

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

Das Praxismagazin des Schweizerischen Anwaltsverbandes
L'organe professionnel de la Fédération Suisse des Avocats
La rivista professionale della Federazione Svizzera degli Avvocati

2/2012

THEMA / QUESTION DU JOUR

Ernst Staehelin

Der Entwurf zum neuen Schweizerischen Anwaltsgesetz

ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU

Fachanwältinnen und Fachanwälte SAV Arbeitsrecht
Von Abgangschädigung bis Zivilprozess (Teil II)

Philipp Gremper

Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro

Christine Boutellier

GAV: Tipps für die Praxis

Gianni F. Zanetti

Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag

Regula Hinderling

Gerichtliche Zuständigkeit bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nach revidiertem
Lugano-Übereinkommen

Beda Meyer Löhner

Nutzung und Ausnutzung der Aussagepsychologie im Strafrecht

Andrea Schafer

«Durchklick» – Elektronischer Rechtsverkehr (ERV): von der Vision zum Durchbruch?

Andrea Schafer

«Clic informatique» – Communication électronique avec les autorités (CEA):
percée en vue?

Vincent Jeanneret

La naissance à Genève de l'Ecole d'Avocature

Beat von Rechenberg **Editorial** ■ 63

Thema/Question du jour

Ernst Staehelin Der Entwurf zum neuen Schweizerischen Anwaltsgesetz ■ 68

Anwaltspraxis/Pratique du barreau

Fachanwältinnen und Fachanwälte SAV Arbeitsrecht

Regula Suter Von Abgangsentschädigung bis Zivilprozess (Teil II) ■ 73

Philipp Gremper Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro ■ 73

Christine Boutellier GAV: Tipps für die Praxis ■ 80

Gianni F. Zanetti Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag ■ 84

Regula Hinderling Gerichtliche Zuständigkeit bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nach revidiertem Lugano-Übereinkommen ■ 88

Beda Meyer Löhner Nutzung und Ausnutzung der Aussagepsychologie im Strafrecht ■ 91

Andrea Schafer «Durchklick» – Elektronischer Rechtsverkehr (ERV): von der Vision zum Durchbruch? – Der Ball liegt bei den Behörden ■ 97

Andrea Schafer «Clic informatique» – Communication électronique avec les autorités (CEA): percée en vue? La balle est dans le camp des autorités ■ 99

Vincent Jeanneret La naissance à Genève de l'Ecole d'Avocature ■ 102

Alex Biedermann, Joëlle Vuille et Franco Taroni Conclusions catégoriques dans les expertises forensiques: obstacles insurmontables ou cibles faciles pour la défense? ■ 104

Rechtsprechung/Jurisprudence ■ 112

SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux

Der SAV teilt mit/La FSA vous informe ■ 118

Agenda ■ 120

Impressum

Anwaltsrevue/Revue de l'avocat
15. Jahrgang 2012/15^e année 2012
ISSN 1422-5778

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

Zitiervorschlag/Suggestion de citation
Anwaltsrevue 2/2012, S. 61 ff.
Revue de l'avocat 2/2012, p. 61 ss

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

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

**Verlag und Redaktion/
Edition et rédaction**
Helbing Lichtenhahn Verlag
Lektorat Zeitschriften
Graziella Gut, Redaktorin BR
Lic. phil. Anne-Marie Prévost
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/Sécrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06
Tel. 031 313 06 16
Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch
www.sav-fsa.ch

Inserate/Annonces

Zürichsee Werbe AG
Seestrasse 86
8712 Stäfa
Tel. 044 928 56 11
Fax 044 928 56 00
info@zs-werbeag.ch
www@zs-werbeag.ch

Vertrieb/Distribution

Abo-Service
Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel
Tel. 061 228 90 70
Fax 061 228 90 51
zeitschriften@helbing.ch

Preise/Prix

Jährlich/Annuel: Fr. 198.–, € 165.–
Studenten/Etudiants: Fr. 98.–, € 82.–
Einzelheft/Numéro séparé: Fr. 25.–, € 21.–
Mitglieder des SAV gratis/Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt.
Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. / La résiliation de l'abonne-

ment pour une nouvelle période doit être communiqué 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 Verlags./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.

Im Fokus des SAV-Vorstands

Neues Anwaltsgesetz

Aufgrund eines von Alt-SAV-Präsident Ernst Staehelin¹ stetig weiterentwickelten Entwurfs und dank der Kooperation und Mitarbeit aller 24 kantonalen Anwaltsverbände ist es gelungen, dieser Tage dem Bundesamt für Justiz ein von allen involvierten Seiten unterstütztes «Schweizerisches Anwaltsgesetz» vorzuschlagen. Das Gesetzesprojekt findet sich auf www.sav-fsa.ch und wird in dieser Ausgabe der Anwaltsrevue von Ernst Staehelin vorgestellt (S. 68). Die französische Fassung des Artikels von Ernst Staehelin folgt in der Anwaltsrevue 3/2012.

Und das BGFA?

Der Titel des BGFA («Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte») erklärt dessen Ursprung: Das BGFA datiert vom 23. Juni 2000 und ist am Ende des letzten Jahrtausends geschaffen worden, nachdem erkannt worden war, dass im Zuge der bilateralen Verträge nicht nur die EU/EFTA-Anwälte Freizügigkeit in der Schweiz geniessen sollten, sondern auch die Schweizer Anwaltschaft. Die kantonalen Anwaltsgesetze blieben – bis auf die Berufsregeln (Art. 12 BGFA) – weiterhin relevant. Nachdem nun Zivil- und Strafprozesse bundesweit einheitlich geregelt sind, ist es höchste Zeit, dass die Anwaltschaft statt einem *Freizügigkeits-*ein harmonisiertes *Anwaltsgesetz* erhält. Damit werden die kantonalen Anwaltsgesetze – wie schon die kantonalen ZPO und StPO – wegfallen. Der Anwaltsberuf wird umfassend auf Bundesebene geregelt.

Was ist neu?

Hier eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergänzungen und Änderungen:

Das neue Gesetz gilt nicht nur für die forensisch, sondern auch für die beratend tätigen Anwältinnen und Anwälte: Jede Person, die den Anwaltsberuf unter dem Titel «Anwalt» oder «Anwältin» ausüben will, muss sich registrieren lassen.

Es wird ein zentrales Register beim Bund geschaffen, das für jedermann (elektronisch) einsehbar ist und aus dem hervorgeht, wer registrierter Anwalt in der Schweiz ist. Dieses Register wird von den kantonalen Aufsichtsbehörden gespiesen.

Die Voraussetzungen zum Erwerb und Verlust des Patentes (neu «Fähigkeitsausweis») werden harmonisiert. Es sollen in allen Kantonen die gleichen Anforderungen an Anwaltspraktikum und Anwaltsprüfung gestellt werden.

¹ Ohne die grosse Unterstützung von Kollege Ernst Staehelin hätte das Projekt «neues Anwaltsgesetz» nicht lanciert werden können. Ernst Staehelin stand ein Petit Comité zur Seite, bestehend aus folgenden Experten: Alt-SAV-Präsident Alain B. Lévy (GE), Präs. Fachausschuss SAV Anwaltsrecht Vincenzo Amberg (BE), Alt-ZAV-Präsident Gaudenz Zindel (ZH) und Prof. François Bohnet (NE).

Die Regeln für die Anwaltsgesellschaften werden erstmals legifertiert. Einer gesamtschweizerischen Regelung kommt der Umstand entgegen, dass die Aufsichtsbehörden in 14 Kantonen die Anwaltsgesellschaften weitgehend in gleichem Sinne regeln. Diese Regeln, die schon heute für mehr als 90% aller in der Schweiz praktizierenden Anwältinnen und Anwälte gelten,² werden im Entwurf reflektiert.

Für Vermögenswerte auf den Klientengelderkonti besteht im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Anwalts ein Aussonderungsanspruch zu Gunsten des betroffenen Klienten.

Was ist vom BGFA übernommen?

Der Entscheid über die Zulassung zum Anwaltsberuf, die Aufsicht und die Disziplinierung obliegen weiterhin den Kantonen, d.h. die Prüfungskommissionen und die Aufsichtsbehörden bleiben kantonal.

Die Berufsregeln gemäss Art. 12 BGFA bleiben weitgehend unverändert; sie haben sich bewährt. Nur die Bestimmung, dass die Werbung des Anwalts objektiv sein muss, wird gestrichen.³ Auch mit Bezug auf die Ausübung des Anwaltsberufs durch ausländische Anwälte und Anwältinnen in der Schweiz werden die Regeln des BGFA übernommen.

Wie geht es weiter?

Mit der Harmonisierung der Regeln für die schweizerische Anwaltschaft geht per definitionem einher, dass bisherige lokale Bestimmungen ändern. Lehnen Sie, verehrtes Mitglied, Änderungen oder Ergänzungen nicht ab, sondern unterstützen Sie die Bemühungen des SAV, ein schweizweit gültiges Berufsrecht einzuführen. Der SAV wird eng mit den Bundesbehörden zusammenarbeiten, damit das Projekt «Schweizerisches Anwaltsgesetz» beförderlich zu einer Botschaft an das Parlament führen wird. Der SAV bleibt dran.

Beat von Rechenberg
Präsident des Schweizerischen Anwaltsverbandes

² Ausgenommen sind die Kolleginnen und Kollegen im Kanton St. Gallen, denen mit Entscheid des Kantonsgerichts vom 18. Januar 2011 beschieden wurde, dass Anwälte, die als Angestellte einer als Kapitalgesellschaft organisierten Kanzlei tätig sind, vom Eintrag in das Anwaltsregister ausgeschlossen werden. Eine Beschwerde wegen Verletzung der von der Verfassung garantierten Organisationsfreiheit ist beim Bundesgericht hängig.

³ «Objektive Werbung» ist eine *contradictio in adiecto*; die Schranken des UWG genügen. In diesem Sinne: BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Bern 2009, S. 611/12; KASPAR SCHILLER, *Anwaltsrecht*, Zürich 2009, S. 400; WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Bern 2010, S. 163 und Fn. 893; FELLMANN/ZINDEL, *Komm. zum AnwG*, Zürich 2011, S. 268, Fn. 763; ANDREA SCHÜTZ, *Anwaltswerbung in der Schweiz – UWG als Alternative zu Art. 12 lit. d BGFA?*, S. 100 und 102.

Le point de mire du Conseil FSA

Nouvelle loi sur la profession d'avocat

A partir d'un projet établi d'abord par Ernst Staehelin¹, ancien président de la FSA, et développé par la suite, notamment grâce à la collaboration des 24 ordres cantonaux, la FSA est parvenue à soumettre ce jour au Département de la Justice un projet de «loi sur la profession d'avocat», qui a déjà reçu le soutien de toutes les parties impliquées. Le projet de loi est accessible sur le site de la FSA (www.sav-fsa.ch) et est présenté par Ernst Staehelin dans ce numéro de la Revue de l'avocat (p. 68). La version française de l'article d'Ernst Staehelin suivra dans la Revue n° 3/2012.

Et la LLCA?

Le titre de la LLCA («loi fédérale sur la libre circulation des avocats») rappelle clairement ses origines: datée du 23 juin 2000, la LLCA est un projet de la fin des années 1990, lié à la prise de conscience du fait que, dans le cadre des bilatérales, non seulement les avocats issus des pays de l'UE/AELE, mais également les avocats suisses devaient pouvoir bénéficier de la libre circulation en Suisse. La profession est toutefois restée essentiellement réglementée par des lois cantonales – à l'exception de ce qui concerne les règles professionnelles (art. 12 LLCA). A présent que les procédures civile et pénale sont unifiées au niveau fédéral, il est grand temps que la profession d'avocat obtienne une «loi sur la profession d'avocat», plutôt qu'une «loi sur la libre circulation des avocats», qui harmonise les conditions d'exercice de la profession et ne se concentre plus uniquement sur la question de la libre circulation. Celle-ci devra conduire à l'abrogation des lois cantonales sur la profession d'avocat – à l'instar des anciens codes cantonaux de procédures –, pour que la profession d'avocat soit désormais réglée de manière uniforme au niveau fédéral.

Quelles sont les nouveautés prévues par la loi?

Les principaux changements ou compléments apportés en comparaison avec le régime de la LLCA sont les suivants:

La nouvelle loi s'applique non seulement aux avocats qui exercent une activité judiciaire, mais également aux avocats qui pratiquent le conseil juridique. Toute personne qui souhaite exercer la profession d'avocat en faisant usage du titre d'«avocat» doit s'inscrire au registre.

Le projet prévoit par ailleurs la création d'un registre central des avocats, au niveau de la Confédération, accessible à chacun (par voie électronique) et permettant de connaître les avocats inscrits en Suisse. Ce registre sera mis à jour par les autorités de surveillance cantonale.

¹ Le projet de nouvelle loi sur la profession d'avocat n'aurait pas vu le jour sans le soutien essentiel de M^e Ernst Staehelin. Il a été assisté par le Petit Comité, formé des experts suivants: Alain B. Lévy, ancien Président de la FSA (GE), Vincenzo Amberg, Président de la Commission spécialisée FSA (BE), Gaudenz Zindel, ancien Président du ZAV (ZH) et François Bohnet, Professeur de droit (NE).

Les conditions de délivrance ou de retrait du brevet d'avocat sont harmonisées. Les exigences pour le stage d'avocat et l'examen d'avocat sont posées de manière identique dans tous les cantons.

Le projet règle pour la première fois les questions relatives aux sociétés d'avocats. La création de ces règles a été anticipée par la pratique déjà très largement similaire des autorités de surveillance de 14 cantons. Les lignes directrices développées par la pratique, qui s'appliquent d'ores et déjà à plus de 90 % de tous les avocats² pratiquant le barreau en Suisse, se retrouvent dans le projet de loi.

Enfin, lorsqu'un avocat devient insolvable, le projet prévoit un droit de distraction en faveur des clients qui détiennent des avoirs sur les comptes clients de l'avocat en question.

Quels sont les éléments repris de la LLCA?

Les cantons continuent à exercer la surveillance, à diriger les procédures disciplinaires et à rendre les décisions en matière d'admission à la profession d'avocat; la commission d'examen et l'autorité de surveillance restent dès lors des autorités cantonales.

Les règles professionnelles prévues par l'art. 12 LLCA sont pour l'essentiel inchangées; elles ont déjà fait leurs preuves. On renoncera seulement à la disposition qui exige que la publicité de l'avocat se limite à des faits objectifs.³ La nouvelle loi reprend également les règles de la LLCA relatives à l'exercice de la profession d'avocat en Suisse par des avocats étrangers.

Quelles sont les prochaines étapes du projet?

L'harmonisation des règles sur la profession d'avocat nécessite par définition de renoncer aux dispositions qui étaient jusque-là locales. Ne refusez pas les changements apportés, chers membres, mais soutenez les efforts de la FSA pour introduire une loi sur la profession valable pour l'ensemble du territoire suisse. La FSA collaborera étroitement avec les autorités fédérales pour que le projet de loi fédérale sur la profession d'avocat et le Message correspondant soit rapidement transmis au Parlement. La FSA suivra bien sûr avec attention l'évolution du dossier.

Beat von Rechenberg

Président de la Fédération Suisse des Avocats

² Font exception les avocats du canton de St-Gall, en raison d'un arrêt rendu le 18 janvier 2011 par le Tribunal cantonal a considéré que les avocats actifs en qualité d'employés d'une société de capitaux ne pouvaient pas s'inscrire au registre des avocats. Un recours contre cette décision, pour violation du principe constitutionnel de la liberté d'organisation, est actuellement pendant devant le Tribunal fédéral.

³ La notion de publicité objective est une contradiction en soi; les limites fixées par la LCB sont suffisantes. Dans ce sens: cf. BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, p. 611 s.; KASPAR SCHILLER, Anwaltsrecht, Zürich 2009, p. 400; WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, Berne 2010, p. 163 et n. b. 893; FELLMANN/ZINDEL, Kommentar zum AnwG, Zürich 2011, p. 268 et n. b. 763; ANDREA SCHÜTZ, Anwaltswerbung in der Schweiz – UWG als Alternative zu Art. 12 lit. d BGFA?, p. 100 et 102.

Ernst Staehelin*

Der Entwurf zum neuen Schweizerischen Anwaltsgesetz

Stichworte: Anwaltsrecht, BGFA, Berufsregeln, Aufsicht, Anwaltsberuf, Titelführung, Anwaltspraktikum, Anwaltsprüfung, Anwaltsgesellschaft

Remarque préliminaire: La version française de ce rapport sera publiée dans la prochaine édition de la Revue de l'Avocat.

Einleitung

Bis ins Jahr 2002 war der Anwaltsberuf in allen Belangen ausschliesslich vom kantonalen Recht geregelt. Auf den 1. Juni 2002 trat zusammen mit den sog. bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte in Kraft (BGFA, SR 935.61), welches neben der eigentlichen Freizügigkeit (national und international) auch Berufsregeln aufstellte, um für die Ausübung des Anwaltsberufes in den Grundfragen gleich lange Spiesse in der ganzen Schweiz zu schaffen.

Bis Ende 2010 waren die Zivil- und Strafprozessverfahren nach kantonalem Recht (und damit verschieden) geregelt. Auf den 1. Januar 2011 sind die schweizerische ZPO und die schweizerische StPO/Jugend StPO in Kraft getreten, womit diese Verfahrensrechte bundesrechtlich vereinheitlicht worden sind. Damit werden in der ganzen Schweiz die zivil- und strafrechtlichen Verfahren nach den gleichen Regeln durchgeführt. Die bisherige kantonale Regelung des Anwaltsberufes hat im Lichte dieser Entwicklung der Verfahrensrechte keine grundsätzliche Bedeutung mehr. Dies und der immer einheitlicher werdende Wirtschaftsraum Schweiz führen zur Notwendigkeit, das Anwaltsrecht in allen (und nicht nur in Teilen) seiner Belange auf schweizerischer Ebene zu vereinheitlichen, wie dies in anderen wissenschaftlichen Berufen zum Teil schon lange der Fall ist (z.B. Ärzte, Psychologen).

2009 hat der Vorstand SAV deshalb beschlossen, die Vorarbeiten für ein schweizerisches Anwaltsgesetz zu lancieren, um die Voraussetzungen des Anwaltsberufes und dessen Ausübung gesamtschweizerisch zu vereinheitlichen. Die Vorgabe war dabei, Bewährtes aus dem BGFA zu übernehmen, Verbesserungen im Vergleich zum derzeitigen Stand vorzunehmen und sich aufdrängende, neue Themen direkt im Bundesgesetz zu regeln.

Der Vorstand SAV hat dem Autor dieses Artikels den Auftrag erteilt, einen ersten Entwurf auszuarbeiten. Gleichzeitig hat er ein sog. «Petit Comité» eingesetzt, welches diesen ersten Entwurf durcharbeiten soll, um ihn dann dem Vorstand SAV und den Präsidenten der kantonalen Verbände vorzulegen. Parallel zu den Arbeiten dieses Petit Comité (und in Zusammenarbeit mit ihm) sind spezifische Fragen vorweg und laufend mit den Präsidenten der Kantonalverbände besprochen worden. Im Februar 2011 hat das

Petit Comité in einer mehrtägigen Session den Gesetzesentwurf besprochen, korrigiert, ergänzt und präzisiert. Anschliessend hat sich der Vorstand SAV ebenfalls mit dem Entwurf befasst und ihn im Juni 2011 zu Händen der kantonalen Verbände verabschiedet, welche anschliessend zur Vernehmlassung eingeladen worden sind. Die Vernehmlassungsergebnisse sind verarbeitet und die sich daraus ergebenden Hauptpunkte an der Präsidentenkonferenz vom 11. November 2011 besprochen worden.

Es liegt nun ein Entwurf zu einem Bundesgesetz vor, der nach letzten Bereinigungen Mitte Februar 2012 der Bundesverwaltung zugestellt worden ist, um ihn ins ordentliche Gesetzgebungsverfahren zu übernehmen.¹

Es lassen sich im Entwurf drei Hauptgruppen von Bestimmungen definieren, die im Folgenden vorgestellt werden sollen, nämlich Bestimmungen, die gegenüber dem BGFA keine wesentlichen inhaltlichen Änderungen erfahren haben, solche, die ergänzt, erweitert oder angepasst worden sind, und solche, die neu ins Gesetz aufgenommen werden.

Übersicht über die Änderungen

1. Keine inhaltlichen Änderungen gegenüber dem BGFA

Die folgenden Themen haben gegenüber der Regelung im BGFA inhaltlich keine wesentlichen Änderungen erfahren (wobei selbstverständlich kleinere Anpassungen nicht ausgeschlossen sind).

a. Zur Organisation

Die Zuständigkeit der Kantone für alle Tätigkeiten unter dem neuen Gesetz ist beibehalten worden. Es ist also immer noch die kantonale Aufsichtsbehörde, die Registereintragungen, Mutationen etc. verfügt, Disziplinarverfahren führt und über Disziplinar-massnahmen entscheidet. Es werden bewusst keine neuen Bundesinstanzen geschaffen. Die Nähe dieser kantonalen Behörden zu den Anwältinnen und Anwälten ist für die Beurteilung dieser Fragen nach Ansicht des SAV wesentlich.

Einzige Ausnahme dieses Grundsatzes ist die Schaffung eines zentralen Anwaltsregisters auf Bundesebene (unter Aufhebung der bisherigen kantonalen Anwaltsregister), wobei dem Bund nur die Registerführung auf Grundlage der kantonalen Entscheide zukommt, ohne dass ihm irgendwelche Überprüfungs-kompetenzen zustünden (damit anders als z.B. im Handelsregis-terrecht). Näheres dazu vgl. Ziff. 2c.

* Advokat und Notar in Basel, Alt-SAV-Präsident, Vorsitzender der Expertenkommission «Petit Comité Anwaltsgesetz».

¹ Der Text des Entwurfes ist auf der Website des SAV abrufbar: www.sav-fsa.ch.

b. Aufsichtsbehörde, Disziplinarverfahren und -massnahmen

Die Regelung der Aufsicht, des Disziplinarverfahrens und der Disziplinar-massnahmen entspricht dem BGFA. Bei der Löschung der Disziplinar-massnahmen wird eine gegenüber dem bisherigen Recht etwas differenziertere Lösung vorgeschlagen: Während dem unter dem BGFA Verwarnungen, Verweise und Bussen nach 5 Jahren und ein befristetes Berufsausübungsverbot nach 10 Jahren gelöscht wird, sieht der Entwurf nun vor, dass Verwarnungen und Verweise nach 2 Jahren, Bussen nach 3 Jahren nach ihrer Anordnung und das befristete Berufsausübungsverbot 5 Jahre nach Ablauf gelöscht werden.

Die Organisation der Aufsichtsbehörde ist nach wie vor komplett in der Zuständigkeit der Kantone. Es ist zudem bewusst davon abgesehen worden, Bestimmungen darüber ins Gesetz aufzunehmen, dass die Anwaltschaft in der Aufsichtsbehörde vertreten sein soll, wenn dies auch aus verschiedenen Gründen wünschbar ist (und in der überwiegenden Zahl der Kantone auch schon so praktiziert wird). Es steht den Kantonen frei, dies vorzusehen.

c. Ausländische (d.h. EU/EFTA-) Anwältinnen und Anwälte

Es wird der Begriff des «Ausländischen Anwalts» anstelle des EU/EFTA-Anwalts eingeführt, um für den Fall gewappnet zu sein, dass die Schweiz mit weiteren Staaten Gegenrechtsvereinbarungen abschliesst, die Angehörigen dieser weiteren Staaten ähnliche Rechte einräumen, wie sie heute den EU/EFTA-Anwälten zustehen.

Im Übrigen sind die Bestimmungen zur Ausübung des Anwaltsberufes durch ausländische Anwältinnen und Anwälte aus den EU/EFTA-Staaten praktisch unverändert übernommen worden. Zur Aufrechterhaltung der Eurokompatibilität sind hier keine grossen Änderungen oder Ergänzungen möglich.

d. Berufsregeln

Das Petit Comité hat sich intensiv auch mit der Frage beschäftigt, ob das neue Bundesgesetz Anlass dafür sein soll, die Berufsregeln grundsätzlich zu überarbeiten und neu zu gestalten. Auch nach Rücksprache mit Dritten, die sich mit den Berufsregeln intensiv auseinandergesetzt haben, ist das Petit Comité zum Schluss gekommen, dass aufgrund der Erfahrungen insb. mit dem derzeitigen Artikel 12 BGFA kein Anlass besteht, grundlegende Änderungen vorzunehmen. Immerhin schlägt der Entwurf eine Streichung, einige Ergänzungen und eine neue Bestimmung vor:

Bei der derzeitigen Bestimmung von Artikel 12 lit. b BGFA (Verantwortung) ist präzisiert worden, dass es sich bei der dort genannten Verantwortung um die berufsrechtliche, disziplinarische Verantwortung, und nicht um die privatrechtliche Haftung handelt.

Bei der Bestimmung betreffend Interessenkollision (Art. 12 lit. c BGFA) sind neu auch die Eigeninteressen des Anwalts selbst als möglicher Kollisionsgrund aufgenommen worden.

Gänzlich aufgehoben werden die Bestimmungen über die Werbung (Art. 12 lit. d BGFA), wonach diese objektiv zu sein hat und einem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit entsprechen muss. Objektive Werbung dürfte es schon begriffsmässig kaum

geben. Die heutige Literatur und Rechtsprechung gehen deshalb davon aus, dass der Vorbehalt der Objektivität in Art. 12 lit. d BGFA auf die Grundsätze des UWG verweist: Anwaltswerbung darf nicht unlauter sein. Deshalb bedarf es keiner separaten Bestimmung zu diesem Thema im Anwalts-gesetz.

Etwas ergänzt worden sind auch die Bestimmungen zum Berufsgeheimnis (Art. 13 BGFA): Die Geheimhaltungspflicht soll sich neu nicht nur auf das erstrecken, was den Anwältinnen und Anwälten «infolge ihres Berufes von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist», sondern auch auf dasjenige, was sie «in dessen Ausübung wahrgenommen haben», damit auch auf Tatsachen usw., die sie von Dritten erfahren haben (z.B. von Gutachtern usw.). Dabei steht selbstverständlich das Geheimhaltungsinteresse der Mandantschaft im Vordergrund.

Für die neue Berufsregel bei Zwangsvollstreckungsmassnahmen, vgl. Ziff 2e.

2. Ergänzungen, Erweiterungen, Anpassungen

Bei den Themen dieses Abschnittes geht es darum, dass die jeweilige Grundidee des BGFA übernommen worden ist, dass diese Regelungen aber je nach Bedarf ergänzt, erweitert, respektive angepasst werden. Es handelt sich dabei um die folgenden Themengebiete:

a. Der Anwaltsberuf

Das BGFA regelt heute nur die Monopoltätigkeit, also den forensischen Bereich (wenn auch mit Reflexwirkungen auf die Beratungstätigkeit). Wenn eine Anwältin, ein Anwalt heute nicht forensisch tätig sein will, muss sie/er sich nicht im kantonalen Anwaltsregister registrieren lassen; trotzdem übt sie/er den Anwaltsberuf aus. Diese Disparität soll im neuen Gesetz aufgehoben werden; das Gesetz wird den Anwaltsberuf als Ganzes definieren und einheitlich die forensisch und beratenden Anwälte umfassen, sodass die gesamte freiberuflich tätige Anwaltschaft vom gleichen Gesetz erfasst wird und somit den gleichen Rechten und Pflichten untersteht. Die Anwendung des Gesetzes ist also nicht mehr davon abhängig, ob ein Anwalt registriert ist oder nicht.

Nach der gesetzlichen Definition übt den Anwaltsberuf nur aus, wer unter Verwendung des Titels als Anwalt tätig ist; damit der Titel geführt werden kann, ist allerdings zwingend die Registrierung im neuen zentralen Anwaltsregister nötig (vgl. dazu Ziff 2c).

b. Fähigkeitsausweis und Polizeibewilligung

Der Entwurf unterscheidet gerade im Hinblick auf die Titelführung klar zwischen einem (fachlichen) Fähigkeitsausweis und der eigentlichen Polizeibewilligung zur Ausübung des Berufes (der Eintragung im Anwaltsregister). Damit wird auch die Problematik des «Patententzuges» gelöst: Entzogen wird (bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen) die Polizeibewilligung (d.h. die Person wird aus dem Anwaltsregister gelöscht), währenddem der Fähigkeitsausweis erhalten bleibt (letzterer kann nur entzogen werden, wenn fachliche Voraussetzungen nicht gegeben waren oder nachträglich wegfallen).

c. Anwaltsregister

Wie bereits erwähnt, soll nur noch ein einziges Anwaltsregister existieren, das vom Bund geführt wird; die bestehenden kantonalen Register werden aufgehoben. Inhaltlich ändert sich gegenüber dem jetzigen Stand praktisch nichts; es werden kleine Ergänzungen vorgenommen (Berufszertifikat usw.).

Den Bundesbehörden steht nur die Registerführung zu, die Alimentierung des Registers erfolgt nach wie vor und ausschliesslich durch die kantonalen Behörden.

d. Titelführungsrecht

Eine Neuerung wird für das Titelführungsrecht vorgeschlagen: Währenddem bis jetzt jeder, der die Anwaltsprüfung bestanden hatte, sich «Anwalt» (Titel je nach kantonalem Recht) nennen durfte (unabhängig von seiner effektiven Tätigkeit), sieht der Entwurf vor, dass nur noch diejenigen Personen, die im Anwaltsregister eingetragen sind, diesen Titel führen dürfen. Damit wird erreicht, dass für das Publikum klar ist, dass diese Person u.a. dem Berufsgeheimnis und einer Beaufsichtigung untersteht, und sich klar von denjenigen unterscheidet, die zwar die Anwaltsprüfung bestanden haben, den Beruf (im Sinne des freiberuflichen Anwaltsberufes) aber nicht ausüben. Diejenigen, die die Anwaltsprüfung bestanden haben, ohne im Anwaltsregister eingetragen zu sein, sind selbstverständlich berechtigt, auf die bestandene Anwaltsprüfung hinzuweisen; der Entwurf schlägt dafür den Titel «Inhaber des anwaltlichen Fähigkeitsausweises» vor, dies in Analogie zur bestehenden Regelung im Kanton Genf («Titulaire du certificat d'avocat»).

e. Schutz von Klientengeldern bei Zwangsvollstreckungsmassnahmen gegen einen Anwalt

Neu eingefügt werden soll eine Bestimmung, wonach bei Zwangsvollstreckungsmassnahmen gegen eine Anwältin oder einen Anwalt separat gehaltene Vermögenswerte (nach dem heutigen Art. 12 lit. h BGFA) abgesondert werden; diese Mittel dürfen dann nur zur Befriedigung von Herausgabeansprüchen der Ansprecher verwendet werden. Es handelt sich dabei im Grundsatz um eine Bestimmung, die vom KAG übernommen worden ist. Vorbehalten bleiben noch unbeglichene Honoraransprüche des Anwalts.

Bei allen solchen Massnahmen muss aber die Wahrung des Berufsgeheimnisses sichergestellt sein. Dies soll dadurch erreicht werden, dass die Aufsichtsbehörde einen Vertreter dieser Ansprecher ernannt, der deren Rechte in der Pfändung oder im Konkurs wahrnimmt. Soweit es zur Wahrung der Gläubigerrechte erforderlich ist, steht aber auch den Gläubigern ein Einsichtsrecht in den Kollokationsplan zu, wie dies auch in einem Bankenkonzurs möglich ist.

3. Inhaltlich neue Bestimmungen

Eines der Ziele des Gesetzes ist die gesamtschweizerische Vereinheitlichung des Anwaltsberufes in all seinen Aspekten; deshalb müssen Themen neu in das Bundesgesetz aufgenommen werden, die bisher kantonal geregelt waren. Dies betrifft vor allem das Praktikum und die Prüfung.

a. Praktikum und Prüfung

Erstmals bundesrechtlich geregelt werden sollen die Anwaltsprüfung und die dafür notwendigen Voraussetzungen, insbesondere das Praktikum.

