi Wiederkehr Buob, Berne/Zürich/St. Gall/Bâle/Zoug, chargé de cours à l'Université de Lucerne, sur le thème du «Code de procédure civile suisse – Check-List pour le premier jour» précédera l'assemblée des délégués. Inscriptio exposé sous: <http://www.swisslawyers.com>, rubrique Prestations/Manifestations.

### Mitgliederausweis SAV

Die Informationen betreffend den Mitgliederausweis, dessen Handhabung und Kosten werden nicht wie angekündigt in dieser Ausgabe erscheinen, sondern erst in der Mai-Nummer.

Noch im April werden unsere Mitglieder jedoch per Newsletter über das weitere Vorgehen informiert.

### Carte de membre FSA

Les renseignements concernant la carte de membre, son emploi ainsi que les coûts n'apparaîtront pas comme annoncé dans cette édition mais seulement dans le numéro du mois de mai.

Nos membres recevront encore en avril, une newsletter qui les informera des étapes suivantes.

### SAV-Mediationsausbildung

(«Block IV» gemäss Reglement Mediator SAV/Mediatorin SAV)

Datum:	26. November 2010
Zeit:	08.45 bis ca. 17.45 Uhr
Ort:	Kursaal in Bern
Anzahl Teilnehmende:	24 (Mindestteilnehmerzahl: 16 Personen/Ausweichdatum: 18.03.2011)
Teilnahmeberechtigung:	Absolvierte Mediationsausbildung gemäss Reglement (Basis Reglement Mediator SAV/ Mediatorin SAV und Weisungen über die Anerkennung von Mediationsausbildungen)
Themen der Ausbildung:	Der Anwalt resp. die Anwältin und die Mediation: <ol style="list-style-type: none"><li>1. Die Rollen des Anwalts resp. der Anwältin in der Mediation (Berater/in, Begleiter/in, Mediator/in)</li><li>2. Der Anwalt als Mediator resp. die Anwältin als Mediatorin<ol style="list-style-type: none"><li>2.1. Mediation und anwaltliche Tätigkeit</li></ol></li></ol>

	2.2. Standesregeln und Richtlinien
	2.3. Mediationsvertrag
	2.4. Das Recht in der Mediation
Kurssprache:	Deutsch und Französisch
Kurskosten:	CHF 550.– (inkl. Verpflegung)
Kursunterlagen:	Die Unterlagen werden während der Ausbildung abgegeben

Das Anmeldeformular zur SAV-Ausbildung kann beim Sekretariat des Schweizerischen Anwaltsverbandes (Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, E-Mail: [info@swisslawyers.com](mailto:info@swisslawyers.com)) oder online unter [www.swisslawyers.com/«Mediation»](http://www.swisslawyers.com/«Mediation») bezogen werden.

### Formation Médiateur/Médiatrice FSA

(Bloc IV conformément au règlement Médiateur FSA/Médiatrice FSA)

Dates:	26 novembre 2010
Heures:	08h45 à 17h45 environ
Lieu:	Kursaal à Berne
Nombre de participants:	24 par cours (nombre de participants minimaux: 16 personnes/date de remplacement: 18 mars 2011)
Prérequis:	Formation à la médiation accomplie conformément au règlement (le règlement Médiateur FSA/Médiatrice FSA et les directives pour la reconnaissance des formations à la médiation servent de base)
Thèmes de la formation:	L'avocat et la médiation: <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Le rôle de l'avocat dans la médiation (conseiller, accompagnant, médiateur)</li> <li>2. L'avocat comme médiateur           <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. La médiation et l'activité d'avocat</li> <li>2.2. Les règles de déontologie</li> <li>2.3. Le contrat de médiation</li> <li>2.4. Droit et limites dans la médiation</li> </ol> </li> </ol>

Langues:	allemand et français, selon les inscriptions
Coûts de la formation:	CHF 550.– (repas inclus)
Documentation:	La documentation sera remise durant le cours

Vous pouvez obtenir le formulaire d'inscription auprès du secrétariat de la Fédération Suisse des Avocats (tél. 031 313 06 06, fax 031 313 06 16, e-mail [info@swisslawyers.com](mailto:info@swisslawyers.com)) ou directement sous: [www.swisslawyers.com/«médiation»](http://www.swisslawyers.com/«médiation»)

### Nouveautés «Avocat spécialiste FSA/Avocate spécialiste FSA»

#### Avocat(e)s spécialistes FSA droit du travail

En collaboration avec la Fédération Suisse des Avocats (FSA), la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne offrira, en partenariat avec les Universités de Genève, de Neuchâtel et de Fribourg, à *partir du 3 février 2011*, le *deuxième cours* de spécialisation en droit du travail. Ce cours consiste en un approfondissement axé sur la pratique de l'ensemble des questions que pose le droit du travail, selon une approche transversale et interactive.