Während bisher das BGFA eine Minimaldauer von 12 Monaten für das Praktikum vorschrieb, den Kantonen aber erlaubte, diese Dauer anzuheben, soll das neue Gesetz nunmehr für die ganze Schweiz die Dauer des Praktikums einheitlich festlegen und zwar auf eine Dauer von 18 Monaten (wobei für die Berechnung dieser Zeitspanne die Bruttomethode zur Anwendung kommt). Die Kantone sind nicht mehr berechtigt, ein längeres (oder kürzeres) Praktikum zu verlangen. Hingegen bleibt es natürlich einem Bewerber freigestellt, in Absprache mit dem Arbeitgeber eine längere Praktikumsdauer zu vereinbaren. Dieses Praktikum (respektive dessen Teile) kann in der ganzen Schweiz (aber nur in der Schweiz) absolviert werden.

Zusätzlich zur Praktikumsdauer sind zwei Elemente zu erfüllen:

- Zum einen müssen mindestens 6 Monate des Praktikums im Prüfungskanton absolviert werden, und
- zum andern müssen mindestens 12 Monate bei einer registrierten Anwältin, einem registrierten Anwalt oder einer Anwalts-gesellschaft absolviert werden, damit der Bewerber Einblick in die Ausübung des Anwaltsberufes erhält. Diese Bestimmung ist vor dem Hintergrund der gesetzlichen Zielsetzung der Qualitätssicherung und des Schutzes des Publikums zu sehen. Allerdings wird hier den Kantonen freigestellt, auf diese Praktikumsvoraussetzung für die Prüfungen in ihrem Kanton ganz oder teilweise zu verzichten (Letzteres im Sinne einer Reduktion oder gänzlichen Aufhebung der Zeitdauer des Anwaltspraktikums). Es hat sich gezeigt, dass die Justiz in gewissen Kantonen auf Praktikantinnen und Praktikanten substanziell angewiesen ist, weshalb dieser Einbruch ins Grundsystem akzeptiert werden muss. Mehr als 12 Monate Anwaltspraktikum können die Kantone aber nicht vorschreiben.

Weitere anrechenbare Praktika können bei Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichten, bei einer Staatsanwaltschaft absolviert werden, aber auch bei einer mit der Rechtsanwendung befassten Abteilung in Wirtschaft und Verwaltung.

Analog zur Polizeibewilligung der Anwältin oder des Anwalts ist im Weiteren vorgesehen, dass der Praktikant, der substituiereweise Parteien vor Gerichten etc. vertreten will (immer unter der Verantwortung eines registrierten Anwalts) eine sog. «Auftrittsbewilligung» beantragen muss. Die Praktikanten, die darüber verfügen, unterstehen dann für ihre Tätigkeit den gleichen Rechten und Pflichten wie der registrierte Anwalt und derselben Aufsicht.

Auch die Grundsätze der Anwaltsprüfung und deren Erfordernisse sollen neu bundesrechtlich geregelt werden. Die Prüfungen werden nach wie vor durch kantonale Prüfungskommissionen abgenommen; es soll also keine eidgenössische Zentralprüfungskommission geben.

Für die Durchführung der Prüfung sieht das Gesetz einen schriftlichen und einen mündlichen Teil vor und überlässt es den

Kantonen, ob sie die Prüfung insgesamt nach dem Praktikum durchführen wollen, oder ob eine Zweiteilung möglich sein kann. Die Einzelheiten der Prüfung werden auf Verordnungsstufe geregelt; der Fachausschuss Anwaltsrecht des SAV hat sich dazu bereits erste Gedanken gemacht.

b. Honorare

Im Honorarwesen sieht der Entwurf lediglich vor, dass die Honorierung des Anwalts sich nach der Honorarvereinbarung mit dem Mandanten richtet; auf dieses Rechtsverhältnis sind keine Tarife anwendbar (Ausnahme: unentgeltliche Rechtspflege und Officialverteidigungen).

Für die Entschädigung der obsiegenden durch die unterliegende Partei kommen Tarife zur Anwendung, die die Kantone und der Bund für ihre jeweiligen Verfahren zu erlassen haben.

4. Neu insbesondere: die Anwaltsgesellschaft

Auch für die Organisationsmöglichkeiten von Anwaltskanzleien müssen schweizweit die gleichen Bestimmungen gelten; es wird die heute in 14 Kantonen als mit dem BGFA vereinbare Regelung in Gesetzesform gegossen.²

Die neuen Bestimmungen zur Anwaltsgesellschaft erfassen konsequenterweise aber nicht nur die Kapitalgesellschaften (also AG und GmbH), sondern auch die übrigen in Frage kommenden Gesellschaftsformen (insb. die Kollektivgesellschaft); die sich stellenden Fragen sind grundsätzlich überall dieselben. Es besteht berufsrechtlich kein Grund, eine Personengesellschaft anders zu behandeln als eine Kapitalgesellschaft.

Der Entwurf hält zunächst den Grundsatz fest, dass Anwälte zum einen ihren Beruf gemeinschaftlich ausüben können, sich in diesem Fall aber einer bestehenden Rechtsform schweizerischen Rechts bedienen müssen; ausländische Rechtsformen sind somit nicht zulässig. Unter «gemeinschaftlich» wird nicht eine gemeinschaftliche Berufsausübung auf Gesellschafterebene verstanden; es soll ohne weiteres auch zulässig sein, dass z.B. bei nur einem Aktionär weitere angestellte Anwältinnen und Anwälte für die Gesellschaft tätig sind.

Bei einer Anwaltsgesellschaft steht vor allem die Sicherstellung der institutionellen Unabhängigkeit der in der Gesellschaft tätigen Anwältinnen und Anwälte im Vordergrund. Zur Wahrung dieser Unabhängigkeit muss die Anwaltsgesellschaft die folgenden Punkte erfüllen:

Grundsätzlich werden als Aktionäre, respektive Gesellschafter *nur natürliche Personen* zugelassen. Der einzige Vorbehalt betrifft die Holdinggesellschaft: Die Beteiligung einer Holdinggesellschaft an einer Anwaltsgesellschaft ist nur unter restriktiven Voraussetzungen zulässig (vgl. dazu nachstehend).

Sodann wird vorgeschrieben, dass der *Hauptzweck* der Anwaltsgesellschaft sich ausschliesslich auf die Erbringung von Rechtsdienstleistungen und die damit verbundenen Tätigkeiten beschränkt, wobei es keine Rolle spielt, ob forensische oder beratende Tätigkeit im Vordergrund steht. Nebenzwecke haben sich

ebenfalls dem Hauptzweck unterzuordnen. Ebenso haben sich andere Nebentätigkeiten am Hauptzweck der Erbringung von Rechtsdienstleistungen auszurichten.

Der Entwurf sieht ferner vor, dass eine *Mehrheit* von drei Vierteln an Stimmen durch registrierte Anwältinnen und Anwälte gehalten werden muss, ansonsten die Zulässigkeit als Anwalts-gesellschaft nicht gegeben ist (damit ist die Beteiligung von Nicht-Anwältinnen als Gesellschafter auf unter ein Viertel beschränkt); hinsichtlich des Kapitals wird eine Mehrheit von zwei Dritteln an den Eigenmitteln verlangt, die von registrierten Anwältinnen und Anwälten gehalten werden muss. Es ist also eine gewisse Differenzierung der Stimmen- respektive Kapitalmehrheit möglich.

Sämtliche *Beschlüsse und Wahlen* auf allen (Entscheidungs-) Ebenen der Anwalts-gesellschaft (Generalversammlung, Verwaltungsrat, Geschäftsleitung) haben immer mit einer Mehrheit von registrierten Anwältinnen/Anwältinnen zustande zu kommen, um einen nicht-anwaltlichen Einfluss zu vermeiden. Ausschlaggebend ist die Stimmenmehrheit. Soweit die Statuten eine noch strengere Mehrheit vorsehen, ist dies selbstverständlich möglich und zulässig.

Ferner hat der *Vorsitzende des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans* (Verwaltungsrat bei der AG, Geschäftsführung bei der GmbH) und der *Vorsitzende der Gesellschafterversammlung* (bei der Kollektivgesellschaft und der GmbH), resp. der Generalversammlung (bei der AG) immer ein registrierter Anwalt, resp. eine registrierte Anwältin zu sein.

Die verschiedenen kantonalen Entscheide zur Zulassung der Anwalts-gesellschaften haben verschiedene Antworten geliefert, wenn es darum ging, ob neben den registrierten Anwältinnen und Anwälten auch *Personen Aktionäre, resp. Gesellschafter sein dürfen, ohne als Anwalt registriert zu sein*. Gewisse Kantone (z.B. OW, BS) haben sich ausdrücklich auf den Standpunkt gestellt, dass das Aktionariat zu 100% aus registrierten Anwältinnen und Anwälten bestehen müsse, währenddem andere Kantone (ZH und diejenigen Kantone, die diesem Modell folgen) eine nicht-anwaltliche Beteiligung unter der Voraussetzung, dass die in den Entscheiden näher definierten Mehrheitsverhältnisse bei der Beteiligung, bei der Beschlussfassung usw. aufrecht erhalten werden, zulassen.

Der Entwurf zum neuen Gesetz lässt zu, dass auch Nicht-Anwältinnen sich an einer Anwalts-gesellschaft beteiligen können, sofern die Gesellschaft den *Charakter einer Anwaltskanzlei* beibehält. Es soll aber verhindert werden, dass solche Nicht-Anwältinnen sich als rein passive Investoren an einer Anwalts-gesellschaft beteiligen. Aus diesem Grund sieht der Entwurf vor, dass der Nicht-Anwalt zum einen eine die Tätigkeit der Anwalts-gesellschaft ergänzende Tätigkeit ausüben, und effektiv in einem gewissen Umfang in der Gesellschaft in seinem Beruf tätig sein muss. Diese effektive Tätigkeit der Gesellschaft muss sich nicht aus dem statutarischen Zweck ergeben, sondern kann aufgrund der gelebten Praxis definiert sein (und unterliegt damit auch allenfalls Änderungen). Es sind keine Einschränkungen vorgesehen bezüglich der Berufe der Nicht-Anwältinnen; entscheidend dafür die ist die effektive Tätigkeit der Anwalts-gesellschaft (so kann z.B. ein Mediziner Gesellschafter

² Nur SG will die Anwalts-Aktiengesellschaft nicht zulassen.

ter in einer Anwaltsgesellschaft sein, die sich schwergewichtig mit Haftpflicht- und Versicherungsrecht beschäftigt, oder ein Architekt in einer Anwaltsgesellschaft, die sich vor allem um baurechtliche Fälle kümmert).

Anwältinnen und Anwälte, die in der «Liste» (analog zu Art. 28 BGFA) aufgeführt sind, werden den im Anwaltsregister registrierten Anwältinnen und Anwälten gleichgestellt. Es handelt sich dabei um ausländische Anwältinnen und Anwälte, die in der Schweiz ständig den Anwaltsberuf ausüben dürfen, allerdings unter ihrer ursprünglichen (ausländischen) Berufsbezeichnung. Die vorgeschlagene Gleichstellung mit den in der Schweiz registrierten Anwältinnen und Anwälten ist deshalb sinnvoll, weil sie den gleichen Berufsregeln und der gleichen Aufsicht wie die im Anwaltsregister registrierten Anwältinnen und Anwälte unterstehen (die Entbindung von der Pflicht zur Führung von Verfahren als unentgeltlicher Vertreter/Offizialverteidiger ändert daran qualitativ nichts).

Ebenfalls den registrierten Anwältinnen und Anwälten gleichgestellt werden sollen die in der Schweiz zugelassenen, privatwirtschaftlich tätigen *Notarinnen und Notare*. Es hat sich in der Praxis gezeigt, dass in gewissen Kantonen Anwälte und Notare (ohne dass letztere Anwälte wären) in einer Praxis zusammenarbeiten, was in der bisherigen Art je nach der Quote der Anwälte und Notare nicht mehr möglich wäre, wenn die Notare als Nicht-Anwälte im Sinne dieser Bestimmung betrachtet würden. In allen Kantonen, in denen das freie Notariat gilt, unterstehen die Notare einer Aufsicht, die im Grundsatz äquivalent zu derjenigen der registrierten Anwältinnen und Anwälte ist. Es besteht deshalb aus dieser Sicht kein Grund, die beiden (verwandten) Berufsgattungen in diesem Punkt nicht gleichzustellen. Es ist selbstverständlich, dass das jeweilige anwendbare (kantonale) Notariatsrecht die Zusammenarbeit mit Anwälten ebenfalls gestatten muss (derzeit zugelassen z.B. in BS, verboten in TI).

Soweit die Gesellschafter einer Anwaltsgesellschaft ausschliesslich aus registrierten Anwältinnen und Anwälten besteht, obliegt diesen lediglich eine *Meldepflicht* an die Aufsichtsbehörde. Werden aber in die Anwaltsgesellschaft Personen als Gesellschafter aufgenommen, die nicht registrierte Anwältinnen oder Anwälte sind, so sieht der Entwurf eine vorgängige *Genehmigung* durch die Aufsichtsbehörde vor.

Ebenfalls neu eingeführt wird die Möglichkeit, dass eine Anwaltskanzlei in einer *Holding-Struktur* geführt wird. Dabei wird ausdrücklich vorgeschrieben, dass nur registrierte Anwältinnen und Anwälte (unter Einbezug der EU/EFTA-Anwälte in der Liste und der Notarinnen und Notare) Gesellschafter der Holding-Gesellschaft sein dürfen. Damit ist ausgeschlossen, dass eine ausländische Anwaltsgesellschaft, die nicht der Aufsicht der Schweizer Behörden untersteht, sich auf diesem Wege an einer schweizerischen Anwaltskanzlei beteiligt. Zweck dieser Holding-Gesellschaft kann ausschliesslich das Halten von Beteiligungen an Anwaltsgesellschaften sein. Weitere Zwecke sind ausgeschlossen. Holding-Gesellschaften benötigen auf jeden Fall eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde an ihrem Sitz.

Bei der Eintragung von Anwaltsgesellschaften ins *Handelsregister* (soweit eine solche gewünscht oder nötig ist) bedarf es gegenüber dem Handelsregister keines Nachweises einer Meldung an die oder Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde.

Ausblick

Der vom SAV vorgelegte Entwurf wird nun von der Bundesverwaltung im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren weiter bearbeitet. Es ist zu hoffen, dass die SAV-Vorarbeiten diese Arbeiten so beschleunigen, dass die Anwaltschaft schon bald über eine neue, umfassende Regelung für den ganzen Beruf verfügt. ■

Von Abgangsentschädigung bis Zivilprozess (Teil II)

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen

In der vorliegenden Ausgabe der Anwaltsrevue finden Sie weitere Beiträge von Fachanwältinnen und Fachanwälten SAV Arbeitsrecht zu verschiedenen Themen aus ihrem Fachgebiet. Da das Arbeitsrecht wie das Familien- und Erbrecht zu den Rechtsgebieten gehören dürfte, mit denen sich ein grosser Teil der Anwaltschaft zumindest gelegentlich zu befassen hat, hoffen wir, dass Ihnen diese Beiträge von Nutzen sein werden. Sollten wir damit Ihr Interesse, sich vertieft mit arbeitsrechtlichen Fragen zu befassen, geweckt haben, umso besser! Der vierte Kurs der Fachanwaltsausbildung im Arbeitsrecht ist in Vorbereitung; er beginnt am 22. August 2012. Informieren Sie sich darüber auf der Website

<http://fachanwalt.sav-fsa.ch> des SAV! Die Anmeldefrist läuft noch bis am 29. Februar 2012. Sollten Sie diese Frist verpasst haben, melden Sie sich trotzdem beim SAV! Die Fachanwaltschaft SAV Arbeitsrecht würde sich freuen, bald wieder neue Kolleginnen und Kollegen in ihren Kreis aufnehmen zu dürfen.

Regula Suter*

* Rechtsanwältin, dipl. Steuerexpertin und Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Partnerin bei Fellmann Tschümperlin Lötscher, Luzern. www.fellmann-partner.com

Philipp Gremper*

Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro

Stichworte: Währungsrisiko als Teil des Betriebsrisikos, Art. 323b OR, Verbot der indirekten Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gemäss FZA

I. Einleitung

Im wirtschaftlich schwierigen Umfeld in den USA, in der EU wie auch in der Schweiz entwickelte sich der Schweizer Franken mehr und mehr zum sicheren Hafen für Anleger und wurde auf Rekordhöhe getrieben. Im September 2011 wagte die Schweizerische Nationalbank den historischen Schritt und legte einen Euro-Mindestkurs von CHF 1.20 fest.¹ Bereits vor dieser Massnahme und auch seither sehen sich verschiedene exportorientierte Industrien in der Schweiz in einer schwierigen Situation, da der Euro-Raum eines ihrer wichtigsten Exportziele ist. Mehrere Unternehmen in der Schweiz haben im Verlauf des vergangenen Jahres versucht, die wirtschaftlich negativen Auswirkungen des hohen Frankenkurses auf unterschiedliche Weise auszugleichen. So wurde einzeln die Arbeitszeit bei gleichbleibendem Lohn erhöht.² Eine andere von schweizerischen Exportunternehmen ins Auge gefasste und von einigen Unternehmen auch umgesetzte Massnahme war, einem Teil ihrer Beschäftigten, insbesondere den in den angrenzenden EU-Staaten wohnhaften Grenzgängern, den vereinbarten Lohn nicht mehr in Franken, sondern in Euro zu bezahlen oder den vereinbarten Lohn zu reduzieren. Diese Massnahmen führten zu einem grossen Echo in der Presse, in welcher

auch kontroverse Meinungsäusserungen von Rechtsexperten zur Frage der Zulässigkeit solcher Massnahmen zitiert wurden.³ Uneinigkeit besteht insbesondere in der Frage, ob die Praxis, den Lohn von Grenzgängern an den Eurokurs zu binden, rechtlich zulässig ist oder nicht.⁴

Der vorliegende Beitrag soll aufzeigen, unter welchen Voraussetzungen die Vereinbarung und die Zahlung des Lohnes in Euro zulässig sein dürfte, und wie die Arbeitgeber in solchen Fällen vorgehen können.

II. Zulässigkeit und Schranken der Lohnzahlung in Euro

1. Vorfrage des anwendbaren Rechts bezüglich der Arbeitsverhältnisse mit Grenzgängern

Im Gegensatz zu Arbeitsverhältnissen zwischen einem schweizerischen Arbeitgeber und in der Schweiz wohnhaften Arbeitnehmenden weisen Arbeitsverhältnisse zwischen einem schweizerischen Arbeitgeber mit Grenzgängern, d.h. mit Arbeitnehmern

* RA Dr. Philipp Gremper, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Gremper & Perren AG, Basel. www.gremper-perren.ch

1 Neue Zürcher Zeitung vom 6. September 2011: «Nationalbank setzt Euro-Mindestkurs fest.»

2 Tagesanzeiger vom 18. Juli 2011: «Industrie Lonza erhöht Arbeitszeit auch am Standort Basel.»

3 Blick vom 13. März 2011: «Die Firma Mopac wälzt die Einbussen durch Kursverluste auf ihre 263 Mitarbeiter ab. Das sei illegal, sagt die Unia». Auch in der Presse des Grenzgebietes blieben die eingeleiteten Massnahmen nicht unbemerkt. So titelte etwa die Badische Zeitung am 12. August 2011: «Starker Franken: Schweizer Betrieb will Grenzgänger anders bezahlen».

4 Basler Zeitung vom 26. August 2011: «Nun sind die Gerichte gefragt.»

mit einem ausländischen Wohnsitz (und in der Regel auch ausländischer Staatsangehörigkeit), einen internationalen Bezug auf. Deshalb ist vorab die Frage des anwendbaren Rechts zu prüfen. Gemäss Art. 121 Abs. 1 IPRG unterstehen Arbeitsverträge zwischen schweizerischen Arbeitgebern und Grenzgängern, vorbehältlich einer in den Grenzen von Art. 121 Abs. 3 IPRG möglichen Rechtswahl, entsprechend der Anknüpfung am gewöhnlichen Arbeitsort dem schweizerischen Recht.⁵ Ob die Frage der Anwendbarkeit von Art. 84 Abs. 2 OR (sog. Alternativermächtigung)⁶ sich ebenfalls nach dem auf den Arbeitsvertrag anwendbaren Recht (Vertragsstatut) oder nach dem sogenannten Erfüllungs- oder Zahlungsstatut gemäss Art. 147 Abs. 3 IPRG richtet, ist in der Lehre umstritten.⁷

Bei Arbeitsverhältnissen mit Grenzgängern ist weiter auch das Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten (FZA) zu beachten.⁸

2. Sachverhaltsvarianten und Interessen von betroffenen Arbeitnehmern und Arbeitgebern

Bezüglich der Vereinbarung und/oder der Auszahlung des Lohnes in Euro sind mehrere Varianten denkbar. So können die Parteien sich darauf einigen, dass der zu leistende Lohn in Schweizer Franken definiert wird, die Auszahlung aber in Euro erfolgt. Oder aber es werden die Höhe des Lohnes und die Auszahlung des Lohnes in Euro vereinbart. Denkbar ist, dass die entsprechenden Abmachungen mit allen Arbeitnehmenden oder nur mit Grenzgängern getroffen werden, dass die Wahl der Währung den Beschäftigten überlassen wird, oder dass diese generell mit allen Arbeitnehmern bzw. mit allen Grenzgängern des Betriebes vereinbart wird. Die unterschiedlichen Umsetzungen führen zu verschiedenen Fragestellungen.⁹

Generiert ein Arbeitgeber einen grossen Teil seines Umsatzes im europäischen Wirtschaftsraum und somit in Euro, so kann er durch die Vereinbarung und die Leistung des Lohnes in Euro das Währungsrisiko teilweise ausschalten.¹⁰ Vereinbart er den Lohn in Schweizer Franken, bezahlt ihn jedoch in Euro, so entfällt die

Kommission an die Bank, die bei jedem Umtausch zu leisten ist. Dieses Interesse kann auch bei Arbeitnehmern, welche sämtliche oder zumindest einen grossen Teil der Ausgaben in Euro tätigen, gegeben sein.¹¹ Im Übrigen ist das Interesse der Arbeitnehmer bezüglich des Lohnes primär auf Stabilität und Planbarkeit ausgerichtet.

3. Grundsatz der Zahlung des Lohnes in der gesetzlichen Währung

a) Dispositive Rechtsnatur von Art. 323b OR

Gemäss Art. 323b Abs. 1 OR ist der Geldlohn dem Arbeitnehmer in gesetzlicher Währung und somit in Schweizer Franken auszubezahlen, sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist.¹² Die Zulässigkeit der abweichenden Abrede bezüglich der gesetzlichen Währung war im Vorfeld der Revision der Art. 319 ff. OR von 1971 nicht unbestritten. Während die Expertenkommission die Möglichkeit einer abweichenden Regelung nicht zulassen wollte, wurde die schliesslich Gesetz gewordene Zulässigkeit in der Botschaft damit begründet, dass «bei Grenzgängern oder Arbeitnehmern, die vorübergehend im Ausland tätig sind, wie Handelsreisenden, Monteuren und anderen», sich «vielfach im Interesse beider Parteien eine Abrede als notwendig oder zweckmässig» erweist, «dass die Zahlung eines Teils des Lohnes in ausländischer Währung erfolgt».¹³ Die Üblichkeit der Lohnzahlung in einer anderen als der gesetzlichen Währung ist nicht leichtthin anzunehmen und im Zweifel ist der Geldlohn immer in gesetzlicher Währung auszuzahlen.¹⁴ Auch bei Arbeitsverhältnissen mit Grenzgängern kann, jedenfalls bisher, nicht von der Üblichkeit einer Lohnzahlung in Euro ausgegangen werden.

Die gesetzliche Währung bestimmt sich nach dem öffentlichen Recht des Erfüllungsortes.¹⁵ Der Ort des Betriebes als Erfüllungsort ergibt sich aus der ebenfalls in Art. 323b Abs. 1 OR enthaltenen Vorschrift der Ausrichtung des Lohnes während der Arbeitszeit, wobei die Parteien des Arbeitsvertrages z.B. durch Vereinbarung der Überweisung auf ein bestimmtes Bankkonto einen anderen Erfüllungsort vereinbaren können.¹⁶ Bei Grenzgängern, d.h. bei ausländischem Wohnsitz von in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmern, bestimmt sich der Erfüllungsort mangels einer besonderen Regelung des Erfüllungsortes durch das IPRG nach dem aufgrund von Art. 121 Abs. 1 IPRG anwendbaren schweizerischen Recht und somit nach Art. 323b OR.¹⁷

5 SANDRA BRÄNDLI/EMANUEL STENDEL, Währungsfragen im Zusammenhang mit dem Lohn von Grenzgängern, Eine Betrachtung aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: Schweiz und Europa – Auswirkungen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Anne-Cathrine Tanner et al. (Hrsg.), Schriften der Assistierenden der Universität St. Gallen (HSG), Bd. 6, Bern 2011, S. 348 m. w. H.

6 Vgl. dazu nachstehend II. 2. b.

7 Vgl. dazu: ROGER PETER MORF, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2011, N 391 (m. w. H.); FELIX DASSER, Komm. Art. 147 IPRG, N 14 ff., in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), Internationales Privatrecht, 2. A., Basel 2007.

8 Vgl. dazu ausführlich nachstehend II. 5.

9 Vgl. dazu III.

10 Nicht vergessen werden darf aber der zusätzliche administrative Aufwand, der dadurch bei den Arbeitgebern entsteht. Das Sozialversicherungssystem in der Schweiz rechnet meist in Schweizer Franken. So werden etwa im Kontext der obligatorischen beruflichen Vorsorge die Grenzbeträge in Schweizer Franken definiert (vgl. z.B. Art. 2 Abs. 1 BVG). Entsprechend muss in jedem Falle eine Umrechnung in Schweizer Franken zum jeweils aktuellen Kurs erfolgen. Zur Problematik vgl. Urs PLAVEC/WERNER WEBER, Die Verwendung des Euro in der Schweiz, Der Schweizer Treuhänder 8/99, S. 681.

11 Zu beachten ist allerdings, dass es auch Grenzgänger gibt, die eine Hypothek in Schweizer Franken aufgenommen haben oder die zur Leistung in Schweizer Franken definierter familiärer Unterhaltsbeiträge verpflichtet sind.

12 MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Band VI/2/2/1, Art. 319–330b, Bern 2010, Komm. Art. 323b OR, N 1.

13 BBL 1967 II S. 328.

14 ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Bd. VI/2/c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a, Zürich 2006, Komm. Art. 323b OR, N 4.

15 STAEHELIN (Fn. 14), Komm. Art. 323b OR, N 3.

16 STAEHELIN (Fn. 14), Komm. Art. 323b OR, N 5.

17 Vgl. dazu STAEHELIN (Fn. 14), Komm. Art. 323b OR, N 5.

b) Alternativermächtigung und Effektivklausel (Art. 84 Abs. 2 OR)

Sofern die Parteien des Arbeitsvertrages ihrer arbeitsvertraglichen Vereinbarung der Zahlung des Lohnes in Euro nicht eine sogenannte Effektivklausel hinzufügen, hat der Arbeitgeber als Schuldner des in Euro geschuldeten Lohnes bei Anwendbarkeit von Art. 84 Abs. 2 OR die Möglichkeit, den geschuldeten Euro-Betrag nach seiner Wahl in Schweizer Franken zu bezahlen.¹⁸ In der Lehre wird zu Recht die Auffassung vertreten, dass die Alternativermächtigung gemäss Art. 84 Abs. 2 OR wegen des ungleichen Kräfteverhältnisses im Arbeitsverhältnis nur zur Anwendung kommen soll, sofern diese Möglichkeit zwischen den Parteien erörtert wurde oder der Arbeitgeber darauf aufmerksam gemacht hat.¹⁹ Zahlte der Arbeitgeber den Geldlohn während längerer Zeit in der vertraglich vereinbarten Fremdwährung Euro, ist im Einzelfall zu prüfen, ob dadurch nicht stillschweigend eine Effektivklausel vereinbart worden ist.²⁰

c) Nennwertprinzip

Für die Lohnforderung gilt wie generell für Geldforderungen das Nennwertprinzip, womit die Lohnschulden von einer Veränderung der Kaufkraft unberührt bleiben.²¹ Das Nennwertprinzip ist allerdings dispositiver Natur und Vereinbarungen der Indexierung des Lohnes etc. sind zulässig.²²

4. Unzulässigkeit der Überwälzung des Betriebsrisikos auf die Arbeitnehmer

a) Grundsatz der Tragung des Betriebsrisikos durch den Arbeitgeber

Entsprechend der Lehre vom sogenannten Betriebsrisiko gehören Betriebsstörungen betriebstechnischer, wirtschaftlicher oder behördlicher Art zum Risiko des Unternehmers bzw. Arbeitgebers, der die Folgen zu tragen hat, obwohl er sie nicht verschuldet hat.²³ Genauso wie ein Rohstoffmangel und die damit verbundenen Preiserhöhungen stellen auch die negativen Folgen eines starken Schweizer Frankens gegenüber dem Euro eine vom Arbeitgeber zu tragende wirtschaftliche Betriebsstörung dar, die den Arbeitgeber nicht von der Pflicht zur weiteren Bezahlung des vereinbarten Lohnes in analoger Anwendung des relativ zwingenden Art. 324 Abs. 1 OR verpflichtet.²⁴ Im Zusammenhang mit der Betriebsrisikolehre wird in der schweizerischen Arbeitsrechtliteratur auch die m.E. für das schweizerische Arbeitsrecht abzulehnende Anwendung des vom deutschen Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsatzes diskutiert, wonach die Arbeitnehmer sich gestützt auf die arbeitsvertragliche Treuepflicht die Kürzung oder gar den Wegfall des Lohnanspruches gefallen lassen müs-

sen, wenn die Betriebsstörung den Unternehmer so schwer trifft, dass die Weiterzahlung des Lohnes in der bisherigen Höhe nachweisbar die Existenz des Betriebes gefährden würde und eine Verhinderung des Zusammenbruchs des Betriebes auch im Interesse des Arbeitnehmers liege.²⁵

b) Die Vereinbarung der Lohnzahlung in Euro und Art. 322a OR

Die Entlohnung in Form eines Anteils am Geschäftsergebnis wird in der Regel nur als zusätzliche Vergütung vereinbart. Sofern es schriftlich festgehalten ist und für den Arbeitnehmer ein angemessenes Entgelt für seine Tätigkeit daraus resultiert, ist jedoch auch ein ausschliesslich oder überwiegend aus Anteil am Geschäftsergebnis bestehender Lohn zulässig.²⁶ Entsprechend denselben Grundsätzen ist auch eine Vereinbarung einer Verlustbeteiligung zulässig, wobei hier die Voraussetzung der Erzielung eines angemessenen Entgelts für die Arbeitstätigkeit nur bei einem zusätzlich vereinbarten festen Lohnanteil erfüllt ist.²⁷ Wird die Bindung des Lohnes an den Euro nur im Sinne einer Verlustbeteiligung und nicht auch im Sinne einer Gewinnbeteiligung im Falle einer späteren gegenläufigen Kursentwicklung vereinbart, stellt dies eine unzulässige Überwälzung des Währungsrisikos als Bestandteil des Betriebsrisikos dar.²⁸

5. Diskriminierungsverbot gemäss Freizügigkeitsabkommen (FZA)

a) Verbot der direkten und indirekten Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit

Gemäss Art. 2 FZA («Nichtdiskriminierung») in Verbindung mit dessen Anhang I Art. 9 («Gleichbehandlung») darf ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, «*hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf die Entlohnung, Kündigung (...) nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer*». Es besteht in Lehre²⁹ und Praxis³⁰ Einigkeit darüber, dass das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 2 FZA direkte und indirekte bzw. formelle und materielle Diskriminierungen gleichermaßen erfasst, d.h. verboten sind nicht nur ausdrücklich an die Staatsangehörigkeit anknüpfende Diskriminierungen, sondern auch solche, die zwar an ein anderes Kriterium anknüpfen, im Ergebnis aber dennoch typischerweise und mehrheitlich ausländische Arbeitnehmer betreffen. Dies ist z.B. der Fall bei einer an den ausländischen Wohnsitz anknüpfenden Benachteiligung von Grenzgängern, welche zwar

18 THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, *Arbeitsrecht*, 2. A., Bern 2011, N 412a; MORF (Fn. 7), N 385 ff.

19 MORF (Fn. 7), N 397.

20 MORF (Fn. 7), N 398.

21 BRÄNDLI/STENGEL (Fn. 5), S. 345.

22 BRÄNDLI/STENGEL (Fn. 5), S. 346.

23 MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, *Berner Kommentar*, Band VI/2/1, Art. 319–330b, Bern 2010, Komm. Art. 324 OR, N 39.

24 Vgl. dazu REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 23), Komm. Art. 324 OR, N 39.

25 Ebenfalls ablehnend REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 23), Komm. Art. 324 OR, N 43 m. w. H.; vgl. dazu auch die Einführung der vorübergehenden Erhöhung der Arbeitszeit bei gleichbleibendem Lohn aufgrund von Ausnahmeregelungen in Gesamtarbeitsverträgen, wie z.B. Art. 57 GAV der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie (Vertragsperiode 1.1.2006 – 30.6.2013)

26 REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 23), Komm. Art. 322a OR, N 5.

27 REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 23), Komm. Art. 322a OR, N 5.

28 Vgl. dazu THOMAS GEISER, zit. in *Basler Zeitung* vom 26. August 2011, S. 13.

29 ASTRID EPINEY, *Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit*, SJZ 105 (2009), S. 29.

30 BGE 131 V 209.

auch im Ausland wohnende Schweizer, in der überwiegenden Mehrheit jedoch EU-Staatsangehörige betrifft. Massgebend ist die objektive Auswirkung einer Massnahme, d.h. sie kann auch bei Fehlen eines diskriminierenden Motivs des Arbeitsgebers eine indirekte Diskriminierung darstellen. Umstritten ist demgegenüber, ob das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 2 FZA generell eine direkte Drittwirkung unter Privaten entfaltet (und somit auch bezüglich der hier interessierenden einzelarbeitsvertraglichen Bestimmungen unmittelbar anwendbar ist),³¹ oder aber nur eine auf kollektive Regelungen durch Gesamtarbeitsverträge und Verbände begrenzte Drittwirkung.³² Für eine umfassende Drittwirkung spricht Anhang I zum FZA, welcher in Art. 9 Abs. 4 explizit festhält, dass «alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen» u.a. betreffend die Entlohnung «von Rechts wegen insoweit nichtig [sind], als sie für ausländische Arbeitnehmer, die Staatsangehörige der Vertragsparteien sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen». Angesichts dieses klaren Wortlauts und der Auslegung nach Sinn und Zweck der Bestimmung im Kontext des Freizügigkeitsabkommens ist von einer umfassenden Drittwirkung auszugehen. Für eine umfassende Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes gemäss FZA spricht auch der Beizug der neueren Rechtsprechung des EuGH, welche zwar nach der Unterzeichnung des FZA im Jahre 1999 ergangen und somit für die Auslegung nicht bindend, aber dennoch hilfreich ist.³³ Die Auffassung, dass sich EU-Staatsangehörige als Arbeitnehmer auch bezüglich einzelarbeitsvertraglicher Bestimmungen vor schweizerischen Gerichten direkt auf das FZA berufen können, ist durch das Urteil des Bezirksgerichts Arlesheim vom 31. Januar 2012 bestätigt worden.

b) Rechtfertigungsgründe für indirekte (materielle) Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit

Zur Klärung konkreter Fragen betreffend die Auslegung des FZA ist auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft (EuGH) zurückzugreifen (Art. 16 Abs. 2 FZA) und die Praxis des Gerichtshofes zum allgemeinen Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gemäss Art. 12

des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) zu berücksichtigen.³⁴ Somit gilt grundsätzlich auch der Grundsatz der Rechtsprechung des EuGH, wonach zumindest indirekte (materielle) Diskriminierungen durch zwingende Interessen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden können, wobei als solche Interessen alle öffentlichen Interessen mit Ausnahme solcher wirtschaftlicher Natur in Frage kommen.³⁵ Unklar ist, ob der Ausschluss wirtschaftlicher Interessen als Rechtfertigungsgründe auch auf aus dem FZA verpflichtete Private anzuwenden ist. Die Antwort dürfte je nach den an die Rechtfertigungsgründe gestellten Anforderungen anders ausfallen. Sollen für aus Art. 2 FZA verpflichtete Private auch sonstige sachliche Gründe als Rechtfertigungsgründe angeführt werden dürfen, wie dies jedenfalls für die Rechtfertigung von indirekten Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit befürwortet wird,³⁶ wären wirtschaftliche Gründe nicht von vorneherein als sachliche Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen. Muss eine Regelung bzw. Massnahme hingegen «zwingende Folge der Berücksichtigung eines übergeordneten, von allen Vertragspartnern anerkannten Rechtsgutes sein»,³⁷ wären wirtschaftliche Gründe eher nicht ausreichend. In jedem Fall zu beachten ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, wonach eine getroffene Massnahme insbesondere auch geeignet und erforderlich sein muss³⁸ und die Grenzen dessen nicht überschreiten darf, was zur Erreichung des anvisierten Zieles unumgänglich ist.³⁹ Gemäss Bundesgericht sind Regelungen dann nicht diskriminierend, «wenn sie durch objektive, von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer unabhängige Erwägungen gerechtfertigt sind und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck stehen, der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt wird».⁴⁰

c) Lohnzahlung in Euro an Grenzgänger als unzulässige indirekte Diskriminierung oder als gerechtfertigte Massnahme?

Die Auszahlung der Löhne an Grenzgänger aufgrund ihres ausländischen Wohnsitzes in Euro bei Weiterzahlung der Löhne für die übrigen Arbeitnehmer in Schweizer Franken wird von einem Teil der Lehre als Verletzung des Verbotes der indirekten Diskriminierung erachtet.⁴¹ Dem ist angesichts des Umstandes, dass diese Massnahme, welche nicht direkt an die Staatsangehörigkeit, sondern an den ausländischen Wohnsitz anknüpft, zwar auch im grenznahen Ausland wohnhafte schweizerische Staatsangehörige betreffen kann, sich jedoch primär und grossmehrheitlich auf EU-Staatsangehörige auswirkt, im Grundsatz zuzustimmen. Allerdings stellt sich die Frage, ob die in der Praxis angeführten Gründe

31 KURT PÄRLI, Neues beim arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz – mit einem Seitenblick auf die Entwicklung in der Europäischen Union, Jusletter vom 7. Februar 2011, S. 4 f.; ADRIAN VON KAENEL, Neue gesetzliche und staatsvertragliche Gleichbehandlungsansprüche?, in: Adrian von Kaenel (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Arbeitsrechts, Zürich 2005, S. 119; YVO HANGARTNER, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, AJP 3/2003, S. 259 f.; VÉRONIQUE BOILLET, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes, Bâle 2010, S. 238 ff.; VINCENT MARTENET/VÉRONIQUE BOILLET, L'égalité dans les relations entre particuliers et l'accord sur la libre circulation des personnes, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008, 2008, S. 334.

32 EPINEY (Fn. 29), S. 31.

33 MARTENET/BOILLET (Fn. 31) mit Hinweis auf den im Jahr 2000 ergangenen Entscheid Angonese, S. 320 f. und 334 f.; vgl. dazu auch ALVARO BORGHI, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, 2010, S. 32 f., welcher sich unter Berufung auf diese Rechtsprechung für die umfassende Drittwirkung ausspricht, gleichzeitig aber den Vorbehalt anbringt, dass diese Rechtsprechung später als die Unterzeichnung des FZA datiert.

34 HANGARTNER (Fn. 31), S. 264.

35 EPINEY (Fn. 29), S. 32.

36 EPINEY (Fn. 29), S. 32.

37 HANGARTNER (Fn. 31), S. 265.

38 EPINEY (Fn. 29), S. 32.

39 BOILLET (Fn. 31), S. 278.

40 BGE 131 V 209, 216; vgl. dazu auch BGE 130 I 126 und Urteil des BGER 4A_593/2009 vom 5. März 2010, E. 1.4.

41 JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, Paiement du salaire en euros, adaption au cours de l'euro: que dit le droit de travail?, Jusletter vom 8. August 2011, S. 5; PÄRLI (Fn. 31), S. 5.

für diese Massnahme, wie die tieferen Lebenshaltungskosten und die höhere Kaufkraft von in den benachbarten EU-Staaten wohnhaften Grenzgängern von den zuständigen Gerichten als ausreichende Rechtfertigungsgründe qualifiziert werden.⁴² Immerhin ist festzuhalten, dass die Kriterien der unterschiedlichen Kaufkraft und der unterschiedlich hohen Lebenshaltungskosten je nach Wohnort der schweizerischen Rechtsordnung mit Bezug auf die Entlohnung und andere Leistungen an Arbeitnehmer nicht völlig fremd sind.⁴³ Nicht mit dem Verbot der indirekten Diskriminierung gemäss FZA und den Grundgedanken des FZA vereinbar wäre m.E. die *generelle* Ungleichbehandlung der Grenzgänger unbesehen der individuellen Umstände und Interessenlage⁴⁴ im konkreten Einzelfall. Dies zumal die Grenzregionen der Schweiz und der unmittelbar benachbarten EU-Staaten gerade seit der Geltung der FZA einen jeweils weitgehend einheitlichen Wirtschaftsraum bilden und sich der Alltag seiner Bewohnerinnen und Bewohner auch zunehmend grenzüberschreitend gestaltet. Das soweit ersichtlich bisher einzige Gerichtsurteil, das Urteil des Bezirksgerichts Arlesheim vom 31. Januar 2012,⁴⁵ welches sich zur Frage der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung von Grenzgängern gegenüber in der Schweiz wohnhaften Arbeitnehmern äussert, qualifizierte die mit dem hohen Kurs des Schweizer Frankens gegenüber dem Euro und die im Vergleich zur Schweiz tieferen Lebenshaltungskosten im europäischen Grenzgebiet begründeten Lohnkürzungen für Grenzgänger als Verstoß gegen das Verbot der indirekten Diskriminierung gemäss FZA. Es besteht somit das Risiko, dass auch die auf Grenzgänger beschränkte Praxis der Vereinbarung und Zahlung des Lohnes in Euro im Gerichtsfall in Anlehnung an die Argumentation des Urteils des Bezirksgerichts Arlesheim als indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit qualifiziert wird und sich die Arbeitgeber mit Forderungen aufgrund der Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit der entsprechenden einzelarbeitsvertraglichen Bestimmungen konfrontiert sehen.⁴⁶

42 PÄRLI (Fn. 31), S. 5, welcher es als äusserst fraglich bezeichnet, ob das Bundesgericht die aufgrund des Eurokurses gesunkenen Lebenshaltungskosten als ausreichende Rechtfertigungsgründe für die indirekte Diskriminierung akzeptieren würde.

43 So finden sich im Familienzulagengesetz bzw. in der Familienzulagenverordnung (SR 836.21, Art. 8) Differenzierungen bei den Leistungen bei Wohnsitz in gewissen ausländischen Staaten (allerdings nicht bezüglich der Nachbarstaaten). Vgl. dazu auch die Regelung in Art. 15 des Bundespersonalgesetzes (SR 172.220.1), die vorsieht, dass Zuschläge zum Lohn an die regionale Arbeitsmarktlage oder an die öffentliche Infrastruktur angepasst werden können. Konkretisiert wird diese Bestimmung in Art. 43 der Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.3) und die in der Basler Zeitung vom 31. August 2011 und in der Basler Zeitung vom 27. September 2011 zitierte Meinung von JEAN-FRITZ STÖCKLI, wonach dementsprechend «*tieferer Löhne für Grenzgänger nicht nur zulässig, sondern mitunter geradezu sachgerecht*» sind.

44 Vgl. dazu Fn. 14.

45 Vgl. dazu ausführlich nachstehend V.

46 Gemäss Art. 9 Abs. 4 Anhang I Freizügigkeitsabkommen (FZA) sind diskriminierende Vertragsbestimmungen u.a. betreffend die Entlohnung nichtig (vgl. dazu ausführlich BOILLET [Fn. 31], S. 317 f.). Dies bedeutet, dass die Arbeitgeber das Risiko haben, dass Grenzgänger ungeachtet der vertraglichen Vereinbarung später jedenfalls für die letzten fünf Jahre vor der Klageeinreichung die Differenz zwischen dem ursprünglichen Lohn in Schweizer Franken und dem ausbezahlten Lohn in Euro gerichtlich geltend machen.

6. Gesamtarbeitsvertragliche Mindestlöhne und Frage des Lohndumping

Ist auf einen individuellen Arbeitsvertrag ein Gesamtarbeitsvertrag mit Mindestlohnbestimmungen anwendbar, und ist dieser Mindestlohn in Schweizer Franken definiert,⁴⁷ so ist die Überweisung eines Lohnes in Euro, welcher bemessen nach dem Tageskurs tiefer als dieser Mindestlohn ausfällt, unzulässig.⁴⁸

Im Falle eines missbräuchlichen und wiederholten Lohndumpings können die zuständigen Behörden gemäss Art. 360a OR entweder Mindestlohnbestimmungen in Form eines Normalarbeitsvertrages erlassen oder Gesamtarbeitsverträge mit Mindestlohnbestimmungen allgemeinverbindlich erklären.⁴⁹

III. Praktizierte und diskutierte Möglichkeiten der Umsetzung der Lohnzahlung in Euro

1. Vereinbarung des Lohns und/oder der Zahlung des Lohnes in Euro

Der Begriff «Lohn» im Sinne von Art. 322 OR umfasst die vertraglich vereinbarte, periodische Vergütung für die Arbeitsleistung.⁵⁰ Vom Arbeitgeber ist gemäss Art. 322 Abs. 1 OR derjenige Lohn zu bezahlen, der vereinbart oder üblich ist. Wie bereits dargelegt, können die Parteien des Arbeitsvertrages in der Schweiz auch die Leistung des Lohns in einer anderen Währung als in Schweizer Franken vereinbaren. Entsprechend ist es zulässig, den Geldlohn z.B. ganz in Euro oder US-Dollar zu definieren.⁵¹ Zu unterscheiden ist die Währungsvereinbarung betreffend die Lohnhöhe von der Währungsvereinbarung betreffend die Lohnzahlung.⁵² Diese Unterscheidung wird jedoch in den wenigsten Arbeitsverträgen explizit erwähnt, da Schuld- und Zahlungswährung in der Regel identisch sind, wovon auch bei Fehlen einer anderslautenden expliziten Abrede auszugehen ist. Die blosser Auszahlung in Euro ist bei entsprechendem Einverständnis und sofern die Auszahlung zum offiziellen Tageskurs erfolgt, grundsätzlich unproblematisch.

Wurde in einem konkreten Fall die Leistung des Lohns in Euro vereinbart und mit einer Effektivklausel verknüpft, so hat die Lohnzahlung auch in Euro zu erfolgen. Der Wechselkurs spielt in diesen Fällen keine Rolle, sofern der Arbeitgeber Umsätze in Euro generiert und auch ein Eurokonto bei einem Finanzinstitut unter-

47 Vgl. dazu Communiqué du Conseil de surveillance du marché de l'emploi, agissant en tant que commission tripartite cantonale (Genève, le 2 novembre 2011).

48 SCHWAAB (Fn. 41), S. 4; Stellungnahme des Bundesrates zur Motion von Nationalrat Robbiani vom 16. Juni 2011 (Löhne in ausländischer Währung, Geschäfts-Nr. 11.3608).

49 Vgl. dazu die Stellungnahme des Bundesrates zur Motion von Nationalrat Robbiani vom 16. Juni 2011 (Löhne in ausländischer Währung, Geschäfts-Nr. 11.3608), wonach der Bundesrat bereit ist, Massnahmen wie die Einführung einer Sanktion bei Nichteinhaltung der NAV mit zwingenden Mindestlöhnen durch schweizerische Arbeitgeber zu prüfen.

50 FRANK VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, Basel 2005, S. 85.

51 MORF (Fn. 7), S. 172, N 379; HEINZ HELLER, *Euroschwäche – Kann der Eurolohn die Antwort sein?*, HR today, das Schweizer Human Resource Management-Journal, 10/2011.

52 BRÄNDLI/STENGEL (Fn. 5), S. 349.

hält.⁵³ Diese rechtlich zulässige Gestaltungsvariante erlaubt es dem Arbeitgeber, der Umsätze im Euro-Raum generiert, einen Teil des Wechselkursrisikos auszuschalten.

Sofern die Schuldwährung auf Schweizer Franken lautet, die Zahlungswährung aber auf Euro, hat die Umrechnung des Geldlohns in Euro grundsätzlich am Tage der Fälligkeit der Lohnforderung zu erfolgen.⁵⁴ Im Einzelfall sind jedoch zusätzliche Varianten denkbar, die einen unterschiedlichen Zeitpunkt der Umrechnung rechtfertigen.⁵⁵

2. Vereinbarung des Lohns zum Teil in Euro

Rechtlich ebenfalls zulässig ist die Vereinbarung, einen Teil des Geldlohns in Euro und einen Teil des Geldlohns in Schweizer Franken zu leisten.⁵⁶ Lautet die im Arbeitsvertrag vorgesehene Klausel betreffend den Lohn z.B.: «Der monatliche Lohn beträgt CHF 2 500.00 (effektiv) sowie EUR 2 500.00 (effektiv)», dann spielt der Wechselkurs für den Arbeitgeber keine Rolle, sofern er Umsätze sowohl im Euroraum als auch in der Schweiz generiert.

3. Zulässigkeit der Vereinbarung eines Wahlrechts des Arbeitgebers?

Aus Perspektive der Vertragsfreiheit wäre grundsätzlich vorstellbar, dem Arbeitgeber das Recht einzuräumen, zu wählen, ob er den Lohn in Euro oder Schweizer Franken bezahlen möchte. Dies wird in der Lehre auch zum Teil vertreten und als Währungsoptionsklausel bezeichnet.⁵⁷ Denkbar wäre auch, das Wahlrecht zum Beispiel an einen bestimmten Wechselkurs zu knüpfen und zu vereinbaren, dass der Lohn ab einem bestimmten Kurs zu Monatsende in Euro bezahlt wird. Die Grenze einer wie auch immer gestalteten Währungsoptionsklausel ist jedoch Art. 324 OR. Das Währungsrisiko ist Teil des vom Unternehmer zu tragenden Betriebsrisikos.⁵⁸ Eine aufgrund einer Währungsoptionsklausel im freien Ermessen des Arbeitgebers stehende Überwälzung des Währungsrisikos auf die Arbeitnehmer und die in der Praxis teilweise zu beobachtende eigenmächtige Festlegung eines bestimmten Wechselkurses durch den Arbeitgeber sind m.E. nicht zulässig.

IV. Umsetzung beim Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages und während eines laufenden Arbeitsverhältnisses

1. Vereinbarung bei Beginn des Arbeitsverhältnisses

Grundsätzlich unproblematisch ist die Vereinbarung einer Lohnzahlung in Euro bei Vertragsschluss.⁵⁹ Ebenso möglich ist innerhalb der Grenzen von Art. 324 OR und des Diskriminierungsverbotes gemäss FZA⁶⁰ die vertragliche Abrede, einen Teil des Lohns in Euro und einen Teil des Lohns in Schweizer Franken zu bezahlen.

2. Änderungen während des Arbeitsverhältnisses

a) Vertragsanpassung im gegenseitigen Einverständnis

Die Vertragsparteien können die Vereinbarung betreffend die Zahlungswährung und/oder die Schuldwährung im gegenseitigen Einverständnis ändern. Die Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist ist auch bei einer zweiseitigen Vertragsänderung zu empfehlen. Wird vereinbart, dass die zweiseitige Vertragsänderung per sofort und nicht erst auf den kommenden Monat wirksam werden soll, würde der Arbeitnehmer allenfalls auf bereits entstandene Lohnforderungen verzichten, und es stellt sich die Frage, ob die Lohnforderung eine unabdingbare gesetzliche Forderung im Sinne des Verzichtverbotes gemäss Art. 341 OR darstellt.⁶¹ Eine Vertragsänderung kann auch formlos erfolgen. Dies ist eine Konsequenz aus der Tatsache, dass Arbeitsverträge an sich formlos gültig geschlossen werden können. Hieraus folgt, dass auch Vertragsverschlechterungen formlos wirksam werden, wenn sie den Arbeitnehmern unmissverständlich bekannt gegeben und umgesetzt werden – und diese nicht protestieren. Allerdings ist bei der stillschweigenden Vertragsänderung zu Lasten der Arbeitnehmer grosse Zurückhaltung geboten, da derjenige, der die bestehende Vereinbarung ändern will, dies unmissverständlich und klar zum Ausdruck bringen muss.⁶² Informiert ein Arbeitgeber seine Beschäftigten in klarer und unmissverständlicher Weise, dass er in Zukunft den Lohn ganz oder teilweise in Euro zahlen wird, und nehmen die betroffenen Arbeitnehmer die Zahlung in Euro mehrfach vorbehaltlos an, kann eine Vertragsanpassung im gegenseitigen Einverständnis vorliegen.⁶³

b) Einseitige Durchsetzung der Vertragsanpassung mittels Änderungskündigung

Einseitig ist die Änderung des Arbeitsvertrages im Sinne der Auszahlung des Lohnes oder eines Teils des Lohnes in Euro nur mittels einer sogenannten Änderungskündigung und unter Wahrung der arbeitsvertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist mög-

53 BRÄNDLI/STENGEL (Fn. 5), S. 353.

54 REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 23), Art. 323b OR, N 1.

55 Erfolgt die Zahlung vor Eintritt der Fälligkeit, so ist der Wechselkurs zum Zeitpunkt der Zahlung massgeblich. Leistet der Arbeitgeber die Zahlung nach Eintritt der Fälligkeit, ist der Wechselkurs zur Verfallzeit ausschlaggebend (vgl. dazu BRÄNDLI/STENGEL [Fn. 5], S. 354).

56 STAEHELIN (Fn. 14), Komm. Art. 323b, N 3; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Auflage Zürich 2006, N 2 zu Art. 322.

57 BRÄNDLI/STENGEL (Fn. 5), S. 356.

58 SCHWAAB (Fn. 41), S. 3.

59 Dies jedenfalls bei einer Vereinbarung mit in der Schweiz wohnhaften Arbeitnehmern (vgl. zu den sich bezüglich Grenzgänger stellenden Rechtsfragen vorstehend II. 5.).

60 Vgl. dazu II. 4. und 5.

61 Vgl. dazu BRÄNDLI/STENGEL (Fn. 5), S. 360 m. w. H.

62 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 56), N 4 zu Art. 320.

63 BRÄNDLI/STENGEL (Fn. 5), S. 359.

lich. Von einer Änderungskündigung wird gesprochen, wenn eine Kündigung unter der Bedingung ausgesprochen wird, dass der Vertragspartner einer bestimmten Änderung des Arbeitsvertrages nicht zustimmt.⁶⁴ Eine Umstellung der für die Lohnzahlung vereinbarten Währung von Schweizer Franken auf Euro mittels Änderungskündigung ist grundsätzlich möglich. Eine derartige Umstellung kann jedoch missbräuchlich sein, sofern sie sich sachlich nicht rechtfertigen lässt.⁶⁵ Die erforderliche sachliche Rechtfertigung ist im Einzelfall darzulegen. Sachlich nicht gerechtfertigt sind Änderungskündigungen aufgrund bloss vorübergehender Verluste, die auf einer Schwankung des Wechselkurses basieren. Dies ist Teil des Unternehmerrisikos und entsprechend ist eine beabsichtigte Abwälzung auf die Arbeitnehmer kein genügender sachlicher Grund. Gerät jedoch eine Unternehmung durch den starken Franken in eine existenzielle Notlage oder droht eine solche zu entstehen, dann liegt ein sachlicher Grund in der geforderten Art vor und ausgesprochene Änderungskündigungen sind nicht missbräuchlich. Die maximal mögliche Entschädigung gemäss Art. 336a OR, die der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer bei Missbräuchlichkeit einer Änderungskündigung zu leisten hat, entspricht dem Betrag von sechs Monatslöhnen.

c) Beachtung der Bestimmungen über die Massenentlassung

Ob Änderungskündigungen von den Bestimmungen über die Massenentlassung erfasst sind, ist in der Lehre umstritten.⁶⁶ Ein grosser Teil der Lehre befürwortet die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Massenentlassung gemäss Art. 335d ff. OR auch auf Änderungskündigungen,⁶⁷ weshalb sich die Beachtung dieser Bestimmungen empfiehlt. Ein Arbeitgeber muss die Arbeitnehmervertretung bzw. bei deren Fehlen die Arbeitnehmer konsultieren, sofern er Änderungskündigungen im Sinne einer Massenentlassung plant (Art. 335d ff. OR i.V.m. Art. 10 lit. c Mitwirkungsgesetz). Im vorliegend behandelten Kontext sind die gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt, sofern die entsprechende Anzahl Arbeitnehmer betroffen ist.⁶⁸ Daraus folgt, dass ein Arbeitgeber, der eine Umstellung der Lohnzahlung von Schweizer Franken auf Euro plant, ein Konsultationsverfahren mit der Arbeitnehmervertretung bzw. den Arbeitnehmern durchzuführen hat, bevor er mit der Umsetzung seines Plans beginnt.

64 FRANK VISCHER (Fn. 50), S. 231.

65 BGE 123 III 245, E. 3b: «[...] Die Verknüpfung dieser beiden Erklärungen – Antrag auf Vertragsänderung einerseits und (mögliche) Kündigung andererseits – ist missbräuchlich, wenn die Kündigung als Druckmittel dient, um eine für die Gegenseite belastende Vertragsänderung herbeizuführen, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt. [...] Der Missbrauch der Kündigung zur Durchsetzung von Lohn- und Arbeitsbedingungen, die sachlich jeder betrieblichen Begründung entbehren, ist mindestens so verwerflich wie die Kündigung zur Verhinderung der Entstehung von Ansprüchen, die von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängig sind (Art. 336 Abs. 1 lit. c OR; STAHELIN, Zürcher Kommentar, N 23 zu Art. 336 OR)».

66 WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar Komm. OR I, 5. A., Art. 335d OR, N 3.

67 ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Auflage Zürich 2006, N 5 zu Art. 335d; THOMAS GEISER, Massenentlassung, in: Stellenwechsel und Entlassung, Rz. 3.31.

68 Zu den Voraussetzungen einer Massenentlassung vgl.: ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL (Fn. 67), N 4 ff. zu Art. 335d.

Dies setzt eine sorgfältige Planung voraus. Den Arbeitnehmern einfach ein Informationsblatt auszuhändigen, das diese Umstellung ankündigt, wird den Voraussetzungen des Konsultationsprozesses im Sinne von Art. 335 f OR nicht nur nicht gerecht, sondern es verletzt bei bereits definitiv gefälltem Entscheid auch die Konsultationspflicht. Werden diese Voraussetzungen nicht eingehalten, sind die ausgesprochenen Kündigungen im Kontext einer Massenentlassung gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. c OR missbräuchlich und haben gemäss Art. 336a Abs. 3 OR eine maximale Entschädigung entsprechend zwei Monatslöhnen zur Folge. Abschliessend zu erwähnen ist, dass ein Arbeitgeber, der den Weg über eine Vertragsanpassung im gegenseitigen Einverständnis wählt, die Anzahl Zustimmungen bzw. Ablehnungen genau verfolgen muss. Sobald nämlich der Schwellenwert von Mitarbeitenden, die der Anpassung nicht zustimmen, erreicht ist, kommt das Verfahren der Massenentlassung zur Anwendung. Unabhängig davon, ob der Schwellenwert erreicht wird oder nicht, ist es empfehlenswert, die Konsultation mit der Arbeitnehmervertretung durchzuführen, da ansonsten wertvolle Zeit verloren geht. Ein transparenter Prozess erhöht auch die Glaubwürdigkeit der Geschäftsleitung und das Verständnis seitens der Arbeitnehmenden.

V. Entscheid des Bezirksgerichts Arlesheim (BL) vom 31. Januar 2012

Das Bezirksgericht Arlesheim, Kanton Basel-Landschaft, hatte am 31. Januar 2012 die Gelegenheit, sich als erstes Gericht in der Schweiz mit Teilen der vorliegend diskutierten Problematik zu befassen. Im zu beurteilenden Sachverhalt hatte die Arbeitgeberin den weiterhin in Schweizer Franken ausbezahlten Lohn von 120 Grenzgängern, ohne Einhaltung der Kündigungsfrist, um sechs Prozent gekürzt und dies mit dem tiefen Eurokurs und den tieferen Lebenshaltungskosten in Frankreich und Deutschland sowie mit der Sicherung des wirtschaftlichen Überlebens des Unternehmens begründet. Sechs langjährige Arbeitnehmer mit je zwischen 20 und 30 Dienstjahren hatten ihre Zustimmung verweigert und daraufhin eine Änderungskündigung erhalten. Das Bezirksgericht Arlesheim qualifizierte diese Kündigungen als missbräuchlich und sprach den klagenden Arbeitnehmern je eine Entschädigung entsprechend sechs Monatslöhnen zu.

In der Urteilsberatung und der anschliessenden mündlichen Urteilsbegründung⁶⁹ stellte das Gericht die direkte Anwendung des FZA fest. Es führte weiter aus, dass die Vorgehensweise der Arbeitgeberin, von welcher auch in den Nachbarländern lebende Schweizer Staatsangehörige betroffen waren, zwar keine direkte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstellte, jedoch gegen das Verbot der indirekten Diskriminierung versties, und die ausgesprochenen Kündigungen entsprechend missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 OR waren. Das Währungsrisiko sei Teil des vom Arbeitgeber zu tragenden Betriebsrisikos und könne als Rechtfertigung nicht in Frage kommen. Keine Einigkeit bestand innerhalb des Gerichts darüber, ob die ausge-

69 Das schriftliche Urteil lag beim Redaktionsschluss des vorliegenden Beitrages noch nicht vor.

sprochenen Änderungskündigungen nicht nur wegen der Diskriminierung der Grenzgänger, sondern auch darum missbräuchlich gewesen sind, weil die Änderung des Arbeitsvertrages im gegenseitigen Einverständnis ohne Einhaltung der Kündigungsfrist vereinbart werden sollte, und weil sich die Kläger gegen die darauf folgende Änderungskündigung gewehrt hatten. Da das Gericht die Missbräuchlichkeit der Kündigungen bereits wegen der Verletzung des Verbotes der indirekten Diskriminierung bejaht hatte, liess es diese Frage offen. Aufgrund der Äusserungen der Arbeitgeberin im Anschluss an die Gerichtsverhandlung gegenüber der Presse ist mit einem Weiterzug des Urteils zu rechnen.⁷⁰

VI. Fazit

Es ist grundsätzlich zulässig, den Lohn in einer anderen als der gesetzlichen Währung festzulegen.⁷¹ Aus rechtlicher Sicht problematisch wird dies jedoch dann, wenn damit eine Überwälzung des Betriebsrisikos auf die Arbeitnehmer bezweckt wird.⁷² Im Kontext des Diskriminierungsverbotes im Sinne des FZA wirft eine unterschiedliche Behandlung der Grenzgänger im Verhältnis zu Arbeitnehmern in der Schweiz zusätzliche Fragen auf. Die zuständigen Gerichte werden im Einzelfall klären müssen, unter welchen Voraussetzungen eine unterschiedliche Behandlung der Grenzgänger eine indirekte Diskriminierung darstellt mit der Rechtsfolge der möglichen Nichtigkeit der entsprechenden ar-

70 Vgl. zum Ganzen die Berichterstattung in der Basler Zeitung vom 1. Februar 2012, S. 1 und S. 13, und im Tagesanzeiger vom 1. Februar 2012, S. 39.