La réussite de l'examen écrit final donne droit à un certificat universitaire de formation continue en droit du travail, décerné par l'Université de Lausanne. Pour les membres de la FSA, la participation à ce cours et la réussite à l'examen sont des conditions pour l'obtention du titre d'«*Avocat(e) spécialiste FSA droit du travail*».

Cette formation s'adresse aux avocat(e)s qui bénéficient d'une bonne expérience en droit du travail et sont actif(ve)s comme avocat(e) à titre principal depuis au moins 3 ans au moment de l'inscription.

Le site [www.avocatspecialiste-fsa.ch](http://www.avocatspecialiste-fsa.ch) vous donne

- la possibilité de télécharger le formulaire d'inscription ainsi que le formulaire «description des cas»
- un bref aperçu des thèmes qui seront traités
- les dates et lieux prévus
- coûts du cours

Délai d'inscription: 31 août 2010 ■



## Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

### Zivilrecht/Droit civil

04.–05.05.2010	Selbständigerwerbende und Unfallrisiko	Filzbach/Kerenzerberg	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
03.06.–05.06.2010	Conférence annuelle de PEOPIL	Genève	Pan-European Organisation of personal Injury Lawyers, c/o Hornung Hovagemyan avocats, 20 Rue Général Dufour, 1204 Genève, Tel. 022 809 64 64, Fax 022 809 64 65, d.hornung@hhavocats.ch, www.peopil.com
18.06.2010	Aktuelles Mietrecht	Bern	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
25.08.2010–19.03.2011	Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV – Spezialisierungskurs im Arbeitsrecht	Zürich	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
26.08.2010–02.04.2011	Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV – Spezialisierungskurs im Erbrecht	Zürich	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
25.09.2010–09.07.2011	Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV – Spezialisierungskurs im Haftpflicht- und Versicherungsrecht	Luzern	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
15.10.2010	Haftpflicht- und Versicherungsrecht	Basel	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch

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

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
17.05.–19.05.2010	Wirtschaftsmediation – Grundlagen	Glattbrugg	SGO Training, Jeannine Kistler, Flughafenstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, Fax 044 809 11 40, jeannine.kistler@sgo.ch
17.05.–02.10.2010	Kernausbildung Wirtschaftsmediator SGO (SAV/SKWM)	Glattbrugg	SGO Training, Jeannine Kistler, Flughafenstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, Fax 044 809 11 40, jeannine.kistler@sgo.ch
20.05.2010	SchKG-Tagung/Grundlagenseminar – Basics I	Zürich	Forum SchKG ZPO, Bahnhofplatz 9, Postfach 1867, 8021 Zürich, Tel. 044 218 77 77, Fax 044 218 77 70, info@forum-schkg-zpo.ch, www.forum-schkg-zpo.ch
25.05.–28.05.2010	Mediationstraining GT I/10 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
17.06.2010	SchKG-Tagung/Grundlagenseminar – Basics I	Olten	Forum SchKG ZPO, Bahnhofplatz 9, Postfach 1867, 8021 Zürich, Tel. 044 218 77 77, Fax 044 218 77 70, info@forum-schkg-zpo.ch, www.forum-schkg-zpo.ch
31.08.2010	Einführungstagung zur Schweizerischen ZPO	Bern/Solothurn	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
07.09.2010	Einführungstagung zur Schweizerischen ZPO	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
08.09.2010	Einführungstagung zur Schweizerischen ZPO	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
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
20.–22.09.2010	Wirtschaftsmediation – Grundlagen	Glattbrugg	SGO Training, Jeannine Kistler, Flughafenstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, Fax 044 809 11 40, jeannine.kistler@sgo.ch
21.09.2010 + 28.09.2010	Neuer Zivilprozess – Fallbesprechung mit Zürcher Praktikern	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch
22.09.2010 + 06.10.2010	Neuer Zivilprozess – Fallbesprechung mit Zürcher Praktikern	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch
30.09.2010 + 07.10.2010	Neuer Zivilprozess – Fallbesprechung mit Zürcher Praktikern	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, jwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch
20.10.2010	SchKG-Tagung/Grundlagenseminar – Basics II	Zürich	Forum SchKG ZPO, Bahnhofplatz 9, Postfach 1867, 8021 Zürich, Tel. 044 218 77 77, Fax 044 218 77 70, info@forum-schkg-zpo.ch, www.forum-schkg-zpo.ch
22.10.2010	Die neue Schweizerische ZPO	Basel	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch
27.10.–30.10.2010	Prozesse am Runden Tisch – die Kunst des Verhandeln	Freiburg	Universität Freiburg, Weiterbildungsstelle, Rue de Rome 6, 1700 Freiburg, Tel. 026 300 73 47, Fax 026 300 96 49, formcont@unifr.ch, www.unifr.ch/formcont
04.11.2010	Bi-Annual Meeting 2010 für Mediatorinnen und Mediatoren SAV	Bern	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
04.11.2010	SchKG-Tagung/Grundlagenseminar – Basics II	Olten	Forum SchKG ZPO, Bahnhofplatz 9, Postfach 1867, 8021 Zürich, Tel. 044 218 77 77, Fax 044 218 77 70, info@forum-schkg-zpo.ch, www.forum-schkg-zpo.ch