71 Vgl. dazu II. 3. a).

72 Vgl. dazu II. 4. a).

beitsvertraglichen Bestimmungen, ob entsprechende Änderungskündigungen als missbräuchlich zu qualifizieren sind, oder ob eine unterschiedliche Behandlung wegen des Vorliegens von Rechtfertigungsgründen zumindest im konkreten Einzelfall zulässig ist.⁷³ Nach dem Urteil des Bezirksgerichts Arlesheim vom 31. Januar 2012 steht – jedenfalls sofern dieses bestätigt werden und sich eine entsprechende gefestigte Rechtspraxis herausbilden sollte – fest, dass es eine Verletzung des Verbotes der indirekten Diskriminierung gemäss FZA darstellt und unzulässig ist, unter Berufung auf Veränderungen des Wechselkurses und tiefere Lebenshaltungskosten im europäischen Grenzgebiet den Grenzgängern tiefere Löhne zu zahlen als den in der Schweiz wohnhaften Arbeitnehmern.

Zu beachten ist, dass sich das Bezirksgericht Arlesheim in seinem Urteil vom 31. Januar 2012 nicht zur Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro äusserte, sondern die Kürzung von weiterhin in Schweizer Franken ausbezahlten Löhnen von Grenzgängern zum Gegenstand hatte. Unter der Voraussetzung, dass die im vorliegenden Beitrag aufgezeigten Schranken (inkl. das Verbot der indirekten Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gemäss FZA) nicht missachtet werden, kann eine Lohnzahlung in Euro sowohl bei Abschluss des Arbeitsvertrages als auch später gültig vereinbart werden.⁷⁴ So ist etwa die Vereinbarung, wonach die Auszahlung des in Schweizer Franken definierten Lohnes an Grenzgänger zum jeweiligen Tageskurs in Euro erfolgt, zulässig.⁷⁵ ■

73 Vgl. dazu II. 5. c).

74 Vgl. dazu IV. 1. 2.

75 Vgl. dazu III. 1.

Christine Boutellier*

GAV: Tipps für die Praxis

Stichworte: Gesamtarbeitsvertrag, unterschiedliche Bestimmungen, Fundstellen, Allgemeinverbindlicherklärung, räumlicher, sachlicher, persönlicher Anwendungsbereich, Durchsetzung

I. Einleitung

Im Zusammenhang mit ausländischen Arbeitnehmenden, Lohn-dumping oder Working Poor wird immer wieder die Frage nach Mindestlöhnen in der Schweiz aufgeworfen. Um die Antwort vorwegzunehmen: Gesetzliche nationale Mindestlöhne gibt es in der Schweiz nicht.

Ganz der vertraglichen Freiheit überlassen sind die Löhne jedoch nicht. Beispielsweise werden Arbeitgeber im Kanton Neuenburg bald einen gesetzlichen Mindestlohn bezahlen müssen. Im November 2011 haben die Neuenburger Stimmberechtigten einer

Verfassungsinitiative zugestimmt, mit welcher ein Mindestlohn eingeführt wird.

Über Kantons Grenzen hinweg an Mindestlöhne gebunden sind Arbeitnehmer und Arbeitgeber durch Gesamtarbeitsverträge. Rund 40 % aller Arbeitnehmenden sichern Gesamtarbeitsverträge einen Mindestlohn zu. Mit der eidgenössischen Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne» (Mindestlohn-Initiative) wird als primäres Ziel die Förderung und die weitere Verbreitung von Gesamtarbeitsverträgen verfolgt. (Es sollen erst subsidiär vom Bund Mindestlöhne festgelegt werden.)

In der Praxis hat es sich gezeigt, dass die Anwendung von Gesamtarbeitsverträgen sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer schwierig ist. Nur schon die Frage, ob überhaupt ein Gesamtarbeitsvertrag auf ein bestimmtes Arbeitsverhältnis

* Lic. iur., Anwältin und Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Advokatur Boutellier & Kaiser, Laufenburg AG.

anwendbar ist oder nicht, lässt sich oft nicht auf Anhieb beantworten.

In Anbetracht der wachsenden Bedeutung von Gesamtarbeitsverträgen und ihrer oftmaligen Komplexität sollen die folgenden Ausführungen einige praktische Hinweise zu ihrer Anwendung geben. Diese sind für den Allgemeinpraktiker gedacht und erheben keinen Anspruch auf Wissenschaftlichkeit und Vollständigkeit.¹

II. Zur praktischen Anwendung von Gesamtarbeitsverträgen

1. Der Gesamtarbeitsvertrag

1.1. Begriff des Gesamtarbeitsvertrages

Ein Gesamtarbeitsvertrag (im Folgenden GAV) ist eine Vereinbarung auf überbetrieblicher Ebene zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmerverbänden zur Regelung von einzelnen Arbeitsverhältnissen.² Auf Arbeitnehmerseite können nur Arbeitnehmerverbände Vertragspartei sein, einzelne Arbeitnehmende nicht. Auf Arbeitgeberseite kann sowohl ein einzelner Arbeitgeber als auch ein Arbeitgeberverband Vertragspartei werden. Auf beiden Seiten sind oft mehrere Parteien beteiligt.

1.2. Inhalt von Gesamtarbeitsverträgen

Ein GAV enthält verschiedene Arten von Bestimmungen, welche unterschiedlich anwendbar sind. Üblicherweise lassen sich diese in vier Kategorien einteilen:

(1) Viele Gesamtarbeitsverträge beginnen mit einem *Zweckartikel* und/oder *Bestimmungen zum Geltungsbereich*.

(2) Die *schuldrechtlichen Bestimmungen* regeln die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien des GAV, also der vertragsschliessenden Verbände oder Arbeitgeber. Die wichtigsten schuldrechtlichen Pflichten ergeben sich aus dem Gesetz.³ So vor allem die Pflicht, den GAV einzuhalten und durchzusetzen und diesbezüglich auf die Mitglieder einzuwirken, sowie die relative Friedenspflicht (Streikverbot bezüglich aller im GAV geregelten Gegenstände). Die Parteien können weitere gegenseitige Pflichten vereinbaren. Beispielsweise werden in verschiedenen Gesamtarbeitsverträgen gemeinsame Einrichtungen geschaffen wie Ausgleichskassen oder Sozialfonds; es können paritätische Organe eingesetzt werden, welche die gemeinsame Durchführung (Einhaltung) des GAV sicherstellen sollen; oft werden Schlichtungsstellen oder Schiedsgerichte vorgesehen oder Konventionalstrafen bei Nichteinhalten von Bestimmungen des GAV vereinbart.

(3) Die *indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen* schreiben den Vertragspartei des GAV ein bestimmtes Verhalten gegenüber den Arbeitnehmenden vor. Beispiele sind Bestimmungen über den Gesundheitsschutz, Videoüberwachung, sanitäre oder

Klimaanlagen, Mitwirkung, Freizeit- oder Weiterbildungsangebote. Diese Kategorie von Bestimmungen hat eine Leistung zu Lasten des Arbeitgebers zum Gegenstand, ohne jedoch dem einzelnen Arbeitnehmer einen Anspruch auf Durchsetzung zu gewähren.

(4) Die *normativen Bestimmungen* schliesslich betreffen die einzelnen konkreten Arbeitsverhältnisse und regeln ihren Abschluss, ihren Inhalt und ihre Beendigung. Sie wirken unmittelbar zwischen dem einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Sie dürfen jedoch vom einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht beliebig abgeändert werden – sofern sie nicht ausdrücklich dispositiv ausgestaltet sind. Abweichungen und Abänderungen sind nur zu Gunsten des Arbeitnehmers zulässig.

Im Alltag eines Arbeitsrechtlers sind diese normativen Bestimmungen wohl die am häufigsten zu behandelnden Bestimmungen eines GAV.

2. Fundstellen

Rund 50 % aller in der Schweiz tätigen Arbeitnehmenden unterstehen einem GAV. In Anbetracht der grossen praktischen Bedeutung von Gesamtarbeitsverträgen, vor allem von deren normativen Bestimmungen, erstaunt immer wieder, wie viele – vor allem Arbeitnehmer – von den anwendbaren Bestimmungen «ihres» GAV keine Kenntnis haben, geschweige denn ein Exemplar davon besitzen. Nur schon das Auffinden des Textes stellt sie vor Probleme. Aus diesem Grund werden nachfolgend die wichtigsten Fundstellen aufgeführt.

(a) Sämtliche vom *Bund allgemeinverbindlich erklärte GAV* sind vom seco in einer Liste im pdf-Format zusammengefasst und abrufbar unter <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/index.html?lang=de> – *Allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge (GAV) – Bundesratsbeschlüsse*. Die Liste enthält zugleich den territorialen Geltungsbereich sowie massgebende Daten zur Geltungsdauer. Sie wird laufend aktualisiert. Auf derselben Seite des seco finden sich Links zu den allgemeinverbindlich erklärten GAV. Mit Hilfe derselben lassen sich gleichzeitig der Grundbeschluss und die späteren Änderungen abrufen.

(b) Die *kantonal allgemeinverbindlich erklärten GAV* sind zu finden unter <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/02500/index.html?lang=de> – *GAV – Kantonale Beschlüsse vom EVD genehmigt*. Auch auf dieser Seite ist eine vom seco zusammengestellte und laufend aktualisierte Liste der kantonalen allgemeinverbindlich erklärten GAV zu finden. Die Liste enthält ferner Links zu den einzelnen Kantonen und direkt zu deren allgemeinverbindlich erklärten GAV. Die Links führen wiederum zum Grundbeschluss samt dessen Änderungen.

(c) Die *aktuellen Versionen* der Gesamtarbeitsverträge sind mit den erwähnten Links aus dem Grundvertrag und den Änderungsbeschlüssen zusammenzufügen, was oft nicht sehr übersichtlich ist. Viele Vertragspartner von GAV (v.a. Arbeitnehmerverbände und Gewerkschaften) haben deshalb auf ihren Homepages Druckversionen der aktuellen Fassung ihres GAV publiziert.

1 Nicht behandelt werden die Konkurrenz von mehreren Gesamtarbeitsverträgen und deren Durchsetzung durch die Vertragspartei.

2 Art. 356 OR, insbes. Abs. 1.

3 Art. 357a OR.

(d) Eine äusserst hilfreiche *Zusammenstellung von Fundstellen* hat Georges Chanson⁴ aufgebaut. Unter www.gav.arbeitsrechtler.ch sind die PDF-Texte von GAV (auch in früheren Fassungen) sowie weitere Links aufgeführt. Mit dem Direktlink <http://www.linkliste-arbeitsrecht.ch/#GAV> gelangt man direkt auf den GAV-Teil der Linkliste. Dort sind allerdings nur jene GAV zu finden, die allgemeinverbindlich erklärt oder mit ihren Texten im Internet publiziert sind.

(e) *Druckversionen* von GAV sind in der Regel beim Sekretariat der am GAV beteiligten Verbände oder bei der im GAV eingesetzten paritätischen Kommission, teilweise auch beim Sekretariat der beteiligten Gewerkschaften erhältlich. Einige GAV enthalten die vollständigen Adressen der Sekretariate resp. Verbände, ansonsten sind sie im Internet zu finden.

3. Geltungsbereich von Gesamtarbeitsverträgen

3.1. Zeitlicher Geltungsbereich

Der Beginn der Geltung eines GAV sowie dessen Geltungsdauer werden in der Regel von den Parteien im Vertrag selbst festgehalten. Sollte dies nicht der Fall sein, tritt der GAV mit dessen Zustandekommen in Kraft und endet mit seiner formellen Auflösung durch die GAV-Parteien. Erfolgt eine Allgemeinverbindlicherklärung⁵, werden deren Beginn und Ende im entsprechenden Beschluss der zuständigen Behörde angeordnet.⁶

Endet ein GAV ohne Verlängerung durch die Vertragsparteien oder Ersatz durch einen neuen und ohne dass er eine allfällige Nachwirkung vorsieht, wird von herrschender Lehre und Rechtsprechung eine sog. individualrechtliche Nachwirkung angenommen. Das heisst, der dahingefallene GAV gilt zwischen den Parteien der bisher unterstellten Einzelarbeitsverträge weiterhin, allerdings nur noch als vereinbarter Inhalt des Einzelarbeitsvertrages. Dies bedeutet, dass die bisherigen GAV-Bestimmungen in den Schranken des Gesetzes geändert werden können (zum Beispiel durch Parteivereinbarung oder mittels einer Änderungskündigung).⁷ Dies war beispielsweise beim Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (im Folgenden zitiert mit LMV Bauhauptgewerbe oder kurz LMV) mehrmals der Fall, zuletzt 2007/2008 und wiederum ab dem 1.1.2012: der LMV 2006 wurde per 30.9.2007 aufgelöst. Vom 1.10.2007 an herrschte eine vertragslose Zeit, bis per 1.10.2008 der neu ausgehandelte LMV 2008 in Kraft treten konnte. Dieser galt bis Ende 2011. Die Vertragsparteien konnten sich weder auf eine Fortsetzung, noch auf einen neuen Vertrag einigen, so dass es ab dem 1.1.2012 wiederum zu einem vertragslosen Zustand im Bauhauptgewerbe gekommen ist.

4 Lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Chanson Lohrer Rusch Rechtsanwälte, Zürich.

5 Zur Allgemeinverbindlicherklärung siehe Ziff. 3.4.

6 Art. 12 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, AVEG. Zuständig ist der Bundesrat bei gesamtschweizerischen GAV und bei kantonalen GAV die vom Kanton bezeichnete Behörde, Art. 7 AVEG.

7 BGE 130 III 23 (vom 2. Oktober 2003) E. 3.1.2., insbes. 3.1.2.2.

3.2. Räumlicher Geltungsbereich

Die Geltung eines GAV in geographischer Hinsicht wird im GAV selbst festgelegt. Ein GAV kann schweizweit gelten (sogenannter Landes-GAV, z.B. L-GAV des Gastgewerbes), auf ein grösseres Gebiet anwendbar sein (z.B. GAV des Ausbaugewerbes der Westschweiz, geltend in den Kantonen FR, JU, Berner JU, NE, VD, VS und GE) oder kantonal oder lokal beschränkt sein (z.B. GAV für die Tankstellenshops des Kantons Luzern). Massgebend für die räumliche Anwendbarkeit eines GAV ist der Ort der Betriebsstätte, nicht etwa der Unternehmenssitz.⁸

Einzelne GAV kennen innerhalb ihrer Bestimmungen lokal unterschiedliche Regelungen. So teilt beispielsweise der LMV Bauhauptgewerbe 2008 seine verschiedenen Lohnklassen in die Zonen rot, blau und grün ein, welche räumlich definiert sind und für welche deutlich unterschiedliche Mindestlöhne vorgesehen sind.⁹

3.3. Sachlicher Geltungsbereich

Auch der sachliche Geltungsbereich wird im GAV selbst umschrieben. Er knüpft grundsätzlich entweder an die berufliche Tätigkeit an (sog. Berufsvertrag, z.B. GAV kaufmännische Temporärangestellte¹⁰) oder an einen bestimmten Wirtschaftsbereich (sog. Branchenvertrag, z.B. GAV für das Schweizerische Carrosseriegewerbe). Bei Letzterem ist massgebend, ob der Betrieb als solcher zu einer vom GAV erfassten Branche gehört. Bei Betrieben, welche verschiedene Tätigkeiten ausführen (z.B. Gartenbau und Tiefbau, Maler und Gipser), ist massgebend, welche Tätigkeit für den Betrieb prägend ist. Grundsätzlich unterstehen die Arbeitnehmer eines Betriebes nur jeweils einem GAV, auch wenn sie unterschiedliche Tätigkeiten ausüben (Grundsatz der Tarifeinheit).¹¹

3.4. Persönlicher Geltungsbereich und Vertragsbindung

Ein GAV bindet grundsätzlich nur Arbeitnehmer, die Mitglied eines Verbandes sind, welcher *Vertragspartner* des GAV ist, sowie Arbeitgeber, die entweder selbst Vertragspartner des GAV oder aber Mitglied eines vertragschliessenden Verbandes sind.

Art. 356b OR gibt Arbeitgebern und Arbeitnehmern, deren Arbeitgeber an einem GAV beteiligt sind, die Möglichkeit, sich (freiwillig) diesem GAV anzuschliessen. Es bedarf dazu einer schriftlichen Vereinbarung beider Vertragsparteien¹² und der Zustimmung aller GAV-Parteien. Der angeschlossene Arbeitgeber

8 WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht 2. A., Zürich/St. Gallen 2007 (im Folgenden zitiert mit PORTMANN/STÖCKLI), Rz. 1205.

9 Art. 41 Abs. 2 LMV Bauhauptgewerbe 2008 und Anhang 9 des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe vom 22. September 2008.

10 GAV betreffend die Anstellungs- und Arbeitsbedingungen der temporären Angestellten, anwendbar auf Angestellte in Büros, die kaufmännische, administrative oder kaufmännisch-technische Arbeiten verrichten, in der Arbeitsplanung, -vorbereitung und -organisation beschäftigt sind, und auf Angestellte im Verkauf, im Innen- und Aussendienst.

11 BGE 4A_377/2009 vom 25. November 2009 E. 3.1., BGE 9C_614/2009 vom 28.1.2010 E. 3.3 mit weiteren Zitaten. Zur Vorgehensweise bei mehreren möglicherweise anwendbaren GAV, einer sog. Konkurrenz von GAV, vgl. STREIFF/VON KAENEL N 4 zu Art. 356.

12 Art. 356c Abs. 1 OR.

oder Arbeitnehmer wird nicht Partei des GAV, sondern nur dessen *Beteiligter*. Folglich ist er an die schuldrechtlichen Bestimmungen des GAV nicht gebunden. Hingegen gelten die normativen Bestimmungen vollumfänglich. Eine Einhaltung der indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen kann vereinbart werden. Regelmässig wird der Anschluss vertraglich näher geregelt und werden Solidaritätsbeiträge des Beteiligten¹³ vereinbart.

Gesamtarbeitsverträge, denen bereits mehr als die Hälfte der Arbeitgeber und der Arbeitnehmenden des Geltungsbereichs unterstehen, können unter gewissen Voraussetzungen für die ganze Schweiz oder für bestimmte Kantone/Regionen allgemeinverbindlich erklärt werden. Die *Allgemeinverbindlicherklärung* (AVE) ist im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, AVEG, geregelt. Die entsprechenden Beschlüsse werden publiziert. Die AVE-Beschlüsse sind befristet und gelten für ein bestimmtes Gebiet. Ihre Dauer und geographische Ausdehnung sind auch in den Listen des seco (vgl. oben 2.) aufgeführt. Die AVE bewirkt die Ausdehnung des Geltungsbereichs des GAV auf alle Arbeitgeber und -nehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes in dem bestimmten geographischen Gebiet. Für sie alle gelten in der Folge die normativen und die indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen, für die eine gemeinsame Durchführung im Sinne von Art. 357b OR vereinbart worden ist. Die Einzelarbeitsverträge, welche dem GAV unterstellt werden, werden automatisch den Minimalvorschriften des allgemeinverbindlich erklärten GAV angepasst, sofern sie diese nicht vorher schon erreicht hatten. Dies kann beispielsweise zu einem höheren Lohn, einer längeren Feriendauer oder kürzerer Arbeitszeit führen.

Die AVE von GAV wird auch im Rahmen der flankierenden Massnahmen zum Freizügigkeitsabkommen mit der EU zwecks Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping eingesetzt. Den tripartiten Kommissionen¹⁴ ist die Befugnis eingeräumt worden, unter erleichterten Voraussetzungen die AVE von Vorschriften im GAV der betreffenden Branche über Minimallohn, Arbeitszeit und die paritätischen Kontrollen zu beantragen.¹⁵

Wird ein *Temporärmitarbeiter* in einem Einsatzbetrieb, der einem allgemeinverbindlich erklärten GAV untersteht, eingesetzt, hat der Verleiher diesem Arbeitnehmer gegenüber die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des GAV einzuhalten.¹⁶

Wird ein *Betrieb*, für den ein GAV gilt, im Sinne von Art. 333 f. OR *übernommen*, muss der Erwerber den GAV grundsätzlich noch während eines Jahres einhalten.¹⁷ Dies gilt selbst dann, wenn der Erwerber des Betriebes weder Partei des GAV, Mitglied bei einem vertragschliessenden Arbeitgeberverband, noch Beteiligter am GAV ist.

In vielen GAV sind gewisse Kategorien von Personen, beispielsweise *leitende Angestellte* und *Lehrlinge*, Ehepartner und Kinder des Betriebsinhabers oder administratives Personal, vom Geltungsbereich ausgenommen.

Massgebend für den Geltungsbereich eines GAV ist oft auch der genaue *Beruf* eines Arbeitnehmers. So kann der Geltungsbereich von Gesamtarbeitsverträgen auf bestimmte Berufe beschränkt sein. Dies gilt insbesondere für die Berufsverträge, findet sich aber auch innerhalb von Branchenverträgen. Beispielsweise gilt der GAV für das Schreinerergewerbe nicht für in Schreinerbetrieben beschäftigtes kaufmännisches und Verkaufspersonal.¹⁸ Der erlernte Beruf und/oder die im Betrieb ausgeführte Tätigkeit sind oftmals auch massgebend für die Einreihung eines Arbeitnehmers innerhalb eines GAV, z.B. bezüglich der Höhe des im GAV vorgesehenen Minimallohns. So unterscheidet der GAV für das Schreinerergewerbe zwischen Berufsarbeitern, die ihren erlernten Beruf im Betrieb ausüben, und solchen, die auf dem Bau tätig sind, und sichert jeder Kategorie einen andern Mindestlohn zu.¹⁹ Die Feststellung, welchen Beruf ein bestimmter Arbeitnehmer erlernt hat, resp. wie seine Tätigkeit zu qualifizieren ist, ist in der Praxis nicht immer einfach. Beispielsweise stellte sich die Frage, ob der aus dem Elsass stammende Arbeitnehmer mit seinem «Diplôme du Baccalauréat Professionnel Technicien Menuisier Agenceur» als Berufsarbeiter (Schreiner) gilt. Er wurde in der Schweiz zur Montage von Küchen angestellt. Sein Mindestlohn hängt davon ab, ob er als Monteur (Berufsarbeiter) oder Hilfsmonteur (Hilfskraft ohne besondere Berufskennntnisse) im Sinne des GAV für das Schreinerergewerbe zu qualifizieren ist.

Die Frage, ob bestimmte Kategorien von Arbeitnehmern in den Anwendungsbereich eines GAV überhaupt und in welche Lohnkategorie innerhalb eines GAV fallen, hat die Gerichte oft beschäftigt. Eine ausführliche Kasuistik findet sich im Kommentar STREIFF/VON KAENEL zum Arbeitsrecht.²⁰ In nicht streitigen Fällen, zum Beispiel bei der Ausarbeitung von Arbeitsverträgen oder bei der Einstufung eines Mitarbeiters in eine Lohn-Kategorie innerhalb eines GAV, hat sich in meiner Praxis eine vorgängige Anfrage bei der im entsprechenden GAV eingesetzten Paritätischen Kommission sehr bewährt.

4. Zur Durchsetzung von Gesamtarbeitsverträgen

4.1. Auslegung von Gesamtarbeitsverträgen

Die normativen Bestimmungen eines GAV sind gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts wie ein Gesetz und nicht wie ein Vertrag auszulegen, obwohl es sich im Prinzip um vertragliche Vereinbarungen handelt.²¹ Grund dafür ist, dass die Arbeitgeber und Arbeitnehmer der einzelnen Vertragsverhältnisse

13 Abgeltung für die finanziellen Aufwendungen für den Abschluss, die Kontrolle und Durchsetzung des GAV einerseits und für die aus dem Anschluss erwachsenden Vorteile andererseits. Deren Höhe ist gesetzlich begrenzt, vgl. Art. 356b Abs. 2 OR und bei allgemein verbindlich erklärten GAV zusätzlich Art. 3 Abs. 2 lit. b AVEG.

14 Art. 360b OR.

15 Art. 1a AVEG.

16 Art. 20 Abs. 1 Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, AVG.

17 Art. 333 Abs. 1^{bis} OR.

18 Art. 3 Abs. 2 lit. b des GAV für das Schreinerergewerbe vom 17./18./22. Juni 2005.

19 Art. 16 Abs. 3 und Anhang I des GAV für das Schreinerergewerbe vom 17./18./22. Juni 2005.

20 ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. A., Zürich 2006, (im Folgenden mit STREIFF/VON KAENEL zitiert) N 13 zu Art. 356 OR.

21 BGE 136 III 283 E. 2.3.1.; 4A_78/2010 vom 1. Juli 2010 E. 2.2.

nicht an der Ausarbeitung der GAV-Bestimmungen beteiligt waren.

Indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen sind ebenfalls nach den für Gesetze geltenden Regeln auszulegen, weil sie Pflichten am Vertrag nicht beteiligter Dritter festlegen.²²

Für die Auslegung von schuldrechtlichen Bestimmungen hingegen, welche die gegenseitigen Rechte und Pflichten der GAV-Parteien festsetzen, sind die Regeln der Vertragsauslegung, insbesondere das Vertrauensprinzip, beizuziehen.²³

4.2. Durchsetzung von Gesamtarbeitsverträgen

Auch bei der Durchsetzung von GAV ist zwischen den einzelnen Kategorien von GAV-Bestimmungen zu differenzieren.

Normative Bestimmungen eines GAV gelten direkt für die dem GAV unterliegenden Arbeitsverhältnisse (wie relativ zwingendes Gesetzesrecht). Sie haben privatrechtlichen Charakter und werden folglich nicht von Amtes wegen durchgesetzt. Sie geben jedoch dem Arbeitnehmer ein direktes Forderungsrecht gegen den Arbeitgeber, das er mit den üblichen zivilprozessualen Mitteln durchsetzen kann.²⁴

22 STREIFF/VON KAENEL, N 15 zu Art. 356 OR.

23 STREIFF/VON KAENEL, N 15 zu Art. 356 OR.

24 Auch die Verbände sind verpflichtet, für die Einhaltung der normativen Bestimmungen durch ihre Verbandsmitglieder zu sorgen. Sie tun dies mit ihnen zur Durchsetzung des GAV zur Verfügung stehenden Mitteln.

Die Durchsetzung der indirekt-schuldrechtlichen und der schuldrechtlichen Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen ist allein Sache der Parteien des GAV. Dazu stehen ihnen verschiedene Möglichkeiten offen wie: Einwirken auf ihre Mitglieder gemäss Verbandsstatuten, Anrufung der im GAV vorgesehenen gemeinsamen Organe und Schiedsgerichte, gerichtliche Klagen (auf Feststellung, Unterlassung, Schadenersatz, Konventionalstrafe).²⁵

III. Folgerung für die Praxis

Nachdem etwa jedes zweite Arbeitsverhältnis in der Schweiz einem Gesamtarbeitsvertrag untersteht, ist es für den mit Arbeitsverträgen befassten Praktiker wichtig, bei jedem Arbeitsvertrag zu prüfen, ob ein Gesamtarbeitsvertrag darauf Anwendung findet. Ist diese Frage zu bejahen, gilt es, die jeweils geltende Fassung des GAV zu eruieren und darin die für den konkreten Arbeitsvertrag massgebenden Bestimmungen zu identifizieren und anzuwenden. ■

25 Details würden den Umfang dieses Aufsatzes sprengen. Ein guter Einstieg zu weiterführender Literatur findet sich bei PORTMANN/STÖCKLI, Rz 1141 ff.; STREIFF/VON KAENEL, Art. 357a; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2005, S.137 f., S.139 f.

Gianni F. Zanetti*

Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag

Stichworte: Arbeitsverhältnis, Aufhebung, Verzichtsvorbot, gegenseitige Zugeständnisse

1. Vorbemerkung

Der nachfolgende Artikel behandelt ausgewählte Aspekte der einvernehmlichen Aufhebung des privatrechtlichen Einzelarbeitsvertrages¹. Zur einvernehmlichen Aufhebung des Individualarbeitsvertrages findet sich – beispielsweise im Gegensatz zur Aufhebung des Mietvertrages – mannigfaltige Literatur (und insbesondere Judikatur).² Die Diskrepanz zwischen der Fülle an Material im Ar-

beitsrecht und dem spärlich kommentierten mietrechtlichen Aufhebungsvertrag lässt sich möglicherweise damit erklären, dass ein mietrechtlicher Aufhebungsvertrag, einmal erfüllt, eine Sachlage erzeugt, auf die nur schwer erfolgreich zurückzukommen ist.³ Denn im Gegensatz zum Arbeitsrecht schaffen die Parteien mit der Erfüllung des mietrechtlichen Aufhebungsvertrages (und der Rückgabe des Mietobjekts) in der Regel ein *fait accompli*. Umso wichtiger, weil praxisrelevanter, ist es demnach, den arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrag zu beleuchten.

* Rechtsanwältin und Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, tätig bei FURRER, LANDTWING & ZANETTI, Cham/Zürich. Ein herzliches Dankeschön gebührt MLaw Fridolin Thalman für dessen Mitarbeit bei der Durchsicht des Manuskripts.

1 Um den Artikel leserlicher zu gestalten, wird nachfolgend mehrheitlich vereinfachend von «Aufhebungsvertrag» gesprochen.

2 STREIFF/VON KAENEL, Der Arbeitsvertrag, 6. Auflage Zürich 2006, N 10 zu Art. 335 OR mit weiteren Hinweisen; MARTIN FARNER, Der Aufhebungsvertrag, ArbR 2010, S. 33 ff.; WOLFGANG PORTMANN, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, in: Festschrift Honsell, Zürich/Bern/Genf 2002, S. 355 ff.; BGE 110 II 273 (Zeitablauf heilt nichtigen Aufhebungsvertrag nicht), BGE 129 III 618 (Berufung auf Treu und Glauben hilft nur ausnahmsweise), GSGer. BS JAR 1989 131 (Forderungsanerkennung widerspricht zwingendem Recht), BGE 124 II 543 (Verzicht auf Lohn), BGE 102 Ia 417 (Verzicht auf Lohn in der Minimal kündigungsfrist), BGer 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006 (Verzicht auf Lohn für geleistete Arbeit), BGE

124 III 469 (Verzicht auf Überstunden), BGE 129 III 271 (Verwirkung Überstunden), BGE 110 II 168 (Lohnfortzahlung bei Krankheit), BGE 106 II 222 (zulässiger Vergleich betreffend Überstunden), BGer 4C.185/2001 vom 16. November 2001 (einvernehmliche fristlose Auflösung), BGE 118 II 58 (schwängere Arbeitnehmerin), BGer 4C.37/2005 vom 17. Juni 2005 (Auflösung bei Schwangerschaft), BGer 4C.188/2004 vom 4. Oktober 2001 (Auflösung bei Erkrankung). Zum mietrechtlichen Aufhebungsvertrag: GIANNI ZANETTI, Der Aufhebungsvertrag, mp 2/2009, S. 59 ff.

3 Dem Adjektiv «erfolgreich» liegt an dieser Stelle die ökonomische Betrachtungsweise zugrunde.

2. Gegenstand

Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen bildet die *einvernehmliche* Aufhebung des privatrechtlichen Einzelarbeitsvertrages. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Ausübung eines Kündigungsrechts⁴ oder durch Zeitablauf⁵ wird nachfolgend nicht behandelt. Ebenso wenig behandelt der nachfolgende Artikel angrenzende Institute wie die Änderungsvereinbarung⁶, die Abwicklungsvereinbarung oder die Freistellungsvereinbarung⁷.

3. Zustandekommen

Aufgrund der auch im Arbeitsrecht geltenden, wenngleich vielfach und mannigfaltig eingeschränkten⁸ Vertragsfreiheit ist es grundsätzlich zulässig, einen Arbeitsvertrag durch Parteivereinbarung aufzuheben.⁹ Der Aufhebungsvertrag bietet sich hierbei vor allem aus Sicht der Arbeitgeberin als valide Alternative zur Kündigung an.¹⁰ Hierbei besteht jedoch die Gefahr, dass der Arbeitnehmer zwingenden Sozialschutzes verlustig geht, beispielsweise auf den Lohn oder den Kündigungsschutz während der Arbeitsverhinderung verzichtet.¹¹ Ausserdem läuft der Arbeitnehmer Gefahr, dass die Arbeitslosenversicherung an den Abschluss des Aufhebungsvertrags nachteilige Folgen knüpft: Nicht selten qualifiziert die Versicherung die Arbeitslosigkeit als selbstverschuldet¹² und auferlegt dem Arbeitnehmer Einstelltage in der Anspruchsberechtigung.¹³

Der Aufhebungsvertrag ist ein synallagmatischer Vertrag und kommt durch Austausch übereinstimmender Willenserklärungen der Parteien zustande.¹⁴ Demnach finden die Regeln des allgemeinen Teils des schweizerischen Obligationenrechts auch auf den Aufhebungsvertrag Anwendung.¹⁵ Aufgrund der meist asymmetrischen Interessenlage¹⁶ geht in der Praxis der Antrag zur Unterzeichnung eines Aufhebungsvertrages wohl regelmässig vom Arbeitgeber aus.¹⁷ Damit der erforderliche Konsens gegeben ist und ein Aufhebungsvertrag zustande kommt, müssen die Willenserklärungen der Parteien bezüglich der wesentlichen Ver-

tragspunkte übereinstimmen,^{18,19} insbesondere muss sich der Konsens der Parteien übereinstimmend darauf beziehen, das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf einen bestimmten Zeitpunkt hin aufheben zu wollen.²⁰ Das Bundesgericht erachtete im Leitentscheid BGE 118 II 58 ff. den Verzicht auf die Lohnzahlung während der Kündigungsfrist als zulässig, wenn der Arbeitgeber gleichzeitig auf die Arbeitsleistung verzichtet.²¹ Das Bundesgericht hat diesen Leitentscheid in einem jüngsten Entscheid bestätigt, verallgemeinert und gleichzeitig dahingehend präzisiert, dass ein Arbeitnehmer nur im Falle *manifesten* gegenseitiger Zugeständnisse rechtmässig auf seine Lohnansprüche verzichten kann.²²

4. Rechtsnatur

Der Aufhebungsvertrag ist ein Verfügungsvertrag, der einen früher geschlossenen Arbeitsvertrag voraussetzt und diesen auflöst.²³ Das bedeutet mithin, dass ein Aufhebungsvertrag jederzeit geschlossen werden kann, solange das Arbeitsverhältnis andauert, nach bereits erfolgter fristloser Kündigung indes nicht mehr möglich ist.²⁴ Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag hat weder im allgemeinen Vertragsrecht noch im Arbeitsvertragsrecht eine ausdrückliche Grundlage.²⁵ Die herrschende Lehre postuliert, Art. 115 OR sei direkt oder analog anzuwenden,²⁶ wenn durch den Aufhebungsvertrag («*contrarius actus*» oder «*contrarius consensus*») ein ganzes Vertragsverhältnis beendet werden soll.²⁷ Diese Ansicht kann sich auf den Wortlaut sowie die systematische Stellung von Art. 115 OR stützen,²⁸ der lediglich auf den Untergang einzelner Obligationen direkt anwendbar ist.²⁹ Die

4 Art. 335 ff. OR; STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 1 ff. zu Art. 335 OR; KURT PARLI, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, AJP 2010, S. 716 m. w. H.

5 Art. 334 OR; STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 1 ff. zu Art. 335 OR.

6 PORTMANN (Fn. 2), S. 356.

7 Vgl. hierzu FARNER (Fn. 2), S. 46, S. 47.

8 Vgl. präzisierend FARNER (Fn. 2), S. 34, S. 35.

9 Art. 1 OR in Verbindung mit Art. 115 OR (analog); PORTMANN (Fn. 2), S. 357, führt aus, dass die Vertragsfreiheit neben der Abschluss-, Inhalts- und Formfreiheit auch die Aufhebungsfreiheit mit umfasst.

10 FARNER (Fn. 2), S. 35; STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 10 zu Art. 335 OR; PORTMANN (Fn. 2), S. 357.

11 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 10 zu Art. 335 OR.

12 Oder die Arbeitslosenversicherung macht geltend, der Arbeitnehmer hätte zulasten der Versicherung auf Ansprüche verzichtet.

13 Art. 30 AVIG; FARNER (Fn. 2), S. 34.

14 GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009, N 537; PORTMANN (Fn. 2), S. 358.

15 Art. 3 ff. OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zürich 2008, N 308 ff.; ZK-AEPLI, N 7 zu Art. 115 OR.

16 FARNER (Fn. 2), S. 33.

17 Diese Annahme ist indes nicht rechtssoziologisch erhärtet, sondern beruht auf der empirischen Erfahrung des Autors.

18 Art. 1, 319 und 334 ff. OR, d.h. die Parteien müssen sich darüber einig werden, dass das Arbeitsverhältnis ungeachtet der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist einvernehmlich beendet werden soll.

19 Vgl. zum Begriff der *essentialia negotii* statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 15), Band I, N 329 ff.

20 Nach der hier vertretenen Ansicht genügt für den *Konsens* (Art. 1 OR), dass sich die Parteien darüber einig sind, den Arbeitsvertrag auf einen bestimmten Zeitpunkt aufheben zu wollen. Liegt *Konsens* vor, kommt ein Aufhebungsvertrag zustande. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass der Aufhebungsvertrag gültig, d.h. insbesondere frei von Willensmängeln, zustande gekommen ist (vgl. auch Fn. 15).

21 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 10 zu Art. 335 OR mit weiteren Hinweisen; JAR 2001, S. 327; BGE 118 II 58 ff.

22 BGE 4A_343/2011 vom 11. Oktober 2011, Erwägung 4.2.2 mit Bezug auf den Grundsatzentscheid (BGE 118 II 58, 61):

«[...] Une renonciation au paiement de prétentions en salaire ne peut être admise que si l'on se trouve manifestement en présence de concessions réciproques.»

23 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 15), Band II, N 3104; PORTMANN (Fn. 2), S. 357.

24 GEISER/MÜLLER (Fn. 14), N 536, die allerdings darauf abstellen, ob die fristlose Entlassung gerechtfertigt war. Präzisierend ist zu bemerken, dass auch eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis de facto und de iure beendet.

25 PORTMANN (Fn. 2), S. 356, S. 357.

26 PORTMANN (Fn. 2), S. 357.

27 BSK-GONZENBACH, N 8 zu Art. 115 OR; wohl auch PORTMANN/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2007, N 635, N 642, N 806.

28 Die Bestimmung findet sich im Dritten Titel der Ersten Abteilung des schweizerischen Obligationenrechts. Dieser Titel regelt das Erlöschen der *Obligation*.

29 BSK-GONZENBACH, N 7 zu Art. 115 OR.

grundsätzliche Zulässigkeit des Aufhebungsvertrages ergibt sich aus dem Zusammenspiel zwischen Art. 1 und Art. 19 OR.³⁰ Dient der Aufhebungsvertrag allerdings dazu, zwingende Gesetzesbestimmungen zu umgehen, sind die zu umgehenden Gesetzesbestimmungen nach neuem Gesetzesverständnis trotzdem anzuwenden.³¹ Die Art. 361 und 362 OR gewähren dem Arbeitnehmer einen darüber hinausgehenden Schutz: Die Abweichung von den zwingenden Gesetzenormen zuungunsten der geschützten Partei ist nichtig, selbst wenn keine Gesetzesumgehung beabsichtigt ist, und ohne dass die Voraussetzungen der Gesetzesumgehung erfüllt sind.³² Die Unterscheidung wird dahingehend relativiert, dass das Bundesgericht Art. 361 und 362 OR in Fällen echter Zugeständnisse nicht anwendet, sich dabei jedoch zu Unrecht auf Art. 341 OR stützt, der das Verzichtverbot bezüglich bereits entstandener Forderungen regelt, derweil der Arbeitnehmer durch den Aufhebungsvertrag hauptsächlich noch nicht entstandener Rechte verlustig geht.³³ Eine Aufhebungsvereinbarung lässt sich vorbehaltlich Art. 341 OR selbst dann schliessen, wenn eine Kündigung aufgrund von Art. 336c Abs. 1 OR nichtig wäre, wobei die früher eher liberale Praxis des Bundesgerichts strenger zu werden scheint.³⁴

5. Form

Grundsätzlich kann der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag formfrei geschlossen werden.³⁵ Dabei können sich die Willenserklärungen – und damit der Vertragsschluss – auch aus den Umständen ergeben.³⁶ Mithin ist der Aufhebungsvertrag (grundsätzlich) selbst dann nicht zwingend schriftlich zu redigieren, wenn der Arbeitsvertrag schriftlich abgeschlossen wurde. Die Gerichte tun sich schwer damit, bei konkludent geschlossenen Aufhebungsverträgen einen Konsens anzunehmen.³⁷ Die Aufhebung eines bestehenden Rechtsverhältnisses darf nicht leichtfertig an-

genommen werden, weil es in Erwartung zukünftiger Vorteile begründet worden ist. Lässt sich nicht ermitteln, was die Parteien tatsächlich gewollt haben, greift das Vertrauensprinzip, das nicht nur über den Inhalt der Willenserklärungen, sondern auch darüber entscheidet, ob überhaupt eine Erklärung im Rechtssinne vorliegt.³⁸ Die Interessenlage der Parteien bildet dabei ein wichtiges Auslegungselement, um zu eruieren, auf welchen Willen nach Vertrauensprinzip zu schliessen ist.³⁹

Zur Form ist Folgendes zu beachten: Das Verhältnis zwischen Art. 115 OR und Art. 12 OR ist in der Doktrin noch nicht gänzlich geklärt, wird jedoch zumindest dann als unproblematisch erachtet, wenn das gesamte Schuldverhältnis aufgehoben wird: In diesem Fall hat Art. 12 OR gegenüber Art. 115 OR zu weichen.⁴⁰ Haben die Parteien für die Abänderung des Arbeitsvertrags jedoch die Schriftform vorbehalten (Art. 16 OR, allenfalls analog), tun sie gut daran, auch den Aufhebungsvertrag in schriftlicher Form abzufassen. Zwar begründet die von den Parteien gewählte Form gemäss Art. 16 OR lediglich eine doppelte Vermutung, die von den Parteien widerlegt werden kann. Auch ist es den Parteien unbenommen, sich konkludent über den vereinbarten Schriftlichkeitsvorbehalt hinwegzusetzen.⁴¹ Aufgrund der bedeutenden Interessen ist jedoch der Empfehlung MARTIN FARNERS tunlichst Folge zu leisten und der Aufhebungsvertrag schriftlich zu verfassen.⁴² Zumindest stellt dieser Ratschlag eine wertvolle praktische Empfehlung zuhanden jener Partei dar, die sich in der Folge auf die Gültigkeit des Aufhebungsvertrags berufen möchte. Das Schweigen einer Partei auf eine Offerte zu einem Aufhebungsvertrag ist nicht als konkludente Annahme zu qualifizieren.⁴³

Generell ist zu bemerken, dass Aufhebungsvereinbarung und Kündigung grundsätzlich unterschiedliche Rechtsgeschäfte darstellen. Aufgrund der Natur der Aufhebungsvereinbarung als zweiseitiges Rechtsgeschäft kann sie nicht als Kündigung qualifiziert werden.⁴⁴ Die Konversion einer gültigen Kündigung in einen Antrag zu einem Aufhebungsvertrag erscheint rechtsdogmatisch ausgesprochen problematisch, zumal eine Konversion nur bei ungültigen Willenserklärungen in Frage kommt, und eine gültige Kündigung lässt für die Annahme eines Aufhebungsvertrags keinen Raum.⁴⁵ Auch bei einer ungültigen Kündigung sind bei der Konversion in eine Offerte zu einem Aufhebungsvertrag Vorbehalte angebracht: Eine ungültige Kündigung kann lediglich dann als Offerte zu einem Aufhebungsvertrag umgedeutet werden,

30 PORTMANN (Fn. 2), S. 357.

31 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 10 zu Art. 335 OR mit weiteren Hinweisen; BSK ZGB I-HONSELL, N 31 zu Art. 2 ZGB. Freilich dürfte es für die beweisschwerbelastete Partei unter Umständen schwierig sein, die Umgehungsabsicht nachzuweisen (vgl. auch nachfolgende Fn. 33).

32 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 10 zu Art. 335 OR; GEISER/MÜLLER (Fn. 14), N 537, N 538.

33 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 10 zu Art. 335 OR mit Hinweisen auf die höchstrichterliche Praxis.

34 GEISER/MÜLLER (Fn. 14), N 539 mit dem zutreffenden Hinweis, dass der Arbeitgeber diesfalls erhebliche Risiken eingeht; BGE 110 II 168 ff., BGE 102 Ia 417 ff.; STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 10 zu Art. 335 OR mit dem Hinweis auf BGE 118 II 58 ff. sowie die sich verschärfende Praxis des Bundesgerichts (BGer 4C.188/2004 vom 4. Oktober 2004 sowie BGer 4C.37/2005 vom 17. Juni 2005). Zu BGer 4C.188/2004 vom 4. Oktober 2004 vgl. auch Fn. 38.

35 Art. 11 ff. OR; ZK-AEPLI, N 29 zu Art. 115 OR; FARNER (Fn. 2), S. 36; PORTMANN (Fn. 2), S. 358; BSK-GONZENBACH, N 8 zu Art. 115 OR mit Hinweis auf formpflichtige Aufhebungsverträge in anderen Rechtsgebieten.

36 FARNER (Fn. 2), S. 36; PORTMANN (Fn. 2), S. 358, S. 359.

37 FARNER (Fn. 2), S. 45, mit Hinweis auf BGer 4C.188/2004 vom 4. Oktober 2004, in welchem das Bundesgericht in einem ersten Schritt zwar angenommen hat, dass sich die Parteien geeinigt hatten und ein Aufhebungsvertrag zustande gekommen war (Erw. 1). Diesbezüglich war das Bundesgericht jedoch an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden. Das Bundesgericht hat sodann den Aufhebungsvertrag bezüglich seines Inhalts gestützt auf Art. 341 OR in Verbindung mit Art. 336c OR, Art. 324a OR und Art. 362 OR geprüft und für nichtig erklärt (Art. 19

OR), weil keine gegenseitigen Zugeständnisse zu erblicken waren (Erw. 3): «*En l'espèce, on cherche en vain des concessions réciproques.*»

38 PORTMANN (Fn. 2), S. 359.

39 PORTMANN (Fn. 2), S. 359 mit Hinweis auf BGer 4C.27/2002 vom 19. April 2002: «*L'accord entre les parties doit être interprété restrictivement et ne peut constituer un contrat de résiliation conventionnelle que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'est établie sans équivoque la volonté des intéressés de se départir du contrat.*»

40 ZK-AEPLI, N 55 zu Art. 115 OR; BSK-GONZENBACH, N 9 zu Art. 115 OR; BGE 95 II 425.

41 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 15), Band I, N 592.

42 FARNER (Fn. 2), S. 36, S. 45.

43 FARNER (Fn. 2), S. 36, S. 45.

44 GEISER/MÜLLER (Fn. 14), N 540.

45 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 10 zu Art. 335 OR; PORTMANN (Fn. 2), S. 360.

wenn eine Auslegung nach Vertrauensprinzip ergibt, der Kündigende hätte eine Offerte zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags gestellt, wenn er sich der Ungültigkeit der Kündigung bewusst gewesen wäre.⁴⁶ Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, eine durch konkludentes Verhalten zum Ausdruck gebrachte Zustimmung zur Kündigung des Arbeitgebers könne nicht als einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausgelegt werden, da der Arbeitnehmer lediglich die Konsequenzen aus der Haltung des Arbeitgebers ziehe und der Beendigung nicht zustimme.⁴⁷

6. Rechtswirkungen

Der Aufhebungsvertrag fusst auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und ist somit grundsätzlich zulässig, unbestrittenermassen auch im Individualarbeitsrecht.⁴⁸ Ein rechtsgültig geschlossener Aufhebungsvertrag bewirkt, dass das gesamte Arbeitsverhältnis auf den von den Parteien gewählten Beendigungszeitpunkt erlischt.⁴⁹ Unzulässig ist ein Aufhebungsvertrag dann, wenn durch seinen Abschluss zwingende Vorschriften verletzt oder umgangen werden.⁵⁰ Welche Regeln zwingend sind, ist nicht immer einfach festzustellen: Die Kataloge der Art. 361 und 362 OR sind nicht vollständig. Es gibt zwingende Bestimmungen, die imperativ formuliert und nicht in den Art. 361 und 362 OR aufgeführt sind.⁵¹

7. Problembereiche

Als zweiseitiges Rechtsgeschäft (vgl. oben, N 3) ausgestaltet, fällt der Aufhebungsvertrag nicht unter den Begriff der Kündigung und kann demnach auch keine Kündigungsschutzbestimmungen verletzen. Mit einem Aufhebungsvertrag lassen sich indes die Kündigungsbestimmungen umgehen, was für den Arbeitnehmer beispielsweise nach sich zieht, dass er seines Lohnanspruchs während der Kündigungsfrist verlustig geht, weil das Arbeitsverhältnis auf einen früheren Zeitpunkt endet.⁵² Oder der erkrankte Arbeitnehmer verliert seinen Lohnfortzahlungsanspruch gemäss Art. 324a OR über das vereinbarte Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus, wenn sich das Arbeitsverhältnis aufgrund von Art. 336c OR verlängert hätte.⁵³ Ersetzt der Aufhebungsvertrag eine missbräuchliche oder ungerechtfertigte fristlose Kündigung, verliert der Arbeitnehmer seine Ansprüche gemäss Art. 336a OR oder Art. 337c OR.⁵⁴ In den soeben beispielhaft aufgeführten Fällen, in denen gesetzliche Kündigungsschutzbestimmungen umgangen wurden, postuliert PORTMANN, den Aufhebungsvertrag als unzu-

lässig zu betrachten, sofern für die Umgehung kein Rechtfertigungsgrund bestehe.⁵⁵ Nach neuerem Verständnis der Gesetzesumgehungen sind die umgangenen Bestimmungen trotzdem anzuwenden.⁵⁶

Das Bundesgericht prüft die Frage nach der Zulässigkeit eines Aufhebungsvertrags in konstanter Praxis unter dem Blickwinkel von Art. 341 Abs. 1 OR.⁵⁷ Dieser Vorschrift zufolge kann der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung nicht auf Forderungen verzichten, die sich aus unabdingbaren Gesetzesbestimmungen ergeben.⁵⁸ Das Bundesgericht geht davon aus, Art. 341 Abs. 1 OR untersage den einseitigen Verzicht des Arbeitnehmers, stehe der Gültigkeit einer Vereinbarung jedoch nicht im Wege, die im Rahmen eines echten Vergleichs auf gegenseitigem Nachgeben beruhe und zu einer angemessenen Lösung führe.⁵⁹ In seiner reichen Praxis, die allerdings nicht immer widerspruchsfrei geblieben ist, untersuchte das Bundesgericht zunächst, ob überhaupt ein Verzicht auf einen zwingenden Anspruch gegeben ist. Sodann stellte es sich die Frage, ob der Arbeitgeber eine über das Zwingende hinausgehende Leistung erbracht hatte.⁶⁰ Der Ansatz des Bundesgerichts ist überall dort hilfreich, wo der zwingende Anspruch im Zeitpunkt des Abschlusses des Aufhebungsvertrags bereits entstanden ist. In zahlreichen Fällen führt eine Prüfung unter dem Aspekt des Verzichtsverbots jedoch zu unbefriedigenden Ergebnissen.⁶¹ Dies leuchtet ein, zumal Art. 341 Abs. 1 OR die zwingenden Normen sinnvoll ergänzt, insbesondere die Art. 357, 361 und 362 OR, indem das Gesetz den Arbeitnehmer vor der Gefahr schützt, während der Anstellungsdauer unter Druck genommen zu werden.⁶²

PORTMANN wies darauf hin, dass es Fälle gibt, die unter dem Aspekt des Verzichtsverbots nicht befriedigend gelöst werden können.⁶³ Deshalb ist ein Aufhebungsvertrag vorab immer auch daraufhin zu prüfen, ob der Arbeitnehmer ein vernünftiges und genügendes Interesse daran hatte, das Arbeitsverhältnis einvernehmlich zu beenden.⁶⁴ Massstab ist dabei eine objektivierte, nachvollziehbare Interessenlage, wie sie sich im Zeitpunkt des Abschlusses des Aufhebungsvertrags präsentiert.⁶⁵

Das weitaus dominanteste Zulässigkeitskriterium liegt darin, den Aufhebungsvertrag hinsichtlich gegenseitiger Zugeständnisse zu prüfen. Dies liegt daran, dass das Bundesgericht seiner Prüfung das Verichtsverbot zugrunde legt;⁶⁶ diese Bestimmung

46 PORTMANN (Fn. 2), S. 360.

47 BGer 4C.22/2000 vom 27. Juni 2000; BGer 4C.27/2002 vom 19. April 2002; im Ergebnis zustimmend, wenngleich differenzierend, PORTMANN (Fn. 2), S. 360.

48 PORTMANN (Fn. 2), S. 362.

49 FARNER (Fn. 2), S. 36.

50 PORTMANN (Fn. 2), S. 362.

51 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 10 zu Art. 335 OR; FARNER (Fn. 2), S. 35 mit weiteren Hinweisen; instruktiv: BGE 136 III 467 ff. (nichtiges Schiedsklausel).

52 PORTMANN (Fn. 2), S. 363.

53 PORTMANN (Fn. 2), S. 363.

54 PORTMANN (Fn. 2), S. 363.

55 PORTMANN (Fn. 2), S. 363.

56 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 10 zu Art. 335 OR; BSK ZGB I-HONSELL, N 31 zu Art. 2 ZGB.

57 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 10 zu Art. 335 OR; PORTMANN (Fn. 2), S. 364; FARNER (Fn. 2), S. 37.

58 PORTMANN (Fn. 2), S. 364.

59 PORTMANN (Fn. 2), S. 364.

60 FARNER (Fn. 2), S. 37 mit weiteren Hinweisen; STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 10 zu Art. 335 OR und N 5 zu Art. 341 OR (zur Praxis).

61 FARNER (Fn. 2), S. 38.

62 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 3 zu Art. 341 OR.

63 PORTMANN (Fn. 2), S. 364, S. 365, S. 367 und S. 368 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Praxis; FARNER (Fn. 2), S. 38 mit weiteren Hinweisen.

64 PORTMANN (Fn. 2), S. 365, S. 366 mit Beispielen; FARNER (Fn. 2), S. 38.

65 FARNER (Fn. 2), S. 38–40.

66 BGer 4C.188/2004 vom 4. Oktober 2004 sowie jüngst BGer 4A_343/2011 vom 11. Oktober 2011.

verbietet den einseitigen Verzicht des Arbeitnehmers, nicht aber einen echten Vergleich mit gegenseitigen Zugeständnissen («*concessions réciproques*»).⁶⁷ Verzichtet der Arbeitgeber einzig auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, stellt dies kein echtes Zugeständnis dar.⁶⁸

Werden durch einen Aufhebungsvertrag Kündigungsschutzbestimmungen in unzulässiger Weise ausser Kraft gesetzt, bleiben die entsprechenden gesetzlichen Ansprüche trotz einvernehmlicher Auflösung des Arbeitsvertrags erhalten, ebenso der Anspruch auf Lohnfortzahlung, falls sich das Arbeitsverhältnis verlängert hätte.⁶⁹

67 PORTMANN (Fn. 2), S. 367.

68 BGer ARV 2002, S. 28; PORTMANN (Fn. 2), S. 368; vgl. auch die ausführliche Darstellung zur Praxis zu Lohnansprüchen in STREIFF/VON KAENEL (Fn. 2), N 5 zu Art. 341 OR.

69 Art. 324a OR, Art. 336c OR, Art. 337 ff. OR; BGer JAR 2001, S. 327; PORTMANN (Fn. 2), S. 368; BGer 4C.27/2002 vom 19. April 2002.

7. Fazit

Ein Arbeitsvertrag lässt sich jederzeit einvernehmlich aufheben, solange das Arbeitsverhältnis andauert. Als Verfügungsvertrag setzt der Aufhebungsvertrag einen zuvor geschlossenen Arbeitsvertrag voraus. Der Aufhebungsvertrag ist nicht formpflichtig; es empfiehlt sich jedoch, zumindest die wesentlichen Vertragspunkte schriftlich zu fixieren. Wird mit einem Aufhebungsvertrag beabsichtigt, zwingende gesetzliche Bestimmungen zu umgehen, werden diese gemäss neuerem dogmatischem Verständnis gleichwohl angewandt. Das Bundesgericht prüft den Aufhebungsvertrag in konstanter Praxis unter dem Aspekt des Verzichtsverbots, ein Vorgehen, das jedoch nicht durchwegs für befriedigende Resultate sorgt. Deshalb ist bei der Prüfung eines Aufhebungsvertrags immer auch zu fragen, ob der Arbeitnehmer ein legitimes, genügendes Interesse an der Aufhebung des Arbeitsverhältnisses hatte. Verzichtet der Arbeitnehmer auf zwingende Rechte, ist zu prüfen, ob der Verzicht mit entsprechenden Zugeständnissen arbeitgeberseits einhergeht. ■

Regula Hinderling*

Gerichtliche Zuständigkeit bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nach revidiertem Lugano-Übereinkommen

Stichworte: Gerichtliche Zuständigkeit arbeitsrechtliche Streitigkeiten, Lugano-Übereinkommen

In diesem Beitrag werden die Neuerungen der gerichtlichen Zuständigkeit bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten dargestellt und deren Auswirkungen auf die Praxis thematisiert. Dabei werden insbesondere die Einschränkungen und verbleibenden Handlungsoptionen der Arbeitgeber nach revidiertem LugÜ aufgezeigt.

1. Einleitung

Per 1. Januar 2011 ist das revidierte Lugano-Übereinkommen¹ («LugÜ») in Kraft getreten. Dies hat zu einigen Anpassungen bei den gerichtlichen Zuständigkeiten für Streitigkeiten aus individuellen Arbeitsverträgen geführt.²

Das LugÜ kommt bereits dann zur Anwendung, wenn ein Arbeitnehmer³ im EU-Raum Wohnsitz hat und in der Schweiz arbeitet oder umgekehrt.⁴ Gerade in Grenzregionen der Schweiz kommt das LugÜ damit recht häufig zur Anwendung.

2. Neuerungen bei der gerichtlichen Zuständigkeit

Gemäss dem Lugano-Übereinkommen in der ursprünglichen Fassung galten sowohl für Klagen des Arbeitnehmers als auch für Klagen der Arbeitgeberin einheitliche Gerichtsstandsbestimmungen. Klagen konnten entweder bei den Gerichten am Wohnsitz resp. Sitz der beklagten Partei oder am Ort, an dem der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich verrichtet, anhängig gemacht werden (Art. 2 und 5 Ziff. 1 LugÜ a.F.)

Das revidierte Lugano-Übereinkommen unterscheidet neu zwischen *Klagen des Arbeitnehmers* und *Klagen der Arbeitgeberin* und sieht dafür unterschiedliche gerichtliche Zuständigkeiten vor. Diese sind neu in einem gesonderten *Abschnitt 5 des LugÜ, Art. 18–21*, enthalten.

2.1 Zuständigkeit bei Klagen des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer kann wie bisher seine Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis vor den Gerichten im *Sitzstaat der Arbeitgeberin* oder, sofern sich der *gewöhnliche Arbeitsort* in einem anderen Vertragsstaat befindet, vor den Gerichten dieses Staats geltend machen (vgl. Art. 19 LugÜ, welcher im Wesentlichen die Regelung des Art. 5 Ziff. 1 LugÜ a.F. übernimmt)

Verfügt die Arbeitgeberin in *keinem Vertragsstaat* über einen Sitz, betreibt sie jedoch eine *Zweigniederlassung* in einem Ver-

* Dr. iur., Advokatin und Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Basel.
www.burckhardtlaw.com

1 SR 0.275.12

2 Abschnitt 5 des LugÜ, Art. 18–21; vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates, BBl 2009, S. 1777 ff., insbesondere S. 1795 f.

3 Aus Gründen der Lesbarkeit wird die männliche Form für Arbeitnehmende beider Geschlechter verwendet.

4 Vgl. dazu BGE 131 III 76.

tragsstaat, so kann der Arbeitnehmer neu vor den Gerichten des Vertragsstaates der Zweigniederlassung Klage gegen die Arbeitgeberin erheben, sofern es sich um Streitigkeiten aus dem Betrieb der Zweigniederlassung handelt (vgl. Art. 18 Abs. 2 LugÜ). Dies war bisher nicht möglich und stellt eine Verbesserung für den Arbeitnehmer dar.

So kann beispielsweise der Schweizer Arbeitnehmer, welcher für die deutsche Zweigniederlassung der russischen Arbeitgeberin arbeitet, seine Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis mit der russischen Arbeitgeberin vor deutschen Gerichten einklagen.

2.2 Zuständigkeit bei Klagen der Arbeitgeberin

Möchte hingegen die Schweizer Arbeitgeberin eine Klage gegen den Arbeitnehmer mit Wohnsitz in einem anderen Vertragsstaat des LugÜ erheben, so kann sie dies neu nur noch im *Wohnsitzstaat des Arbeitnehmers* tun (vgl. Art. 20 Abs. 1 LugÜ). Etwas anderes gilt nur im Falle einer *Widerklage*, wenn bspw. bereits eine Klage gegen die Arbeitgeberin bei den Gerichten an ihrem Sitz hängig ist. Diesfalls kann sie ihren Anspruch widerklageweise im bereits hängigen Verfahren einbringen (vgl. Art. 20 Abs. 2 LugÜ). Gemäss ZPO ist dies allerdings nur möglich, sofern für die Widerklage die gleiche Verfahrensart gilt wie für die Hauptklage.⁵

Konkret heisst dies, die Arbeitgeberin wird ihre Ansprüche gegen den Arbeitnehmer vor ausländischen Gerichten einklagen müssen, es sei denn, sie kann diese widerklageweise geltend machen.

2.3 Gerichtsstandsvereinbarungen

Dieser Umstand lässt sich auch nicht mit einer *Gerichtsstandsvereinbarung* ändern. Mit einer solchen kann im Voraus für Klagen des Arbeitgebers nicht vom zwingenden Gerichtsstand am Wohnsitz des Arbeitnehmers abgewichen werden. Die Parteien können sich lediglich nach Entstehung der Streitigkeit auf einen anderen Gerichtsstand einigen (vgl. Art. 21 LugÜ).

Hingegen können dem Arbeitnehmer für die Klagen gegen die Arbeitgeberin mit einer Gerichtsstandsvereinbarung *zusätzliche* Gerichtsstände für seine Klagen eingeräumt werden (vgl. Art. 21 LugÜ).

3. Würdigung und praktische Bedeutung

Die grösste Änderung der Revision liegt in der Schaffung des neuen Art. 20 LugÜ, mit welchem für Klagen der Arbeitgeberin ein zwingender Gerichtsstand am Wohnsitz des Arbeitnehmers geschaffen wurde. Dieser wurde zum Schutz des Arbeitnehmers eingeführt.⁶ Ob diese Regelung sachgerecht ist, darf jedoch bezweifelt werden. Die neue Regelung wird dazu führen, dass Gerichte in EU-Staaten über Ansprüche aus Schweizer Arbeitsverträgen befinden müssen und umgekehrt. Das Gericht muss fremdes

Recht anwenden, ein Umstand, den Vertragspartner in der Regel zu vermeiden suchen. Das Verfahren wird dadurch erschwert. Das ausländische Recht wird mit Sachverständigengutachten nachgewiesen, Beweismittel übersetzt und Zeugen rogatorisch befragt werden müssen. All dies wird die Prozesse empfindlich verteuern und schafft Rechtsunsicherheit. Beide Umstände sind weder für die Arbeitgeberin noch für den Arbeitnehmer von Vorteil.