19.–20. 11. 2010	Gerichtsnaher Mediation: Shuttle Mediation/Herausforderung ZPO	Glattbrugg	SGO Training, Jeannine Kistler, Flughofstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, Fax 044 809 11 40, jeannine.kistler@sgo.ch
26. 11. 2010	Mediationsausbildung SAV	Bern	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com

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

16. 09. 2010	Einführungstagung zur Schweizerischen StPO	Bern	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
17. 09. 2010	Einführungstagung zur Schweizerischen StPO	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
23. 09. 2010	Einführungstagung zur Schweizerischen StPO	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
24. 09. 2010	Einführungstagung zur Schweizerischen StPO	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
17. 11. 2010	Neuer Strafprozess	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch

### Öffentliches Recht/Droit public

26.–28. 04. 2010	Knifflige Rechtsprobleme im Verfahren der Sozialversicherung	Kartause Ittingen	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. 05. 2010	Sozialversicherungsrechtstagung 2010	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
27. 05. 2010	Aktuelle Rechtsfragen im Bau-, Planungs- und Umweltrecht	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
11. 06. 2010	Vergabetagung 2010	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch

### Diverses/Divers

Mai 2010 – Februar 2011	CAS Fernlehrgang «Europarecht»	–	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 92, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
03. 05. 2010	3rd International St. Gallen Corporate Counsel's Day 2010 (Focus 2010: Change and Uncertainty)	Zürich-Airport	Executive School of Management, Technology and Law (ES-HSG), Executive Campus, Holzstrasse 15, 9010 St. Gallen, Tel. 071 224 75 00, Fax 071 224 75 10, executive.school@unisg.ch
05. 05. 2010	Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Auslegung und Anwendung in der Praxis/L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse – UE: interprétation et application dans la pratique	Freiburg/Fribourg	Institut für Europarecht, Monika Raemy, avenue de Beauregard 11, 1700 Fribourg, Tel: 026 300 80 90, europainstitut@unifr.ch
07. 05.–26. 06. 2010	English Course for Lawyers	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 92, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
18./19. 05. 2010	7. Internationales Menschenrechtsforum Luzern (IHRF) – Menschenrechte und Digitalisierung des Alltags	Luzern	Internationales Menschenrechtsforum Luzern (IHRF), PHZ Luzern, Bellerivestrasse 19, 6006 Luzern, Tel. 041 228 47 30, Fax 041 228 47 31, info@ihrf.phz.ch, www.luzern.phz.ch
ab 27. 05. 2010	Certificate of Advanced Studies CAS –Volkswirtschaft	Luzern	Hochschule Luzern – Wirtschaft, Institut für Betriebs- und Regionalökonomie IBR, Zentralstrasse 9, Postfach 2940, 6002 Luzern, Tel. 041 228 41 11, Fax 041 228 41 12, regi.hochuli@hslu.ch, www.hslu.ch
04. 06. 2010	Schengen und Dublin in der Praxis – Weiterentwicklung der Rechtsgrundlagen	Basel	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch
04. 06. 2010	Schweizerischer Anwaltstag 2010/Journée suisse des avocats 2010	Lugano	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
18. 06. 2010	Kunst und Recht	Basel	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch
17. 09. 2010–2012	LL.M. Internationales Wirtschaftsrecht	Zürich	Universität Zürich, LL.M.-Lehrgang Internationales Wirtschaftsrecht, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 90, Fax 044 634 43 59, info@LLM.uzh.ch, www.LLM.uzh.ch
15. 11. 2010	Das Migrationsrecht in Bewegung	Oltén	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch

## Verschiedene Veranstaltungen/Autres manifestations

### International

03.–04.05.2010	Annual Seminar on EU Law 2010 – Recent Developments in EU Legislation and Case Law	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
10.–11.05.2010	Neue EU-Regeln für die Koordinierung der Sozialversicherungen	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
28.–29.05.2010	Pleadings before the European Court of Human Rights and Right to a Fair Trial (Art. 6 ECHR)	Wien, Österreich	UIA – Union International des Avocats, 25, rue du Jour, FR-75 001 Paris, Tél: 0033 1 44 88 55 66, Fax 0033 1 44 88 55 77, uiacentre@uianet.org
14.–16.06.2010	European Company Law	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.–18.06.2010	Constitutional Law of the European Union	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
21.–25.06.2010	European Tax Law	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
21.–25.06.2010	European Private Law	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
28.06.–02.07.2010	European Competition Law	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
28.06.–02.07.2010	European Criminal Justice	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
05.–09.07.2010	European Labour Law	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
05.–09.07.2010	European Intellectual Property Law	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
11.07.–07.08.2010	Orientation in U.S.A. Law	Davis, California, USA	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
09.–20.08.2010	The Global Trading System	Davis, California, USA	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