Der neue Art. 20 LugÜ ist singular. Weder das IPRG⁷ noch die ZPO⁸ enthalten für Klagen des Arbeitgebers einen zwingenden Gerichtsstand am Wohnsitz des Arbeitnehmers.

Die Lehre hat sich nur vereinzelt kritisch zum neuen Art. 20 LugÜ geäußert.⁹ Wie er sich in der Praxis bewährt, wird sich weisen müssen.¹⁰

Die praktische Bedeutung des neuen Art. 20 LugÜ ist insofern begrenzt, als die Mehrheit der arbeitsrechtlichen Prozesse von Arbeitnehmern anhängig gemacht wird.¹¹ Normalerweise befindet sich der Arbeitsort am Sitz der Arbeitgeberin. Damit werden auch bei internationalen Sachverhalten in der Mehrheit der Fälle wie bis anhin die Gerichte am Ort der Arbeitsverrichtung urteilen und damit in aller Regel auch eigenes Recht anwenden.

Es gibt aber auch die anderen Fälle, in welchen die Arbeitgeberin nicht umhin kommt, eine Klage gegen den Arbeitnehmer mit Wohnsitz im Ausland zu erheben. Auch für diese Fälle müssen sachgerechte Lösungen gefunden werden.

Konkurrenziert beispielsweise ein in Frankreich wohnhafter Arbeitnehmer die ehemalige Schweizer Arbeitgeberin und verletzt damit sein Konkurrenzverbot, möchte diese allenfalls gerichtliche Schritte gegen den Arbeitnehmer einleiten.

Auch die Schweizer Arbeitgeberin, welche ihrem in Deutschland wohnhaften Arbeitnehmer ein Darlehen gewährt, welches dieser nicht zurückbezahlt, wird rechtliche Schritte in Erwägung ziehen.

Gleiches dürfte auch für die Arbeitgeberin gelten, welche von ihrem als Uhrenvertreter tätigen und im EU-Raum wohnhaften Mitarbeiter die Uhrenkollektion nicht zurückerhält.

In all diesen Fällen konnte bisher, sofern sich der Arbeitsort in der Schweiz befand, in der Schweiz Klage erhoben werden. Dasselbe galt auch, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich an verschiedenen Orten verrichtete, jedoch von der Schweizer Niederlassung angestellt worden war. Auch in dieser Konstellation konnte in der Schweiz Klage erhoben werden. Nach revidier-

7 Art. 115 Abs. 1 IPRG.

8 Art. 34 ZPO.

9 Kritisch bspw. ABBO JUNKER zur Parallelbestimmung in der EuGVO: Internationale Zuständigkeit für Arbeitssachen nach der Brüssel I-Verordnung, in: Grenzüberschreitungen, Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 315 f.; LUKAS POLIVKA, Die gerichtliche Zuständigkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nach revidiertem Lugano-Übereinkommen, Zürich 2001, S. 69.

10 Zur Parallelbestimmung der EuGVO gab es einen Änderungsantrag der Niederlande, welcher vorschlug, dass die Arbeitgeberin auch am Arbeitsort Klage auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses erheben kann (ABL 2002 Nr. C 311, 16). Der Vorstoss fand jedoch keine Mehrheit. Vgl. dazu auch JAN KROPHOLLER/JAN VON HEIN, Europäisches Zivilprozessrecht, 2011, Art. 21 EuGVO, N 1. GEIMER/SCHÜTZE, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2009, Art. 20 A.1, N 13. Die Parallelbestimmung in der EuGVO führt anscheinend in der Praxis zu keinen namhaften Problemen.

11 Vgl. dazu ABBO JUNKER, (Fn. 9), S. 315.

5 Vgl. Art. 224 Abs. 1 ZPO; die gleiche Verfahrensart wird nicht immer vorliegen, da für Forderungen bis zum Streitwert von CHF 30 000 das vereinfachte Verfahren, für Forderungen mit höheren Streitwerten jedoch das ordentliche Verfahren gilt. Vgl. zu Art. 224 ZPO bspw.: GEHRI/KRAMER-LECH, ZPO Kommentar, Zürich 2010, Art. 224 N 10; DÜRR, Stämpfli Handkommentar ZPO, Bern 2010, Art. 224 N 8.

6 In Anlehnung an die Gerichtsstände zum Verbraucherschutz, vgl. Art. 16 Ziff. 2 LugÜ.

tem LugÜ kann die Arbeitgeberin nur noch am ausländischen Wohnsitz des Arbeitnehmers Klage erheben.

Es bleibt der Arbeitgeberin jedoch unbenommen, vorsorgliche Massnahmen in der Schweiz zu beantragen, sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind.¹² Die Prosekution müsste dann allerdings im Ausland am Wohnsitz des Arbeitnehmers erfolgen.

Ein Gerichtsstand in der Schweiz kann jedoch in den Fällen bestehen, in welchen eine Konkurrenz von Gerichtsständen vorliegt. Fügt beispielsweise ein im EU-Raum wohnhafter Arbeitnehmer der Schweizer Arbeitgeberin einen Schaden zu, indem er Eigentum der Arbeitgeberin zerstört, besteht sowohl ein Gerichtsstand am Wohnsitz des Arbeitnehmers gemäss Art. 20 LugÜ als auch am Ort, wo das schädigende Ereignis eingetreten ist (vgl. Art. 5 Ziff. 3 LugÜ). Der Ort des schädigenden Ereignisses dürfte sich häufig am Arbeitsort und Sitz der Arbeitgeberin befinden. Die Praxis wird weisen müssen, ob sich die Arbeitgeberin in diesen Fällen auf den Gerichtsstand am Ort des schädigenden Ereignisses gemäss Art. 5 Ziff. 3 LugÜ berufen kann. Die Lehre befürwortet dies mehrheitlich.¹³

4. Praktische Auswirkungen und Möglichkeiten

In der Praxis kann der Gerichtsstand des Art. 20 LugÜ dazu führen, dass die Arbeitgeberin angesichts der Kosten und Schwierigkeiten einer Prozessführung im Ausland in gewissen Fällen auf die Geltendmachung der Forderung verzichtet. Darin dürfte der Hauptvorteil für den Arbeitnehmer liegen.

Die Arbeitgeberin wird jedoch versuchen, ein solch unbefriedigendes Ergebnis zu verhindern.

Welche Optionen stehen ihr zur Verfügung?

Zunächst wird sie versuchen, sich vergleichsweise zu einigen, wobei die Perspektive eines im Ausland zu führenden Prozesses das Vergleichsergebnis zu Lasten der Arbeitgeberin nach unten drücken wird.

Ist in der Sache keine Einigung möglich, so kann zumindest nach Eintritt der Streitigkeit eine Einigung über den Gerichtsstand getroffen werden.¹⁴ Die Parteien können sich auf den Gerichtsstand am Arbeitsort einigen. Dies dürfte durchaus auch im Interesse des Arbeitnehmers liegen, da ein Prozess im Ausland, in welchem das Gericht fremdes Recht beurteilen muss, für beide Parteien aufwändig und teuer ist.

Die Arbeitgeberin könnte auch ohne Einigung eine Klage am Arbeitsort in der Schweiz erheben und darauf hoffen, dass sich der Arbeitnehmer auf den Prozess einlässt. Eine Einlassung ist nach Rechtsprechung des EuGH und überwiegender Auffassung¹⁵ möglich und das Urteil wäre auch vollstreckbar.¹⁶

Die Arbeitgeberin könnte schliesslich versucht sein, eine Klage gegen sich zu provozieren, um ihre Ansprüche dann widerklageweise geltend machen zu können, sofern die Voraussetzungen für eine widerklageweise Geltendmachung gegeben sind.¹⁷

Die Arbeitgeberin ist jedenfalls gut beraten, ihre Optionen frühzeitig zu prüfen. Ist absehbar, dass ein ausländischer Mitarbeiter nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus der Schweiz wegzieht, so kann der Gerichtsstand in der Schweiz mit einer raschen Klage vor dem Wegzug ins Ausland gesichert werden. Massgebend ist jeweils der Wohnsitz im Zeitpunkt der Klageeinleitung.¹⁸

Zu guter Letzt wird sich die Arbeitgeberin überlegen, ob sie gewisse Leistungen wie Darlehen o. Ä. überhaupt noch gewähren soll. Bei der Übergabe von teuren Kollektionen oder Arbeitsgegenständen an den Arbeitnehmer ist die Arbeitgeberin gut beraten, sich dafür eine Kautions geben zu lassen. Das Gesetz sieht dafür keine Begrenzung in der Höhe vor (vgl. Art. 330 OR)¹⁹. So kann zumindest in diesen Fällen ein Prozess im Ausland vermieden werden.

5. Zusammenfassung

Das revidierte LugÜ sieht für Klagen von Arbeitnehmern im Vergleich zu Klagen des Arbeitgebers unterschiedliche Zuständigkeiten vor.

Arbeitnehmer können ihre Ansprüche wie bisher alternativ im *Sitzstaat der Arbeitgeberin* oder im Staat, wo sich der *Arbeitsort* befindet oder befand, anhängig machen. Wird die Arbeit gewöhnlich nicht am gleichen Ort verrichtet, kann die Klage vor dem Gericht der Niederlassung, die den Arbeitnehmer eingestellt hat, anhängig gemacht werden. Eine Klage am Ort der Niederlassung ist neu auch dann möglich, wenn die Arbeitgeberin in keinem Vertragsstaat Sitz hat.

Die Arbeitgeberin hat neu hingegen nur noch die Möglichkeit, Klage *im Wohnsitzstaat des Arbeitnehmers* einzureichen. Dies führt in der Praxis dazu, dass in diesen Fällen Gerichte in LugÜ-Vertragsstaaten Urteile über Ansprüche aus Schweizer Arbeitsverträgen fällen müssen. Dies scheint sachlich wenig sinnvoll, da diesen Gerichten die Kenntnis des anwendbaren Rechts und die Sachnähe fehlen. Dies wird zu erhöhten Prozesskosten und Rechtsunsicherheit führen. Umstände, welche weder im Interesse der Arbeitgeberin noch des Arbeitnehmers sind. ■

12 Vgl. Art. 31 LugÜ in Verbindung mit Art. 10 IPRG; vgl. dazu BSK-LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 127 ff. Auch die Legung eines Arrestes ist als vorsorgliche Massnahme möglich, vgl. dazu BSK-LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 102 ff.

13 Vgl. ABBO JUNKER (Fn. 9), S. 315; BSK LugÜ-MEYER/STOJILJKOVIC, Art. 20 N 5; DASSER/OBERHAMMER-MÜLLER; Lugano-Übereinkommen, Kommentar, Bern 2011, Art. 18 N 6, KROPHOLLER/VON HEIN (Fn. 10), Art. 18 EuGVO N 3.

14 Vgl. Art. 21 LugÜ.

15 Vgl. EuGH, 20.5.2010, Rs. C-111/09, česká podnikatelská pojišť'ovna, Vienna Insurance Group zum analogen Fall der Klage des Versicherers gegen den Versicherten; vgl. DASSER/OBERHAMMER-MÜLLER, (Fn. 13), Art. 18 N 9; KROPHOLLER/VON HEIN (Fn. 10), Art. 24 EuGVO, N 16; a.A. BSK LugÜ-MEYER/STOJILJKOVIC, Vorbemerkungen zu Art. 18–21 N 10 und Art. 21 N.

16 Vgl. Art. 24 und Art. 35 LugÜ. Anders als bei den Zuständigkeiten zum Verbraucherschutz ist das Urteil eines anderen als des gemäss Art. 20 LugÜ zuständigen Gerichts kein Hindernis für die Vollstreckung des Urteils. Kritisch dazu SCHWANDER, EuZ 2010, Das revidierte Lugano-Übereinkommen, S. 135.

17 Gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO muss die gleiche Verfahrensart gegeben sein.

18 KROPHOLLER/VON HEIN (Fn. 10), Art. 21 EuGVO N 1; DASSER/OBERHAMMER-MÜLLER (Fn. 13), Art. 20 N 4.

19 Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 6. Auflage 2006, Art. 330 N 4.

Beda Meyer Löhner*

Nutzung und Ausnutzung der Aussagepsychologie im Strafrecht

Stichworte: Anwaltsstrategie, Aussagepsychologie, Aussageverhalten, Befragungstechniken, Ergänzungsfragen

1. Das Ausgangskonzept

Ergänzungsfragen stellen: Ja oder Nein? Wenn ja, welche? Dies sind Kardinalfragen eines jeden Strafrechtlers. Auch aus den Erkenntnissen der Aussagepsychologie lassen sich keine Patentrezepte beziehungsweise -antworten ableiten.¹

Allerdings könnte die Anwaltschaft die Aussagepsychologie zuweilen gezielt zum Nutzen ihrer Klientschaft als Entscheidungshilfe einsetzen. Methodikbedingt sind dabei die folgenden zwei Konstellationen auseinanderzuhalten:

Die Aussagepsychologie differenziert generell zwischen Zeugen, Auskunftspersonen und unschuldigen Beschuldigten auf der einen Seite und schuldigen Beschuldigten auf der anderen. Diese beiden Gruppen verlangen jeweils ein anderes Vorgehen.²

Bei Zeugen, Auskunftspersonen und Beschuldigten, die ein Alibi vorbringen, wird das geschulte Gericht anhand der Realkennzeichen³ prüfen, ob die Betreffenden ihre Aussagen gemacht haben könnten, ohne sie tatsächlich erlebt zu haben (kriterienorientierte Aussageanalyse).⁴ Realkennzeichen deuten mithin auf den Erlebnisgehalt einer Aussage hin.⁵ Die Aufgabe der Anwaltschaft besteht folglich darin, die Realkennzeichen in den Aussagen der Klientschaft zu mehren. Möglich ist dies durch Aufklärungsarbeit mit der Klientschaft und durch Ergänzungsfragen in der Einvernahme (Ziff. 2.1. und 3.1. unten).

Bei Beschuldigten wird das Gericht hingegen keine Prüfung der Realkennzeichen durchführen; diese Methode ist Zeugen, Auskunftspersonen und der Prüfung von Alibis von Beschuldigten vorbehalten. Vielmehr wird es die Aussagen der Beschuldigten auf Logik und Konsistenz prüfen. Bereits in der Untersuchung wird sodann nach verwertbarem Material geforscht, etwa mittels Adaptionen der Forensic Assessment Interview Technique (FAINT) oder der Scientific Content Analysis (SCAN).⁶

2. Das Klientengespräch

2.1. Privatk Kläger und unschuldige Beschuldigte

2.1.1. Förderung der Aussagequalität

Als Parteivertreter gilt es, die Klientschaft derart zu informieren, dass sie in der Lage ist, eine qualitativ hochwertige Aussage zu machen. Meiner Klientschaft empfehle ich etwa Folgendes:

Berichten Sie Ihre Geschichte vom Anfang bis zum Ende, wobei Sie auch Zeitsprünge machen können. Sagen Sie detailreich aus. Berichtigen Sie von sich aus, falls Ihnen noch etwas einfällt oder wenn Sie etwas falsch ausgesagt haben. Dinge, die geschehen sind, die Sie aber nicht verstanden haben, versuchen Sie zu beschreiben. Seien Sie selbstkritisch und entlasten Sie auch mal den Täter, wenn es angebracht ist.⁷ Wenn Sie sich selber hingegen als makellos präsentieren wollen, schadet dies Ihrer Glaubhaftigkeit mehr als es nützt. Ebenso sollten Sie es vermeiden, den Beschuldigten oder gegnerischen Zeugen unnötig abzuwerten, um deren Glaubwürdigkeit zu untergraben; dies fällt meist auf Sie zurück.⁸

2.1.2. Ressourcen der Klientschaft

Die Orientierung meiner Klientschaft über die Realkennzeichen zur Erhöhung ihrer Glaubhaftigkeit bleibt leider oftmals beim Versuch, weil die Ressourcen der Klientschaft sehr unterschiedlich

* Lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

1 Der vorliegende Beitrag fusst auf meinem Referat an der Weiterbildungsveranstaltung der Universität St. Gallen «Zwischen Wahrheit und Lüge. Aussagepsychologie für RichterInnen, GerichtsschreiberInnen, UntersuchungsrichterInnen und AnwältInnen». Bei der Überarbeitung des Beitrags hat mich BLaw Anja Martina Binder massgeblich unterstützt.

2 Im vorliegenden Beitrag gehe ich von Idealtypen aus, wie etwa dem Schuldigen, der lügen muss, wenn er den Mund aufmacht, und dem Unschuldigen, der nichts zu verbergen hat und sich widerspruchsfrei erinnert. Die Idealtypen erlauben die Bildung von grundsätzlichen Thesen respektive Empfehlungen, welche indes nur begrenzt auf die mannigfaltigen Mischformen, wie sie in der Realität vorkommen, anwendbar sind. Für die Realität ist eine Adaption nötig, welche den Rahmen des vorliegenden Beitrages deutlich sprengen würde und damit der Leserschaft überlassen werden muss.

3 Realkennzeichen nach Steller und Köhnken (1989) in der deutschen Fassung nach M. Steller/P. Wellershaus/T. Wolf, Realkennzeichen in Kinderaussagen: Empirische Grundlagen der kriterienorientierten Aussageanalyse, Zeitschrift für experimentelle und angewandte Psychologie 1992, S. 153.

4 a. V.: Max Steller/Renate Volbert, Die Begutachtung der Glaubhaftigkeit, in: Klaus Foerster/Ulrich Venzlaff (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung – ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 4. Aufl., München 2004, S. 69 f.

5 Ferrari, Erkenntnisse aus der Aussagepsychologie, Plädoyer 2009, S. 37.

6 Nathan J. Gordon/William L. Fleisher, Effective Interviewing & Interrogation Techniques, San Diego 2002. Die Dissertation von Nathan J. Gordon (Validation of the Forensic Assessment Interview Technique, Diss., University of South Africa, 2004) findet sich im Volltext im Internet unter: <http://uir.unisa.ac.za/bitstream/10500/1784/2/01dissertation.pdf>, insbes. S. 38–53 und S. 110–114 (letztmals besucht am 5. Dezember 2011).

7 Vgl. etwa Ferrari (Fn. 5), S. 35 f.

8 Susanna Niehaus, Begutachtung der Glaubhaftigkeit von Kinderaussagen, FamPra 2010, S. 330 m.H.; Rechtsauskunft Anwaltskollektiv, Strafuntersuchung – was tun?, 4. Aufl., Zürich 2011, S. 86 f.

sind. So erlebe ich eine spezielle Situation zuweilen mit Opfern, insbesondere von sexuellen Übergriffen in der Kindheit, welche lange zurückliegen und stark traumatisierend sind.⁹

Einem solchen Opfer teile ich die Realkennzeichen ebenso mit, auch wenn es sich nicht genau an die Tat erinnern kann oder will. Ich dränge es aber nicht zur Aussage und minimiere den Druck, welcher vom Opfer detaillierte Aussagen fordert, damit die Täterschaft zur Rechenschaft gezogen wird. Insbesondere betone ich die Realkennzeichen, welche trotz Vorliegen von Erinnerungslücken erfüllt werden können: Das Opfer darf gemäss den Realkennzeichen gerade auch Erinnerungslücken eingestehen, sich selber belasten und hinterfragen und die eigene Gefühlswelt darlegen. Es darf selbstkritisch sein und Unwissen offenlegen.¹⁰

Im Klientengespräch befrage ich das Opfer sodann meist nur kurz zur Sache, damit es seine Geschichte möglichst selten erzählen muss. Bekanntlich besteht doch bei Opfern eine erhebliche Gefahr der Retraumatisierung.¹¹

Generell ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass Traumatisierung intellektueller Instruktion im Weg steht: Die Aufklärung setzt einen empfänglichen Klienten voraus. Auch bei Personen, die sehr wenig geistige Ressourcen haben oder bei denen unüberwindbare sprachliche Barrieren bestehen, ist meiner Erfahrung nach ratsam, gänzlich auf aussagepsychologische Informationen zu verzichten, da diese mehr Verwirrung stiften.

2.1.3 Unschuldige Beschuldigte im Speziellen

Unschuldige Beschuldigte dürfen ermutigt werden, einlässlich auszusagen, ansonsten sie sich den Weg zum Justizirrtum gar selber pflügen könnten. Achtung: Auch (in der Hauptsache) unschuldige Beschuldigte haben nach meiner Erfahrung – unter anderem wegen der massiven Drucksituation eines Strafverfahrens – die Tendenz Geschichten zu schönen. Sie verschweigen eigenes moralisch verwerfliches Verhalten oder negieren kleinere Delinquenzen. Beispielsweise bestreitet ein Beschuldigter einen Seitensprung, der aber aus den Akten offenkundig hervorgeht. Oder ein fälschlicherweise der Vergewaltigung Beschuldigter negiert eine nachweisbare sexuelle Belästigung. Das ist fatal. Lassen sich (mit Hilfe der Aussagepsychologie) diese Lügen nachweisen, unterminiert dies tendenziell die ganze Glaubhaftigkeit der Aussagen. Mit dem Volksmund: Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht, auch wenn er dann die Wahrheit spricht. Traut man als Verteidiger einem unschuldig Beschuldigten nicht zu, dass er nüchtern eine Aussage deponieren kann, dürfte bisweilen auch da Aussageverweigerung die bessere Strategie sein.

9 NIEHAUS (Fn. 8), S. 332.

10 NIEHAUS (Fn. 8), S. 330 f.

11 Vertiefend: REVITAL LUDEWIG, Opferhilfepsychologie – Psychische Reaktion auf Traumata und Bedürfnisse von Traumatisierten, in: Ehrenzeller/Guy-Ecabert/André Kuhn (Hrsg.), Das revidierte Opferhilfegesetz, Zürich/St. Gallen 2009, S. 147 ff.

2.2 Schuldige Beschuldigte

2.2.1 Lügen haben kurze Beine

Für schuldige Beschuldigte mündet der Nutzen der Aussagepsychologie meines Erachtens in einer Erkenntnis, die bei einigen Strafverteidigern Widerspruch hervorrufen mag:

Die Aussagepsychologie lehrt mich, dass Aussageverweigerung oder Geständnis die wirksamsten Verteidigungsstrategien sind, wenn die Klientschaft die ihr vorgeworfene Tat begangen hat. Die Erkenntnisse der Aussagepsychologie zeigen, dass die Lüge – als Alternative zur Aussageverweigerung oder zum Geständnis – einer ausgebauten Prüfung kaum standhält. Wenige Menschen sind in der Lage, in einem Strafverfahren glaubhaft zu lügen, da dies ein kognitiv anstrengender und anspruchsvoller Prozess ist.¹² Der erfahrene Strafverteidiger Valentin Landmann hält vereinfacht aber zutreffend fest, «dass Lügen ein Gedächtnis wie ein Computer braucht».¹³ Auch nach meiner Erfahrung verfangen sich Beschuldigte gar oft in Widersprüchen oder realitätsfremden Schilderungen, kommen bei konfrontativen Fragen zum Tathergang in Erklärungsnotstand oder flüchten sich in Erinnerungslücken. Setzen Untersuchende sodann die Methoden SCAN und FAINT ein, so ist die Gefahr gross, dass sie den Unschuldigen, der die Wahrheit ans Licht bringen will, nicht vom Schuldigen, der die Wahrheit verheimlicht, unterscheiden können.¹⁴

Die beste Verteidigungsstrategie ist bei der schuldigen Klientschaft folglich, die Aussage gänzlich zu verweigern, oder aber ein Geständnis abzulegen. In dieser Erkenntnis liegt meines Erachtens der eigentliche Nutzen der Aussagepsychologie.

Die Ausnutzung der Aussagepsychologie würde hingegen darin bestehen, die mutmasslich schuldige Klientschaft derart aufzuklären, dass sie sich unschuldig verhalten kann. Dazu müsste sie sich einlässlich mit den vorgenannten psychologischen Methoden SCAN und FAINT auseinandersetzen. Sie müsste deren Fragenkataloge studieren und kooperative, starke Antworten vorbereiten.¹⁵ Hierzu könnte ferner die Methode des kognitiven Interviews eingesetzt werden.¹⁶ Im kognitiven Interview werden die Befragten dazu aufgefordert, das Geschehen nicht chronologisch, sondern in einer anderen Reihenfolge zu berichten. Ich persönlich stehe der erfolgreichen Durchführung aber sehr skeptisch gegenüber, nicht zuletzt angesichts der häufig begrenzten Res-

12 STELLER/VOLBERT (Fn. 4), S. 697.

13 Tages-Anzeiger vom 13. März 2010, S. 12.

14 DAPHNA TAVOR, Aussagepsychologie einmal anders – der «Lügendetektor», in: Marianne Heer/Christian Schöbi (Hrsg.), Gericht und Expertise. Schriften für Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter, SWR/Band 6, Bern 2005, S. 167 f.; NATHAN J. GORDON/WILLIAM L. FLEISHER, Effective Interviewing & Interrogation Techniques, San Diego 2002. Die Dissertation von Nathan J. Gordon (Validation of the Forensic Assessment Interview Technique, Diss., University of South Africa, 2004) findet sich im Volltext im Internet unter: <http://uir.unisa.ac.za/bitstream/10500/1784/2/01dissertation.pdf>, insbes. S. 38–53 und S. 110–114 (letztmals besucht am 5. Dezember 2011).

15 Vgl. GORDON/FLEISHER (Fn. 14), S. 110–114.

16 Vgl. etwa: R. E. GEISELMAN/R. P. FISHER, The cognitive interview: An innovative technique for questioning witnesses of crime, Journal of Police and Criminal Psychology, Oktober 1998, Vol. 4, No. 2.

sources der Klientschaft,¹⁷ sodass ich eine solche Verteidigungsstrategie kaum empfehlen kann.¹⁸

2.2.2. Der Drang zum Geständnis

Schuldigen fällt es schwer, die Aussage zu verweigern, sie bedürfen diesbezüglich einer deutlichen Aufklärung. Meine Klientschaft berate ich etwa wie folgt:

Sie haben das Recht, alle Aussagen zu verweigern. Dies bedeutet, dass Sie keine Aussagen machen. Sie antworten auf Fragen einzig mit: «Ich mache keine Aussage». Ein «Ja» oder ein «Nein», ein «ich weiss nicht mehr» ist bereits eine Aussage inhaltlicher Art, die später gegen Sie verwendet werden kann.¹⁹ Unterschätzen Sie die Kraft nicht, die Sie brauchen, um die Aussageverweigerung durchzuziehen. Und schätzen Sie den Druck der Behörde nicht falsch ein; er ist oft nicht auf den ersten Blick erkennbar. Vielmals handeln Polizisten und die Staatsanwaltschaft subtil, freundlich und höflich – und nicht etwa grob.

3. Die Befragung – Ergänzungsfragen: Ja oder Nein?

Die Kardinalsfrage in der Einvernahmesituation lautet, soll ich Ergänzungsfragen stellen, wenn ich die Antwort nicht kenne? Die Lehrbuchantwort auf diese Frage ist einfach: auf keinen Fall, ausser man weiss mit Sicherheit, was die Antwort ist.²⁰ Die Aussagepsychologie sagt meines Erachtens differenzierter: Es kommt darauf an.

Erstens kommt es darauf an, ob die einvernommene Person die Wahrheit sagt oder lügt. Zweitens darauf, ob es für uns dienlich ist, dass man der Person glaubt oder nicht, ob sie uns also freundlich oder unfreundlich gesonnen ist.²¹ Drittens darauf, ob die Person entweder als Privatklägerschaft oder aber als Beschuldigte befragt wird. Aus aussagepsychologischer Sicht irrelevant ist hingegen, ob man selbst als Verteidiger oder Rechtsbeistand der Privatklägerschaft im Verfahren beteiligt ist.

3.1. Zeugen und Auskunftspersonen

3.1.1. Unfreundliche, erlebnisbasierte Aussage

Die befragte Auskunftsperson oder Zeugin ist mir unfreundlich gesinnt. Ich vermute sodann, dass diese die Wahrheit sagt. Folglich stelle ich keine Ergänzungsfragen zum Kerngeschehen, andernfalls ich meiner Klientschaft einen Bärendienst leiste. Die Erkenntnisse der Aussagepsychologie gehen dahin, dass bei tatsächlich Erlebtem Konstanz bezüglich des Kerngeschehens zu er-

warten ist²² und somit durch das Stellen von Ergänzungsfragen die Realkennzeichen höchstwahrscheinlich gemehrt werden. Gerade auch bei Widersprüchen ist die Gefahr zu gross, dass diese durch die Nachfrage geklärt werden und am Ende des Strafverfahrens die Aussage nicht mehr wegen «unlösbarer Widersprüche» in Zweifel gezogen werden kann.²³

Zwar ist in diesem Fall ein Schulbubentrick möglich: das Stellen von Fragen, bei deren Antworten die Aussagepsychologie keine Konstanz erwartet.²⁴ Zum einen ist Inkonstanz bei internen Prozessen denkbar (eigenes Motiv, Schmerzempfindung etc.), zum anderen bei Schätzungen und bei Aussagen zu wenig bedeutsamer Details sowie zum Wortlaut und bisweilen auch zum Sinngehalt unwesentlicher Gespräche. Der Parteivertreter kann bei diesbezüglichen Ergänzungsfragen auf Widersprüche hoffen. Diese Strategie kann aber nur erfolgreich sein, wenn das Gericht keine aussagepsychologischen Kenntnisse hat, was zwar derzeit noch ab und an der Fall sein dürfte,²⁵ in näherer Zukunft aber wohl Geschichte sein wird – daher meine Bezeichnung «Schulbubentrick» mit dem Prädikat «nicht empfehlenswert».

3.1.2. Unfreundliche, nicht erlebnisbasierte Aussage

Spannend ist die folgende Konstellation: Die Aussage der einvernommenen Person ist für meine Klientschaft ungünstig, ich glaube aber, dass sie lügt. Hier gilt es, so lange Ergänzungsfragen zu stellen, bis genügend Material vorhanden ist, das eine substantiierte Aussagewürdigung zulässt (Mehrung der Realkennzeichen). Solange man sich sicher ist, dass die befragte Person lügt, drängen sich hartnäckig genaue Fragen zum Kerngeschehen ebenso wie zu Details auf.²⁶

Sodann gilt es, während der Einvernahme selektiv Protokollnotizen zum Aussageverhalten zu beantragen. Zögerliches Aussageverhalten, lange Pausen und die Notwendigkeit von Nachfragen durch den Einvernehmenden können die Glaubhaftigkeit schmälern. Nicht ins Protokoll gehören hingegen Emotionen, ausser sie widersprechen dem Gesagten deutlich, etwa wenn der Beschuldigte seine Mitleidsbekundung an die geschädigte Person mit einem abschätzigen Gesichtsausdruck begleitet oder ironisch lacht.²⁷

3.1.3. Freundliche, nicht erlebnisbasierte Aussage

Zeugen oder Auskunftspersonen, deren Aussage für meine Klientschaft positiv ist, sind selbstredend keine Ergänzungsfragen zu stellen, wenn ich davon ausgehe, dass sie lügen. Zu gross ist

17 Vgl. Ziff. 2.1.2.

18 Die (a-)moralische Komponente und Fragen der rechtlichen (Un-)Zulässigkeit eines solchen Vorgehens bleiben im vorliegenden Beitrag ausgeklammert.

19 Vgl. auch Rechtsauskunft Anwaltskollektiv, S. 73 f.

20 Ausführlicher: PETER HAFTER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 1950.

21 HAFTER (Fn. 20), Rz. 1993 ff.

22 STELLER/VOLBERT (Fn. 4), S. 703.

23 HAFTER (Fn. 20), Rz. 1979 f.

24 FERRARI (Fn. 5), S. 47.

25 So auch FERRARI (Fn. 5), S. 37 f.

26 STELLER/VOLBERT (Fn. 4), S. 703, neben Handlungsablauf z.B. unmittelbar beteiligte Handlungspartner, Örtlichkeit des Geschehens, Fortbewegungsart, handlungsrelevante Gegenstände, Lichtverhältnisse oder Körperpositionen bei der Haupthandlung, sofern es sich um körpernahe Handlungen handelt.

27 FERRARI (Fn. 5), S. 35 und Ziff. 3.1.4. sowie GABRIELE JANSEN, Zeugen und Aussagepsychologie, Praxis der Strafverteidigung, Bd. 29, 2. Aufl., 2011, S. 127–132.

die Gefahr, dass die Qualität der für uns positiven Aussage geschmälert wird.

Der wagemutige (oder verzweifelte) Parteivertreter kann auch hier auf einen Schulbubentrick setzen, indem er auf die Protokollierung von für seine Klientschaft günstigen Emotionen sowie Mimik und Gestik besteht. Gehen doch Laien etwa bei einem weinenden Opfer eher davon aus, dass es die Wahrheit sagt. Jedoch setzen Lügner ihre Emotionen zuweilen als strategische Signale ein, sodass Emotionen aussagepsychologisch kritisch zu werten sind.²⁸

3.1.4. Freundliche, erlebnisbasierte Aussage

Freundliche Personen, welche die Wahrheit sagen, dürfen zum Kerngeschehen detailliert befragt werden. Im Endresultat muss genügend Material für eine fundierte Beurteilung der Realkennzeichen vorliegen. Die Fragen, die es – eben nötigenfalls durch den Parteivertreter – zu stellen gilt, ergeben sich direkt aus den Realkennzeichen.²⁹

Einschränkungen bestehen aber auch hier: Fragen zu Nebenhandlungen, Zahlen etc. sind tabu. Die Gefahr von Inkonsistenz ist selbst bei erlebnisbasierten Aussagen zu gross.³⁰ Ausserdem sind der Zeitablauf, die kognitiven Fähigkeiten und allfällige Traumatisierungen der Person zu berücksichtigen und gebieten ggf. Zurückhaltung.³¹

Entscheidend ist in jedem Fall, dass das, was gesagt wurde, auch so protokolliert wird. Wenn Zweifel an der Protokollierungsweise bestehen, sollte man sich den Passus bereits während der Einvernahme vorlesen lassen und nötigenfalls darauf bestehen, dass genauer protokolliert wird. Dies gilt auch für Protokollnotizen zu Mimik und Gestik. Solche Vermerke haben nach meiner Erfahrung oft durchschlagende Wirkung.³² Falls sich der Einvernehmende weigern sollte, ist eine Protokollnotiz über die Weigerung am Platz. Die bisherige Protokollierungspraxis in verschiedenen Kantonen divergierte bekanntlich erheblich. Es ist darauf zu hoffen, dass die geltende Strafprozessordnung hier tatsächlich eine Einheit stiftet. Erste Erfahrungen zeigen aber, dass nach wie vor beträchtliche Unterschiede bestehen.

3.2. Beschuldigte

Nun zur Befragung von Beschuldigten, welche anders befragt werden, und deren Aussage auch anders bewertet wird (keine Realkennzeichenprüfung ausser bei Alibis).

3.2.1. Unfreundliche, erlebnisbasierte Aussage

Ist die Aussage eines Beschuldigten oder Mitbeschuldigten für meine Klientschaft negativ und habe ich den Eindruck, dass dieser Erlebnisbasiertes berichtet, so enthalte ich mich meist jeglicher Ergänzungsfragen. Unbesehen vom moralischen Dilemma

würde die Qualität der Aussage des Beschuldigten aller Voraussicht nach erhöht.

3.2.2. Unfreundliche, nicht erlebnisbasierte Aussage

Der mir unfreundlich gesinnte, lügende Beschuldigte oder Mitbeschuldigte – und zuweilen der schweigende Beschuldigte – sind oftmals die grösste Herausforderung. In Analogie zu unfreundlichen, lügenden Zeugen sind Ergänzungsfragen angezeigt. Hier fokussiere ich mich aber nicht nur auf das Kerngeschehen mit der Hoffnung, widersprüchliche Aussagen zu erhalten, die ich gegen den Beschuldigten verwenden kann. Es stehen vielmehr auch die Fragenkataloge der Methoden FAINT und SCAN zur Verfügung.³³ Beide Methoden bedürfen indes einer situativen Anpassung an die Einvernahme sowie an das zuweilen enge strafprozessuale «Befragungskorsett».³⁴ Im Übrigen gehören zögerliches Aussageverhalten, lange Pausen und die Notwendigkeit von Nachfragen durch den Einvernehmenden in das Protokoll.³⁵

3.2.3. Freundliche, nicht erlebnisbasierte Aussage

Bei schuldigen Klienten oder Mitbeschuldigten, die nicht Erlebnisbasiertes oder gar nichts berichten, wird grundsätzlich von Ergänzungsfragen abzusehen sein. Zu gross ist das Risiko, dass die beschuldigte Klientschaft sich selber den Weg zu einer Verurteilung ebnet.³⁶

3.2.4. Freundliche, erlebnisbasierte Aussage

Gehe ich demgegenüber davon aus, dass die freundliche Täterschaft – sei es meine Klientschaft oder ein Mitbeschuldiger – unschuldig ist, so liegt es auf der Hand, detaillierte Ergänzungsfragen zu stellen, wenn die Untersuchungsbehörden die Einvernahme zu kurz gehalten oder der Befragte wortkarg geantwortet hat. Die vermeintliche Täterschaft soll die Gelegenheit haben, ihre Geschichte so offen und ausführlich als möglich zu erzählen. Als Hilfestellung verweise ich abermals auf die Methoden SCAN und FAINT sowie auch auf die Realkennzeichen.³⁷ Eine Beschuldigtenaussage, die mit Realkennzeichen angereichert ist, ist glaubhafter als ein kurzes, summarisches Statement.³⁸ Fragen zu Nebenhandlungen, Zahlen etc. sind jedoch tabu. Die Gefahr von Inkonsistenz ist selbst bei erlebnisbasierten Aussagen zu gross.³⁹ Ausserdem sind der Zeitablauf, die kognitiven Fähigkeiten und mutmassliche Beschönigungstendenzen der Klientschaft zu berücksichtigen und gebieten allenfalls Zurückhaltung.⁴⁰

28 Vgl. zum Ganzen: FERRARI (Fn. 5), S. 34 f. sowie JANSEN (Fn. 27), S. 127–132 und Ziff. 3.1.3. oben.

29 Siehe Ziff. 2.1.1. und 3.1.2. oben sowie JANSEN (Fn. 27), S. 104–127.

30 FERRARI (Fn. 5), S. 47 und Ziff. 3.1.1. oben.

31 Zum Erinnerungsvermögen: HAFTER (Fn. 20), Rz. 1909 ff.

32 So auch FERRARI (Fn. 5), S. 34, vgl. aber Ziff. 3.1.3. oben.

33 Vgl.: <http://uir.unisa.ac.za/bitstream/10500/17842/01/dissertation.pdf>, S. 38–53 und S. 110–114 (letztmals besucht am 5. Dezember 2011).

34 Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Methoden würde den vorliegenden Rahmen sprengen.

35 FERRARI (Fn. 5), S. 35 und Ziff. 3.1.4. oben.

36 Vgl. Ziff. 2.2.1. oben.

37 Vgl.: <http://uir.unisa.ac.za/bitstream/10500/17842/01/dissertation.pdf>, S. 38–53 und S. 110–114 (letztmals besucht am 5. Dezember 2011).

38 Siehe Ziff. 2.1.1. und 3.1.2. oben.

39 Vgl. Ziff. 3.1.1. oben.

40 Vgl. sinngemäss Ziff. 2.1. oben.

Entscheidend ist auch hier ein exaktes Protokoll. Dies gilt ebenfalls für Protokollnotizen zu Mimik und Gestik während der Einvernahme.⁴¹

3.3. Tabellarische Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich das bisher Gesagte in folgenden Tabellen zusammenfassen:

3.3.1. Ergänzungsfragen bei Zeugen und Auskunftspersonen

	Unfreundlich	Freundlich
Erlebt	-	+ Kerngeschehen / Realkennzeichen
Nicht erlebt	+ Kerngeschehen / Realkennzeichen	-

3.3.2. Ergänzungsfragen bei Beschuldigten

	Unfreundlich	Freundlich
Erlebt	-	+ SCAN / FAINT
Nicht erlebt	+ SCAN / FAINT	-

4. Exkurs: der Umgang mit der Wahrheit

Voraussetzung für den klientenorientierten Einsatz der Aussagepsychologie ist, dass ich weiss, wer lügt und wer die Wahrheit spricht. Der Suche nach der Wahrheit vorgeschoben ist die Frage, ob ich die Wahrheit überhaupt wissen will. Hierzu ein Beispiel aus meiner Praxis:

Zu Beginn meiner Anwaltskarriere führte ich ein Erstgespräch mit einem neuen Klienten. Der Klient hatte eine Vorladung der Staatsanwaltschaft zu einer Einvernahme mit dem Betreff «Sexuelle Handlungen mit Kindern» erhalten. Ich fragte den Klienten, was die Behörden gegen ihn in der Hand haben könnten. Dieser gestand ein, pädophil veranlagt zu sein. Er erzählte mir von einer mehrjährigen, jedoch zehn Jahre zurückliegenden, sexuellen Beziehung mit einem Minderjährigen. Er pflege aber seit mehreren Jahren sexuelle Beziehungen mit Minderjährigen im Ausland. Es war sodann klar, dass der Klient diese Kontakte weiter verfolgen wollte. Tatsächlich betraf die Einvernahme den ersten Fall. Die Chancen für meinen Klienten, straflos zu bleiben,

standen gut – die Sache war lange her, es gab keine objektiven Beweismittel, nur die Aussage des Opfers.

Ich selber stand vor einem klassischen Moraldilemma: Ich wollte meinem Klienten gegenüber loyal sein und hielt das Prinzip hoch, dass jeder Mensch ein Recht auf Verteidigung hat. Andererseits wusste ich, dass ich nicht der Gerechtigkeit diene und meinen Klienten gegen meine Überzeugung vertreten würde, was mein Engagement beeinträchtigt hätte. Ich stellte mir vor, wie ich einem Schuldigen, der noch weitere erhebliche Delikte begangen hatte und weitere begehen würde, zum Freispruch verhülfe. Ich entschied, das Mandat niederzulegen und war mir nicht mehr sicher, ob ich in Zukunft die Wahrheit noch würde wissen wollen.⁴²

Zu meinem Glück hat sich diese Fallkonstellation als unüblich erwiesen. Zumal ich oft selbst nach Abschluss eines Falles nicht weiss, was tatsächlich vorgefallen ist. Wenn ich schliesslich die Wahrheit zu kennen glaube und ich auf der Seite «des Guten» stehe, ist die Vertretung umso erfreulicher:

Später vertrat ich einen Mann, der von seiner ehemaligen Partnerin wegen häuslicher Gewalt angezeigt worden war. Er bestritt die Vorwürfe vollumfänglich. Ich kam – zugegeben entgegen meiner Erfahrung bei Fällen häuslicher Gewalt – zum Schluss, dass mir mein Klient die Wahrheit sagte, blieb er doch stets detailliert, zeigte Gefühle, beteuerte seine Unschuld konkret und blieb entspannt und zuversichtlich. Entsprechend ging ich davon aus, dass die Anzeigerstatterin lügt. Ich stellte ihr bei der Einvernahme viele Ergänzungsfragen, insbesondere zum Kerngeschehen, zwang sie, örtlich und zeitlich exakte und detaillierte Aussagen zu machen – oder eben nicht. Ich verlängerte die Einvernahme, welche die Staatsanwältin kurz gehalten hatte, durch meine Fragen derart, dass die Realkennzeichen nunmehr überprüft werden konnten. Die Anzeigerstatterin verstrickte sich zunehmend in eklatante Widersprüche. Das Verfahren gegen meinen Klienten wurde in der Folge eingestellt.

Die Kenntnis der Wahrheit ist für mich als Rechtsanwalt folglich ein zweischneidiges Schwert, das erhebliche Moraldilemmata mit sich bringen und der Klientschaft damit schaden kann. Wohl auch deswegen plädiert der Strafverteidiger Daniel Vischer dafür: «Die Wahrheit will ich gar nicht wissen».⁴³ Ich halte im Regelfall die Kenntnis der Wahrheit demgegenüber für vorteilhaft, da sie für meine Strategie entscheidend ist.

5. Das Plädoyer

In taktischer Hinsicht kann ich bezüglich des Plädoyers nur empfehlen, die Realkennzeichen selektiv im Interesse der Klientschaft einzusetzen, da diese nicht mathematisch zu addieren, sondern in einem Zusammenhang zu sehen sind.⁴⁴ Erfahrungsgemäss scheinen mir aber ohnehin eklatante Widersprüche oder unrealis-

41 Vgl. Ziff. 3.1.4. oben.

42 Weiterführend dazu: Bernhard Ehrenzeller/Revital Ludewig-Kedmi (Hrsg.), Moraldilemmata von Richtern und Rechtsanwälten, St. Gallen/Lachen 2006.

43 In: BRUNO GLAUS/KARL LÜÖND, LÄUFER, Mietmaul, König, Anwälte an der Schnittstelle von Recht und Macht, Zürich 2005, S. 287 ff.

44 FERRARI (Fn. 5), S. 37.

tische Schilderungen in Aussagen am nachhaltigsten auf das Gericht zu wirken, während detaillierte Würdigungen der Aussagen zuweilen weniger Gehör finden. Manchmal beschleicht mich das Gefühl, dass die Erfolgsaussichten am grössten sind, wenn man

sich auf einige markige Punkte beschränkt. Ein gutes Plädoyer berücksichtigt daher zwar Erkenntnisse der Aussagepsychologie, gleicht diese aber mit den rhetorischen Anforderungen eines mündlichen Vortrags ab. ■

Andrea Schafer*

«Durchklick» – Elektronischer Rechtsverkehr (ERV): von der Vision zum Durchbruch? – Der Ball liegt bei den Behörden

Stichworte: Durchklick, elektronischer Rechtsverkehr (ERV), Tagung für Informatik und Recht

Seit dem seinerzeitigen Startschuss – es ist mittlerweile über 10 Jahre her – zum dazumal noch visionären, aber letztlich gescheiterten, weil viel zu isoliert auf die höchste Instanz ausgerichteten Pilotversuch JusLink hat sich die Umgebung des elektronischen Rechtsverkehrs wesentlich verändert.

Internet bestimmt den Geschäftsalltag. Mit der SuisseID ist die elektronische Identifikation und Unterschrift Wirklichkeit geworden: Über 2 500 Anwältinnen und Anwälte haben sich mit elektronischen Zertifikaten ausgerüstet. Der gesetzliche Anstoss zum elektronischen Rechtsverkehr ist mit den beiden nationalen Prozessordnungen erfolgt.

Generell: Der elektronische Rechtsverkehr findet heute eine ganz andere Basis und ein ganz anderes Verständnis, als dies noch vor 10 Jahren der Fall war.

Trotzdem: Der Durchbruch zum elektronischen Rechtsverkehr hat noch nicht stattgefunden. Was sind die Gründe und wo sind die Hebel anzusetzen, damit die Schweizer Anwaltschaft ähnlich wie die dazumal gekränkte Skination Schweiz nicht weiter neidvoll zu ihrem Pendant im Nachbarland Österreich hinaufblicken muss?

Dieser Frage sind anlässlich einer vom SAV in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Justiz (BJ), dem Verein eJustice und der Universität Bern organisierten Tagung für Informatik und Recht vom 8. Dezember 2011 in Bern sämtliche Protagonisten des elektronischen Rechtsverkehrs aus Anwaltschaft, Bund und Kantonen nachgegangen.

Der Elektronische Rechtsverkehr (ERV) in Österreich

Die der versammelten Schweizer Rechtspflege von hohen Vertretern der österreichischen Justiz vorgelegten Ergebnisse und Erfahrungszahlen aus Österreich sind wahrlich beeindruckend:

- Die papierlose, elektronische Kommunikation zwischen den Parteien und deren Vertretern mit Gerichten und Staatsanwaltschaften und umgekehrt zum Zweck der Übermittlung von strukturierten und nicht strukturierten Eingaben und Erledigungen ist flächendeckend über alle Instanzen umgesetzt und beschränkt sich heute im Unterschied zu den Anfängen nicht allein mehr auf Inkassogeschäfte.
- Der ERV ist die wichtigste elektronische Schnittstelle der Justiz und unterstützt Gerichtsverfahren in bewährter Weise.
- Im Jahr 2010 wurden 11 Millionen Transaktionen getätigt, das sind rund 13 500 Eingaben und 25 000 Erledigungen täglich.

- Die Vorteile des ERV – schnell, kostengünstig, qualitätssteigernd, sicher und zuverlässig – sind sowohl auf Seiten der Rechtsanwälte als auch bei der Justiz gegeben.
- Rechtsanwälte und Justiz reduzieren Portokosten gleichermaßen. Direktzustellungen zwischen den Rechtsanwältinnen sind schon seit längerem elektronisch umgesetzt. Die Justiz bleibt mit 26 Millionen Euro im Jahr – wenige Jahre zuvor noch mit 35 Millionen Euro – noch immer grösster Portozahler des Bundes. Dank dem ERV konnten die Portokosten der Justiz aber um jährlich 9 Millionen Euro gesenkt werden.
- Der Umfang der am ERV Teilnehmenden hat sich mit über 10 000 Anwendern über den Kreis der Rechtsanwältinnen und Notare, die seit 1. Juli 2007 dazu verpflichtet wurden, erweitert. Seit dem 1. Oktober 2011 sind auch die Banken und Versicherungen dazu verpflichtet, und voraussichtlich per 1. Juli 2012 werden die gesetzlichen Sozialversicherungsträger in den dazu verpflichteten Kreis der Teilnehmer aufgenommen.

Im Ergebnis ist der ERV als bei allen Beteiligten akzeptierte Anwendung aus der Justiz nicht mehr wegzudenken.

SAV-Postulate

Im Wissen um diese Erfolgsgeschichte hat der SAV im Vorfeld der Tagung das österreichische Modell vor Ort eingehend studiert und wichtige Erkenntnisse mit in die Schweiz nehmen können. Beeindruckt hat ihn allem voran der von Effizienz und Kostenersparnis getriebene Wille sämtlicher Justizbeteiligten, trotz ähnlich föderativem Aufbau den ERV national umzusetzen.¹

Die Erkenntnisse aus dieser Studienreise und deren Verarbeitung haben den SAV dazu bewogen, zu Beginn der Tagung folgende Postulate zu formulieren:

1. Vorgaben auf Bundesstufe für die elektronische Archivführung in den Kantonen (Rahmengesetz). Es hat sich bei der Umsetzung des elektronischen Rechtsverkehrs gezeigt, dass die Vorschriften für die Archivführung in den meisten Kantonen angepasst werden müssen. Die geltende Situation hat zur Folge, dass bei den kantonalen Stellen fast durchwegs der Medienbruch stattfindet. Hier müsste der Bund nun rasch Rahmenvorschriften erlassen. Aus Sicht der vom BJ beauftragten Experten ist der Bund aufgrund der neuen Prozessordnungen dazu ermächtigt.

* Juristische Mitarbeiterin SAV.

¹ Vgl. dazu ebenfalls GEORGES CHANSON, Elektronischer Rechtsverkehr – Blick über die Grenze nach Österreich, Anwaltsrevue 11–12/2011, S. 488 ff.

2. Koordinierte Schnittstellen schaffen, mittels Schnittstellenbeschreibung, gültig für alle am ERV Beteiligten (Bund).
3. Strukturierte Datenübermittlung im XML-Format mittels Verordnung entsprechend voraussetzen (Bund).
4. Parallel dazu an gesetzlicher Verpflichtung zur elektronischen Eingabe und Entgegennahme arbeiten (Anwälte/Behörden/Gerichte).
5. Insbesondere propagiert der SAV eine zentrale elektronische Aktenführung, deren Trägerschaft noch zu definieren ist – Bund, Konkordat oder kombinierte Trägerschaft. Eine solche zentrale Aktenführung als Herz des elektronischen Rechtsverkehrs soll allen Gerichten, Anwälten und Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit geben, alle wichtigen Dokumente aus laufenden Verfahren zentral abzulegen und über Zugriffsberechtigungen abrufen zu können.

Für den ERV zentral ist somit eine nationale elektronische Aktenführung, welche in der Schweiz ebenfalls anzustreben sein wird und organisatorisch ähnlich aufgebaut sein soll wie das künftige Anwaltsregister (vgl. dazu den Artikel von Ernst Staehelin in dieser Ausgabe der Anwaltsrevue zum Entwurf eines Schweizerischen Anwaltsgesetzes auf S. 68). Gemeint: Der Bund stellt das technische Vehikel zur Verfügung und definiert die Schnittstellen sowie das Format, und die Kantone behalten die Hoheit über die gelieferten Inhalte. So gesehen wird der Eingriff in kantonale Kompetenzen an einem sehr kleinen Ort sein und sich auf technische Vorgaben beschränken. Nach Auffassung des SAV wird die Frage des Eingriffs in die Organisationsfreiheit in diesem Zusammenhang überbewertet. Es macht keinen Sinn, den Föderalismus auf die Spitze zu treiben, wenn es darum geht, die Kommunikation im Rechtsverkehr effizienter zu gestalten und zu verbilligen. Alle Beteiligten profitieren davon.

Die Bemühungen des SAV werden daher darauf fokussiert sein, den Bund zu motivieren und politisch zu unterstützen, gesetzliche Grundlagen zu schaffen, die diesen legitimiert, zweckgerichtete Massnahmen vorzubereiten, die technischen Gefässe bereitzustellen und diese mindestens teilweise zu finanzieren. Eine Investition, welche durch gesteigerte Effizienz und Portoeinsparungen rasch wettgemacht werden könnte (vgl. Österreich). Welcher Kanton könnte unter diesen Gegebenheiten nicht bereit sein, mitzutun?

Und tatsächlich: Die von René Rall, Generalsekretär SAV, in seiner Begrüssungsrede postulierten Stossrichtungen wurden am Schluss dieser Tagung für Informatik und Recht von allen Beteiligten unterstützt, und die Vertreter des BJ fühlten sich nicht zuletzt durch die verschiedenen Referate aus allen Lagern sowie dem guten Beispiel Österreichs vor Augen angespornt und ermutigt, die nötigen Arbeiten in Angriff zu nehmen.

Die Ziele der Tagung, alle Beteiligten des Elektronischen Rechtsverkehrs (ERV) an einen Tisch zu bringen, gemeinsam eine Auslegeordnung über den Status Quo des ERV zu erstellen und hier rasch die gesetzgeberischen Massnahmen zu prüfen, damit dieser in naher Zukunft umgesetzt werden kann, nicht zuletzt mit einem Seitenblick nach Österreich, wurden damit erreicht.

Highlights der Tagung

Georges Chanson, Rechtsanwalt aus Zürich und Mitglied der SAV-Technologiegruppe, hat in seinem Referat die Sicht der Anwaltschaft dargelegt. Er hat von seinen Erfahrungen mit dem ERV gesprochen und in anschaulicher Art und Weise von den zahlreichen Vorteilen berichtet. Die SuisseID auf seinem Mitgliederausweis benutzt er mehrmals pro Woche und er ist überzeugt davon, dass die Anwaltschaft von einem funktionierenden ERV nur profitieren kann. Nebst finanziellen (mit reduziertem Briefverkehr und weniger Portokosten) und zeitlichen Einsparungen fügt er auch berufspolitische Überlegungen an. Er gibt zu bedenken, dass gerade bei den Anwälten das Bedürfnis nach vertraulicher Kommunikation vor dem Hintergrund des Anwaltsgeheimnisses enorm hoch sein müsste. Aber auch er räumt ein, dass in seinem Geschäftsalltag noch Vieles papierlastig ist. Dies nicht nur, weil Gerichte in Zürich, v.a. auf dem Land, elektronische Eingaben nur widerwillig entgegennehmen, sondern oftmals auch mangels elektronischer Signatur bei den Adressaten seiner Korrespondenz. Noch viel zu wenig Anwälte und Klienten sind mit einer elektronischen Signatur ausgerüstet, sodass beim Austausch vieler Dokumente schlussendlich wieder ein Medienbruch stattfindet. Um die Zahl der elektronischen Signaturen und Teilnehmer des ERV zu erhöhen, plädiert Georges Chanson dafür, dass die Hürden möglichst tief gehalten werden, sodass der Einstieg in den ERV kein komplizierter ist. Zudem unterstützt er die Forderungen des SAV, u.a. diejenige nach einer zentralen elektronischen Aktenführung, wo elektronische Dokumente in laufenden, aber auch abgeschlossenen Verfahren abgelegt und von den am Verfahren Beteiligten mittels Zugangsberechtigungen eingesehen werden können.

Die Gerichte auf der anderen Seite beklagen den Mehraufwand infolge Trägerwandels – elektronische Eingaben benötigen zuallererst eine Validation mit Signatur und werden dann vom Gericht zusammen mit einem Validationsbericht ausgedruckt, in Papierform weiterverarbeitet und schliesslich archiviert. Viele Gerichte scheuen diesen Aufwand und sind deshalb für die elektronische Eingabe noch gar nicht gerüstet – ganz zu schweigen vom elektronischen Gegenverkehr.

Und selbst Martin Bauer, Stv. Generalsekretär des Kantonsgerichtes St. Gallen, und Sandrine Di Paolo, Secrétaire générale du pouvoir judiciaire aus Neuchâtel, welche beide als Vertreter derjenigen Gerichte auftraten, die sich bereits für den ERV gerüstet haben, mussten anfügen, dass eine starke Zunahme elektronischer Eingaben zum jetzigen Zeitpunkt infolge Führung sogenannter Hybriddossiers einen enormen Mehraufwand generieren würde. Es wurde aber auch konstatiert, dass derzeit erst wenig Eingaben zu bewältigen sind. Optimierungspotenzial sehen sie vor allem im automatischen Datenimport mittels strukturiertem Datenformat und in einer zentralen elektronischen Aktenführung. Es kann nicht sein, dass der ERV sich auf die Eingabe von PDFs beschränkt, deren Stammdaten dann wieder mühevoll von Hand und unter dem Risiko von Eingabefehlern eingetippt werden müssen. Erst wenn diese Bedingungen erfüllt sind, bringt der ERV auch bei den Gerichten den angestrebten Nutzen.

Beim abschliessenden Podiumsgespräch – mit Vertretern aus allen Lagern – war man sich einig, dass der elektronische Behördenverkehr die Zukunft bestimmen wird. Diskutiert wurde über das Wann und Wie. Man kam zum Schluss, dass es essenziell wichtig ist, bestehende Hürden rasch abzubauen und nicht Barrieren zu suchen. Adrian Rufener, Rechtsanwalt aus St. Gallen, plädierte dafür, die Scheuklappen zu entfernen und miteinander zu sprechen. Er regte an, mehr solcher Treffen durchzuführen. Es könne nicht sein, dass alle in ihrer Küche ihre eigene Suppe kochen, noch dazu mit Zutaten, die jeder einzeln beschafft. Mit Synergien spart man viel Geld und Zeit. Roman Staub, Gerichtsverwalter Obergericht des Kantons Solothurn, war der Meinung, dass erst ein gesetzlicher Zwang den nötigen Wandel herbeiführen werde. Denn nur mit diesem Zwang würden auch die nötigen Mittel gesprochen, die die Gerichte für die Umstellung dringend benötigen.

Dem ERV wurde mit der Tagung Aufwind verliehen. Dieser Schwung soll nun genutzt werden, dass dieser möglichst bald zum Fliegen kommt. Der SAV wird den Bund somit weiterhin motivieren und politisch unterstützen, die erwähnten gesetzlichen Grundlagen zu schaffen, die diesen legitimiert, zweckgerichtete Massnahmen vorzubereiten, die technischen Gefässe bereitzustellen und diese mindestens teilweise zu finanzieren.

Mit dem Erwerb von 2500 Anwaltsausweisen hat die Anwaltschaft ein wichtiges Signal gesetzt. Eine Aufforderung an die Behörden, den Ball aufzunehmen!

Alle Unterlagen und Referate zu dieser Tagung über den elektronischen Rechtsverkehr in der Schweiz sind unter www.rechtsinformatik.ch zu finden. ■

Andrea Schafer*

«Clic informatique» – Communication électronique avec les autorités (CEA): percée en vue? La balle est dans le camp des autorités

Mots clés: Clic informatique, communication électronique avec les autorités (CEA), Journée d'informatique juridique

Depuis le lancement du projet pilote JusLink – il y a maintenant plus de dix ans –, concept visionnaire mais qui a finalement échoué en raison de son caractère isolé et trop axé sur le TF, l'environnement de la CEA s'est profondément modifié.

Internet a sa place dans les tâches quotidiennes d'un avocat. Avec la SuisseID, l'identification et la signature électroniques sont devenues une réalité: il y a aujourd'hui plus de 2500 avocats équipés d'un certificat électronique. Les deux nouveaux codes de procédure ont par ailleurs donné une impulsion légale à la CEA.

Bref, une décennie plus tard, la CEA repose désormais sur une base et une compréhension totalement différentes.

Ceci dit, comment expliquer qu'il n'y ait pas encore eu de véritable percée de la CEA en Suisse et quelles sont les démarches à effectuer pour que les avocats suisses ne jalouent plus leurs confrères d'Autriche, là où la CEA est un véritable succès (un peu comme lorsque la Suisse, nation du ski par excellence, convoitait chacune des prouesses autrichiennes)?

Ces quelques questions ont été traitées lors de la Journée d'informatique juridique qui s'est tenue à Berne le 8 décembre 2011. Organisée par la FSA en collaboration avec l'Office fédéral de la justice (OFJ), l'Association suisse pour le développement de l'informatique juridique (www.ejustice.ch) et l'Université de Berne, la Journée a permis de réunir autour d'une même table

les principaux «protagonistes CEA» (avocats, Confédération et cantons).

La CEA en Autriche

Nos compatriotes ont été réellement impressionnés par le nombre d'expériences et de résultats positifs rapportés par les Autrichiens:

- La communication électronique entre les parties, leurs avocats, les tribunaux et les ministères publics permet de transmettre, dans les deux sens et sans papier, des actes dans un format informatique aussi bien structuré (données xml) que non structuré (fichiers pdf). En Autriche, toutes les instances ont mis en place une CEA complète et ne la réservent plus, par opposition au début, aux seules procédures de poursuite.
- La CEA est la plateforme électronique la plus importante de la justice autrichienne et assure des procédures judiciaires parfaitement fiables.
- En 2010, 11 millions de transactions ont été effectuées, ce qui représente 13 500 actes et 25 000 communications électroniques par jour.
- Tant les avocats que le pouvoir judiciaire bénéficient des avantages de la CEA (rapidité, économie des coûts, meilleure qualité, sûreté et fiabilité).

* Collaboratrice juridique de la FSA.

- A chaque fois que les avocats et la justice communiquent via CEA, leurs frais de port respectifs en sont d'autant réduits. Les envois directs entre avocats se font d'ailleurs depuis longtemps par voie électronique. Même si la justice reste toujours le plus grand payeur public de frais postaux, ces derniers se montent aujourd'hui à EUR 26 000 000 (vs. EUR 35 000 000 il y a quelques années, d'où une économie annuelle de EUR 9 000 000 grâce à la CEA).
- En marge des avocats et notaires qui sont tenus d'utiliser la CEA depuis le 1^{er} juillet 2007 lorsqu'ils communiquent avec les tribunaux, le nombre d'utilisateurs n'a cessé de croître, puisqu'il dépasse aujourd'hui les 10 000. Depuis le 1^{er} octobre 2011, les banques et les assurances sont elles aussi astreintes à la CEA, alors que les assurances sociales le seront dès le 1^{er} juillet 2012.

Tous ces éléments montrent que la CEA constitue dorénavant une évidence pour l'ensemble des personnes concernées par la justice.

Revendications de la FSA

Consciente du succès de la CEA autrichienne et pour bien comprendre les éléments dont pourrait s'inspirer la Suisse, une délégation de la FSA s'est rendue sur place durant la phase préparatoire de la Journée d'informatique juridique. La FSA a surtout été impressionnée par la volonté de toutes les personnes concernées par la justice à devenir encore plus efficaces, tout en économisant du temps et de l'argent, et à disposer d'une CEA nationale en dépit d'une structure fédéraliste similaire à la nôtre.¹

Les résultats de cette visite en Autriche et leur transposition à notre pays ont incité la FSA à formuler, au début de cette Journée d'informatique juridique, les revendications suivantes:

Création de directives fédérales, sous la forme d'une loi-cadre, permettant de mettre en place un archivage électronique dans les cantons. La mise en œuvre de la CEA a montré que les directives pour l'archivage électronique devaient être adaptées dans la plupart des cantons. La situation actuelle entraîne presque systématiquement une media discontinuity («on doit tout de même imprimer les documents après les avoir reçus électroniquement»). La Confédération devrait ainsi édicter rapidement des directives-cadres. Du point de vue des experts mandatés par l'OFJ et à la lumière des nouveaux codes de procédure, la Confédération est compétente en la matière.

1. Création par la Confédération de plateformes coordonnées soumises à un algorithme unique applicable à toutes les personnes et autorités concernées par la CEA.
2. Création d'une ordonnance fédérale sur le transfert des données dans le langage structuré xml.
3. Parallèlement, instauration d'une obligation légale de déposer/recevoir les actes électroniquement (avocats/autorités/tribunaux).

¹ Cf. également GEORGES CHANSON, Quelques observations sur la communication électronique en Autriche, *Revue de l'avocat* 11–12/2011, p. 490 ss.

4. Enfin et surtout, création d'un registre centralisé des dossiers, dont les organismes responsables sont encore à définir (Confédération, concordat ou responsabilité partagée). Une telle plateforme doit être au cœur de la CEA et permettre à tous les tribunaux, avocats et parties liées à la procédure, de déposer de façon centralisée tous les documents importants des procédures en cours et d'y accéder au moyen d'un système d'autorisations.

Pour le bon fonctionnement de la CEA, il est en effet cardinal de créer un tel registre centralisé des actes, avec une organisation semblable à celle du futur registre des avocats (cf. à ce sujet l'article de M^e Ernst Staehelin dans la présente édition de la *Revue de l'avocat* à page 68 au sujet du projet de loi fédérale sur la profession d'avocat). En d'autres termes, la Confédération met à disposition les moyens techniques en définissant les plateformes et leur format, alors que les cantons conservent leur souveraineté sur le contenu livré. L'empiètement dans la souveraineté cantonale demeure ainsi mineur et se limite à des directives techniques. Pour la FSA, le fédéralisme ne doit pas être poussé à l'extrême et il n'y a pas d'entrave à la liberté d'organisation des cantons s'il s'agit de rendre la CEA plus efficace et moins coûteuse. Toutes les personnes concernées pourront en profiter.

La FSA s'efforcera donc de motiver la Confédération et de lui apporter son soutien politique afin qu'elle puisse créer les bases légales. Ces dernières lui permettront de prendre les mesures nécessaires, mettre à disposition les moyens techniques et les financer, à tout le moins partiellement. Un investissement qui pourra d'ailleurs être rapidement compensé par une efficacité accrue et des économies de frais de port (à l'instar de ce qui se passe en Autriche). Dans ces circonstances, quel canton ne serait pas disposé à collaborer à ce projet?

D'ailleurs, à l'issue de la Journée d'informatique juridique, les incitations et demandes formulées dans le discours de bienvenue de René Rall, secrétaire général de la FSA, ont trouvé l'aval de tous les participants. Enfin, les représentants de l'OFJ, au regard des différents exposés et du bon exemple de l'Autriche, ont eu l'esprit inspiré et ont été encouragés à effectuer les travaux y relatifs.

Il découle de ce qui précède que les buts de cette Journée d'informatique juridique ont été pleinement atteints: celle-ci a permis de réunir toutes les personnes concernées par la CEA autour d'une même table, d'établir ensemble un bilan sur l'état actuel de la CEA en Suisse et d'examiner succinctement les mesures législatives à prendre pour une mise en œuvre rapide, le tout à lumière de la CEA autrichienne.

Résumé des temps forts de la Journée d'informatique juridique

Lors de son exposé, M^e Georges Chanson, avocat à Zurich et membre du groupe technologique FSA, a examiné la CEA sous l'angle des avocats. Il a évoqué ses expériences en montrant concrètement quels étaient les nombreux avantages de la CEA.

M^e Chanson utilise la SuisseID qui figure sur sa carte de membre FSA plusieurs fois par semaine en étant persuadé que les avocats ne peuvent que profiter d'une CEA opérationnelle. En plus du gain de temps et des économies financières (réduction de la correspondance papier et moins de frais postaux), M^e Chanson se réfère également à des considérations de politique professionnelle. Il souligne que, dans le contexte du secret professionnel de l'avocat, la confidentialité de la correspondance devrait répondre à un besoin marqué de notre profession. M^e Chanson admet toutefois qu'il y a encore beaucoup de papier dans les affaires qu'il traite tous les jours. Non seulement parce que les tribunaux de son canton, en particulier dans les zones rurales, n'acceptent qu'à contrecœur les actes déposés électroniquement, mais aussi parce que les destinataires de sa correspondance n'ont souvent pas de signature électronique. Il y a en effet encore beaucoup trop peu d'avocats et de clients équipés d'une signature électronique, avec pour conséquence, lorsque de nombreux documents sont échangés, une *media discontinuity*. Pour augmenter le nombre de signatures électroniques et d'utilisateurs CEA, M^e Chanson plaide pour que l'on maintienne au plus bas les obstacles afin de faciliter l'accès à la communication électronique. En outre, il soutient les revendications de la FSA, notamment celle d'un registre centralisé où les documents électroniques pourront être déposés et consultés par les personnes ayant reçu les autorisations d'accès, et ce tant pour les procédures en cours que celles dont la clôture a déjà été prononcée.

Du côté des tribunaux, ceux-ci se plaignent du surcroît de travail découlant des changements de support de données: la signature électronique des actes électroniques doit tout d'abord être validée; ces actes sont alors imprimés par le tribunal avec un rapport de validation; le dossier est ensuite traité en format papier pour finalement être archivé sous cette même forme. De nombreux tribunaux redoutent de devoir faire ces efforts supplémentaires, avec pour corollaire qu'ils ne s'équipent pas pour recevoir/envoyer des documents électroniques.

A ce sujet, Martin Bauer, suppléant du secrétaire général du tribunal cantonal de St-Gall, de même que Sandrine Di Paolo, secrétaire générale du pouvoir judiciaire à Neuchâtel, qui ont tous deux représenté des tribunaux déjà équipés pour la CEA, ont ajouté qu'une forte augmentation des actes électroniques entraînerait un énorme surcroît de travail, et ce en raison du caractère

actuellement hybride des dossiers. Il a également été constaté qu'il n'y avait pas encore eu beaucoup d'actes électroniques. En revanche, ils considèrent qu'il existe bel et bien un potentiel dans l'importation automatique de données en langage xml structuré, ainsi que dans la mise en place d'un registre électronique centralisé. Il n'est tout simplement pas envisageable que la CEA se limite aux fichiers pdf dont les données de base doivent ensuite être recopiées laborieusement à la main, sans mentionner le risque évident d'erreurs dans la saisie. Ce n'est que lorsque ces conditions seront remplies que les tribunaux pourront bénéficier des avantages que tous attendent de la CEA.

Lors du débat qui a clos la Journée d'informatique juridique – toujours avec des représentants de tous les cercles –, les participants ont tous été d'accord pour dire que la CEA aura sa place dans l'avenir. La discussion a donc surtout porté sur le moment et la manière, avec pour conclusion qu'il était extrêmement important de supprimer rapidement les obstacles résiduels et d'éviter de créer de nouvelles barrières. M^e Adrian Rufener, avocat à St-Gall, a invité les uns aux autres à enlever leurs œillères et à communiquer, notamment en multipliant les rencontres du type de cette journée. Pour reprendre la formule de M^e Chanson, les «ingrédients» sont bien là et il convient maintenant de collaborer pour les mettre en œuvre. Une bonne synergie permet en effet d'économiser du temps et de l'argent. Roman Staub, administrateur du Tribunal cantonal de Soleure, pense qu'une obligation légale est nécessaire pour faire basculer les choses. Ce n'est que moyennant une pression juridique que les tribunaux ressentiront le besoin urgent de s'adapter à la CEA.

La Journée d'informatique juridique a donné un nouvel élan à la CEA. Cette prise de conscience devrait inciter à une mise en œuvre rapide. Comme mentionné, la FSA continuera à motiver la Confédération et à lui apporter son soutien politique afin de créer les bases légales précitées qui la légitimeront dans ses démarches, notamment pour la préparation et le financement des moyens techniques, à tout le moins partiellement.

Avec l'achat de 2 500 cartes de membre FSA incluant la SuisseID, les avocats suisses ont fait passer un message fort. Il appartient désormais aux autorités de saisir la balle au bond!

Vous trouverez tous les documents et exposés de cette Journée d'informatique juridique consacrée à la CEA en Suisse sous www.rechtsinformatik.ch. ■

Vincent Jeanneret*

La naissance à Genève de l'Ecole d'Avocature

Stichworte: Ecole, Avocature, brevet d'avocat, enseignement universitaire, accès à la profession

Dans ce bref article l'on décrira brièvement la genèse de l'école d'avocature, et le bilan intermédiaire qui peut en être dressé après un an d'existence.

I. Pourquoi l'Ecole d'Avocature «ECAV»?

En 2004, le Conseil de l'Ordre des Avocats de Genève lança une réflexion sur la nécessaire adaptation de l'accès à la profession d'avocat, soit essentiellement du cursus de l'avocat stagiaire, en prenant en compte la prochaine entrée en vigueur du système dit de Bologne, entraînant un allongement des études de droit pour tous ceux qui allaient suivre Bachelor et Master, laquelle appelait également une modification de l'art. 7 LLCA.

Très vite un groupe de travail commun (deux membres du Conseil de l'OdA et deux professeurs de la faculté de droit de l'université de Genève) proposa de passablement bousculer l'ancien système qui montrait des signaux d'essoufflement et de se montrer innovant, à l'instar de ce qui se pratiquait déjà dans plusieurs pays voisins.

Il s'agissait d'intercaler entre les études universitaires et le stage d'avocat un semestre d'enseignement pratique permettant d'opérer à son terme une sélection et de mieux préparer les universitaires à affronter les exigences pratiques du stage. Simultanément, l'on permettrait aux maîtres de stage de disposer d'avocats stagiaires mieux formés et concrètement à même de se frotter au monde d'une étude d'avocats. Il était en effet tiré le constat que le stage d'avocat était devenu très disparate et paraissait de manière très inégale les avocats stagiaires à affronter un examen final de brevet difficile et sanctionnant fort tard toute éventuelle inaptitude à l'exercice de la profession.

Le besoin d'un socle de formation commune aux avocats stagiaires et d'un examen éliminatoire initial s'est donc fait sentir, de même que la modification de l'examen final, post stage.

II. Un institut universitaire

Les autorités politiques genevoises ont très bien accueilli le projet, au point que, chose rarissime voire quasi inédite, l'ensemble des partis politiques a voté la création de l'ECAV. La Loi sur la Profession d'Avocat a été modifiée, ramenant la durée du stage (alors de 24 mois) à un minimum de 18 mois, et créant l'ECAV, en tant qu'institut universitaire rattaché à la Faculté de droit.

Le Conseil de direction de l'ECAV est composé de deux professeurs, de deux avocats, d'un magistrat représentant le pouvoir ju-

diciaire et de représentants du Département de l'Instruction Publique (DIP) et du Département de la Sécurité de la Police et de l'Environnement (DSPE).

Le Conseil de direction dispose d'une certaine latitude pour fixer le programme d'enseignement et organiser les examens. Il sélectionne les enseignants qui sont ensuite proposés pour approbation au Collège des professeurs de la Faculté de droit. Il valide les résultats d'examen.

L'ECAV est placée sous la responsabilité opérationnelle d'un directeur.

Pour simplifier son fonctionnement, l'on a créé un bureau du Conseil, composé du Président (un professeur de la Faculté), d'un vice-Président (un avocat) et du directeur de l'ECAV.

Une taxe d'inscription de CHF 3500.-, y compris les taxes universitaires, est encaissée dans les trente jours suivant l'acceptation de l'inscription. Dans certains cas exceptionnels, le Conseil de direction peut – totalement ou partiellement – exonérer l'étudiant de la taxe.

III. Un programme de cours ambitieux

Le programme de l'ECAV se veut dense et ambitieux.

Il consiste tout d'abord en quatre cours de procédure¹ soit:

- la procédure civile;
- la procédure pénale;
- la procédure administrative;
- les juridictions fédérales.

En outre, l'on compte un enseignement spécifique consacré au droit de l'avocat (réglementaire et déontologique)².

En marge de ces cinq enseignements de deux heures par semaine dispensés par des professeurs de la faculté de droit, sont organisés des ateliers sur 13 semaines. Ils sont dispensés simultanément par plusieurs enseignants (magistrats et avocats ayant la fonction de chargés d'enseignement) dans les domaines suivants:

- rédaction d'actes juridiques;
- négociation et modes alternatifs de gestion des conflits;
- rédaction d'actes judiciaires de première instance;
- audiences;
- actes judiciaires auprès des instances supérieures;
- expression orale.

Au total l'enseignement dispensé à l'ECAV correspond à 20 crédits ECTS.

* Avocat, associé de l'étude Schellenberg Wittmer, membre du Conseil de direction de l'ECAV.

1 Ces cours sont assurés par les Professeurs François Bellanger, Nicolas Jeandin et Bernhard Sträuli.

2 Ce cours est assuré par le Professeur Benoît Chappuis.

Les enseignements sont dispensés en fin de journée (du lundi au vendredi), un jour entre midi et deux heures et le samedi matin. En synthèse, préparation des cours comprise, cela représente environ au moins un mi-temps.

IV. Un attachement à rester proche de la pratique du barreau

Les ateliers se veulent très proches de la pratique. Ils permettent aux étudiants de mieux comprendre le fonctionnement du monde judiciaire, les rapports entre avocats, entre le client et l'avocat, et entre l'avocat et le juge ou l'autorité. Tous les ateliers sont fondés sur des cas pratiques tirés de cas concrets. La participation active des étudiants est attendue, ce qui nécessite une préparation intense avant chaque atelier. Le programme détaillé, les cas pratiques et les éventuelles solutions sont transmis aux étudiants par Internet.

Pour l'atelier consacré à l'expression orale, l'on demande à chaque candidat de choisir un arrêt récemment publié et de le présenter dans un temps donné. La prestation de chaque candidat est jugée tant sur la forme que sur le fond. Elle compte comme examen oral.

V. Des examens après l'ECAV et après le stage d'avocat

Le système se veut volontairement éliminatoire le plus tôt possible, afin d'éviter qu'au terme d'un parcours de presque huit ans l'on ne découvre subitement que l'on ne peut devenir avocat. Il n'exclut évidemment pas que des candidats puissent réussir cet examen intermédiaire puis échouer à l'examen final. Ils devraient toutefois être peu nombreux dans ce cas.

Les examens sanctionnant la formation approfondie interviennent au sortir de l'ECAV, à l'occasion de deux sessions, en juin et en septembre. Chaque candidat doit donc immédiatement présenter ces examens dès la fin des cours. S'il échoue à la première session, il dispose d'une deuxième chance en septembre. Un deuxième échec est définitif et barre la route au stage d'avocat, respectivement à l'obtention d'un brevet d'avocat, à Genève.

L'examen approfondi compte deux épreuves écrites, un QCM, un examen oral portant sur la matière étudiée en ateliers et l'examen d'expression orale déjà mentionné.

L'examen final se déroule, au terme du stage, au moins cinq fois par an. Il consiste en une séance d'examen d'une journée qui mélange oral et écrit. Dans le cadre de sa préparation, le candidat dispose d'un accès électronique à toute la législation fédérale et cantonale ainsi qu'à la jurisprudence. En cas d'échec, le candidat peut représenter cet examen deux fois.

En pratique 296 candidats se sont présentés à l'examen approfondi de la première volée de l'ECAV. 263 ont réussi l'examen, ce qui représente sur deux sessions un taux d'échec de 11,15 %, soit approximativement le même pourcentage d'échec définitif de l'ancienne commission d'examen du brevet de fin de stage.

Il est encore prématuré de présenter des statistiques relatives à l'examen final.

VI. Un bilan provisoire

Un bilan provisoire est certainement prématuré. D'une manière générale, la première année d'enseignement s'est révélée assez miraculeuse, le Conseil d'Etat ayant attendu fin décembre 2009 pour décider d'adopter le règlement de la Loi sur la Profession d'Avocat, ce qui revenait au démarrage de l'ECAV en février 2010. Le bon déroulement de la première volée, lancée avec encore fort peu de préparation, est essentiellement dû aux quatre professeurs en charge des enseignements principaux et en particulier au Président de l'ECAV, M. François Bellanger, lequel s'est montré omniprésent et pluri-compétent.

Le nombre des étudiants de la première volée en 2011 (soit exactement 315 étudiants, dont 296 se sont présentés à l'examen approfondi) a montré le succès rencontré, alors qu'il s'agissait d'une année transitoire entre l'ancien et le nouveau régime, et que nombre de candidats avaient déjà commencé leur stage d'avocats. Le nombre d'étudiants admis en 2012 montre que les prévisions (l'on attendait entre 150 et 200 étudiants) sont une nouvelle fois dépassées, 297 candidats ayant été admis. A noter qu'environ un cinquième de ces étudiants provient en 2012 d'autres Facultés de droit que celle de Genève, ce qui tendrait à démontrer que ce nouveau cursus semble assez attractif, en particulier en Suisse romande.

VII. Conclusion

L'augmentation inexorable du nombre d'étudiants et de praticiens a amené à considérer que l'ancienne formule du stage d'avocats était, vu notamment la taille du barreau genevois, quelque peu dépassée. Si le stage est et doit rester un moment privilégié de formation, il se doit d'être précédé d'une formation pratique uniforme au cours de laquelle l'étudiant en droit se mue progressivement en futur avocat stagiaire.

L'ECAV est désormais en charge de régir toute la période du stage d'avocat. Le législateur genevois lui a d'ailleurs donné la compétence de procéder à la sélection intermédiaire (examen approfondi) et finale, en lieu et place de l'ancienne Commission d'examens, alors placée sous l'égide du DSPE.

L'ECAV se fonde tout d'abord sur quatre piliers, soit quatre professeurs ordinaires. Elle a en outre recruté dans le barreau et la magistrature 40 chargés d'enseignement qui cherchent à assurer la transmission de leur savoir aux futurs ténors du barreau, dans des ateliers.

Les examens, qui doivent nécessairement permettre d'opérer une sélection aussi juste que possible, ne doivent plus uniquement viser à tester des connaissances juridiques théoriques. Ils doivent aussi devenir un test d'aptitude. Les candidats seront sélectionnés non seulement sur leur savoir juridique, mais en fonction de leurs qualités propres – lesquelles comprennent l'expression orale et écrite – en vue de les préparer à exercer une profession de plus en plus exigeante et éprouvante, dans laquelle la compétition est devenue une donnée de base, ce qui ne fut pas toujours le cas. ■

Alex Biedermann*, Joëlle Vuille** et Franco Taroni***

Conclusions catégoriques dans les expertises forensiques: obstacles insurmontables ou cibles faciles pour la défense?

Mots clés: Expertise forensique, opinion d'expert, questions d'expertise, valeur de l'hypothèse, valeur de l'indice.

L'expert forensique est mandaté par la justice pour apporter à celle-ci son aide dans l'appréciation d'un indice technique ou scientifique. Théoriquement, son rôle est donc clairement délimité. Dans la pratique, toutefois, il n'est pas rare que des experts, spontanément ou après y avoir été poussés par les juristes qui lisent leur rapport ou les interrogent en audience, adoptent une position catégorique quant aux hypothèses en jeu dans une affaire pénale, c'est-à-dire quant aux circonstances ayant présidé à la création des indices observés, et non plus uniquement en évaluant les indices eux-mêmes. Cela constitue une violation de la loi ainsi que des règles de la logique, mais est rarement relevé par l'autorité ou par les parties qui y auraient intérêt. L'objet de la présente contribution est d'exposer cette problématique et d'explicitier en quoi elle représente un défi majeur pour les juristes appelés à discuter et à apprécier les expertises forensiques.

1. Introduction

A l'occasion des festivités du centenaire de l'Institut de police scientifique de l'Université de Lausanne le 24 juin 2009, le Dr. Ian W. Evett, expert forensique mondialement réputé, commença sa présentation intitulée «*Clarity or confusion? Making expert opinions make sense*» de la manière suivante:

«Je vais parler ici d'un sujet qui me tient à cœur, qui est celui de l'interprétation des indices. Cette discipline est souvent appelée «la statistique forensique», mais il ne s'agit pas vraiment de «statistique»; il s'agit d'inférence, c'est-à-dire d'un raisonnement raisonnable face à l'incertitude.

J'ai commencé ma carrière en tant qu'expert en écritures. Je me suis rendu compte que, quand j'allais au tribunal, les acteurs auxquels j'étais confronté – des juristes, des juges – avaient souvent tendance à poser leurs questions en termes de «probabilité». Je me souviens qu'on m'avait posé cette question – c'était à la *Magistrates' Crown Court* alors que j'occupais mon poste depuis trois ou quatre ans: «Dr. Evett, considérez-vous comme étant *probable* que Joe Buggins soit

la source de l'écriture incriminée?»¹ On m'avait posé cette question et je me vois encore y répondre: «Non. – Si, oui.» Et puis je me souviens que la question suivante m'avait réellement secoué: «A quel point considérez-vous ceci comme probable? Est-ce que cela pourrait être *très probable*?» Et je m'entends encore répondre à cette question avec ce type de réponse: «Bon, oui. Cela pourrait être très probable. Je ne peux pas être sûr, mais je considère comme étant *très improbable* que le texte incriminé ait été écrit par quelqu'un d'autre.» Et j'insiste sur ces mots parce qu'ils représentent tous, de leur propre façon, des efforts visant à essayer de communiquer autour de l'incertitude. «Très probable», «ne pas pouvoir être sûr», «plus improbable». Donc, dans une seule phrase, ou deux phrases plutôt, on trouve un mélange de façons différentes d'exprimer l'incertitude; et cela est vraiment, je crois, très insatisfaisant. J'ai ressenti cela à l'époque, et c'est l'une des raisons pour lesquelles je me suis intéressé à l'étude de la théorie des probabilités.

On m'a ensuite demandé: «Dr. Evett, si vous étiez un joueur, parieriez-vous de l'argent sur cette question?» En fait, c'est une très bonne question. C'est une question très simple. Et c'est la tentative d'un juriste de résumer tout ce que j'avais bredouillé jusque-là. Je me souviens qu'on m'a posé cette question dans un autre cas, et ma réponse à cette question a été: «Oui, je parierais de l'argent.» Et immédiatement, lors du contre-interrogatoire, on m'a demandé: «Oui, Monsieur Evett, mais êtes-vous joueur?», et ma réponse fut «Non.»

Qu'est-ce que la probabilité? Nous utilisons le mot «probabilité», nous utilisons des mots comme «probable» et «improbable» dans nos conversations quotidiennes, et pourtant, c'est étonnant le peu de chose que l'on sait des probabilités. Fondamentalement, la probabilité c'est quelque chose qui décrit notre incertitude par rapport à un événement – et je parle ici du contexte pénal (...).

Ce discours introductif nous conduit directement à la question centrale abordée dans le présent article, à savoir: est-il raisonnable que l'expert se prononce sur des hypothèses fondamentales quant au déroulement des faits, au lieu de simplement se prononcer sur la valeur de l'indice qui lui est soumis?²

* Université de Lausanne, Faculté de droit et des sciences criminelles, 1015 Lausanne-Dorigny, alex.biedermann@unil.ch.

Les auteurs souhaitent remercier les D^s Williams Mazzella et Raymond Marquis pour leurs précieux commentaires lors de la rédaction de la présente contribution.

** University of California, Irvine, School of Social Ecology, Department of Criminology, Law and Society, Irvine, CA 92697, USA, jvuille@uci.edu.

*** Université de Lausanne, Faculté de droit et des sciences criminelles, 1015 Lausanne-Dorigny, franco.taroni@unil.ch.

1 Notons d'entrée que la proposition «M. Buggins est la source de l'écriture» représente l'hypothèse d'intérêt pour la cour.

2 Pour clarifier le propos, prenons l'exemple suivant: une trace de chaussure est retrouvée sur une scène de crime, et, au vu de sa position, l'on estime qu'elle pourrait être liée à la commission de l'infraction. Un suspect est arrêté, et l'on mandate un expert pour comparer la trace avec l'une des

La réponse à cette question est peu disputée dans la littérature scientifique et juridique: l'expert ne peut pas raisonnablement se prononcer sur les hypothèses elles-mêmes, il ne doit que donner une évaluation de la signification des indices à la lumière de ces hypothèses.

Il y a deux raisons principales à cela: l'une relève de la logique, l'autre du droit de procédure lui-même, et nous les exposerons plus loin (sections 3 et 4 respectivement).

Cette façon d'appréhender le problème, c'est-à-dire de refuser à l'expert le droit de se prononcer sur les hypothèses en jeu dans une affaire judiciaire, a une longue histoire. Déjà dans l'affaire Dreyfus, notamment, le mathématicien Henri Poincaré argumentait, en s'appuyant sur des règles acceptées de la pensée rationnelle, que l'expertise forensique ne permet que d'indiquer un degré de soutien envers une hypothèse par rapport à une autre hypothèse, et ne peut pas constituer une évaluation (probabiliste) de l'hypothèse elle-même – aussi longtemps qu'on ne dispose pas d'indication sur la véracité de l'hypothèse avant l'acquisition de l'information provenant de l'expertise.³ Concernant la séparation des domaines de compétences de l'expert et de la cour, un pionnier du domaine forensique, EDMOND LOCARD, notait déjà en 1940:

«Le laboratoire est devenu l'antichambre du tribunal. En faut-il conclure que le droit va évoluer de nouveau dans le sens de la preuve légale, et que l'expert va se substituer au juge pour décider provisoirement de la réalité de la faute et de la responsabilité du fauteur? Il faudrait admettre alors que la preuve indiciale est absolue et qu'elle comporte des solutions évidentes. Disons-le tout de suite: là n'est pas la vérité. L'indice doit être interprété.»⁴

L'argument selon lequel l'expert ne peut pas valablement se prononcer sur la probabilité d'une hypothèse n'a donc rien d'original. Et pourtant, l'expérience nous enseigne qu'une telle manière de s'exprimer est encore courante dans les rapports d'expertise reçus par les autorités judiciaires suisses, raison pour laquelle nous souhaitons les exposer et les expliciter ici.

Le présent article présente et discute des exemples concrets de conclusions d'expertises dans lesquels l'expert se prononce sur une hypothèse. Notre but est de mettre en évidence les limitations inhérentes à cette approche, malgré le fait qu'elle nous paraisse souvent, intuitivement, parfaitement pertinente. Par ailleurs, le fait que de telles assertions soient actuellement acceptées sans autre par les autorités et non contestées par les parties malgré leur caractère erroné suggère que (a) les représentants des parties ne remplissent pas leur rôle de façon efficace, et (b) l'apport potentiel de l'indice scientifique n'est pas apprécié correctement, avec le risque que son poids soit sous- ou surévalué. Ces considérations permettront d'argumenter en faveur d'un meilleur respect des champs d'activité respectifs des différents acteurs du système judiciaire.

3 F. TARONI/C. CHAMPOD/P. MARGOT, *Forerunners of Bayesianism in Early Forensic Science*, *Jurimetrics Journal*, 1998, p. 38, p. 183–200.

4 E. LOCARD, *L'enquête criminelle*, *Traité de criminalistique*, Tome septième, Livre VIII, Desvigne (éd.), Lyon 1940.

2. La mise en œuvre de l'expertise d'un point de vue juridique

Le rôle de l'expert est d'assister l'autorité dans l'établissement des faits lorsqu'il manque à celle-ci les connaissances nécessaires pour le faire (art. 182 CPP). L'autorité mandate l'expert après avoir consulté les parties quant au choix de l'expert et aux questions à lui soumettre (art. 184).⁵ La doctrine nous indique à ce propos que les questions d'expertise ne doivent pas être orientées, ni trop générales.⁶

Une fois les travaux d'expertise effectués, l'expert rend un rapport écrit, qui est versé au dossier (art. 187 CPP) et porté à la connaissance des parties, qui sont invitées à prendre position dans un certain délai, notamment à formuler des observations et à demander, au besoin, des clarifications ou un complément d'expertise (art. 188 et 189 CPP). La direction de la procédure peut également demander à l'expert de rapporter les résultats de son travail oralement (art. 187 CPP). Du point de vue de notre argumentation dans le présent article, peu importe que les conclusions de l'expertise soient rendues oralement ou par écrit; les mêmes questions se posent. Malheureusement, et contrairement à la pratique américaine, les propos tenus oralement au cours des audiences en Suisse ne sont pas relevés verbatim, si bien que les affirmations parfois inexacts des experts appelés à la barre passent souvent inaperçues. A l'inverse, il peut arriver que l'expert s'exprime correctement (dans son rapport ou en audience), mais que ses propos soient mal compris et déformés lors de la rédaction du jugement, si bien que, en présence d'une affirmation erronée d'un point de vue logique, l'on ne peut pas savoir si l'erreur provient de l'expert ou si elle a été introduite ultérieurement dans le dossier par la personne qui aura rédigé le jugement. Il est dès lors difficile, pour le chercheur, d'identifier le moment de la procédure posant réellement problème et d'en offrir une critique constructive.

3. L'argument logique: l'absence de connaissances des éléments du dossier

Le fait que l'expert forensique se prononce sur la véracité d'une hypothèse se heurte tout d'abord à un argument dérivé de la logique formelle. En effet, la théorie des probabilités requiert, pour se former une opinion appropriée quant à la probabilité d'une hypothèse sur la base d'un indice scientifique, de tenir compte des croyances a priori.^{7, 8} Or, n'ayant pas de connaissances des élé-

5 La loi prévoit des exceptions à cet égard, énumérées à l'art. 184 al. 3, 2^e phrase CPP; nous y reviendrons.

6 Voir par exemple A. HARDER, *Was erwartet der Psychiater vom Juristen?*, *SJZ*, 1973, p. 373–378; G. PIQUEREZ, *Traité de procédure pénale suisse*, Schulthess, Genève 2006.

7 Une croyance a priori est celle que nous avons dans la véracité d'une hypothèse avant qu'un indice relatif à cette hypothèse ne soit porté à notre connaissance. Dans l'exemple donné dans la note 2, les croyances a priori dans le fait que la chaussure du suspect a laissé la trace sur la scène de crime dépendront des autres preuves existant à charge du suspect (comme une empreinte digitale trouvée sur un rebord de fenêtre, un voisin qui déclare l'avoir vu s'enfuir, ou encore le fait qu'il avait un intérêt à la mort de la victime).

8 De manière générale, la conceptualisation probabiliste du raisonnement

ments qui constituent le dossier, l'expert ne peut pas valablement évaluer une telle probabilité a priori.⁹

Comprendre l'enjeu posé par l'utilisation d'expertises forensiques dans le procès pénal implique de s'interroger sur la notion d'incertitude inhérente à la tâche qui occupe le tribunal. L'incertitude est une condition incontournable de notre quotidien, et la recherche de la vérité dans le procès pénal n'y fait pas exception, puisqu'il s'agit d'évaluer la probabilité qu'un certain événement se soit passé il y a plus ou moins longtemps. Puisque les événements examinés dans le cadre d'un procès pénal sont toujours uniques et non répliquables, la connaissance que nous pouvons en avoir n'est toujours que partielle et imparfaite. L'exemple ci-après, rapportant la déposition d'un expert, illustre ce point:¹⁰

«Q. Lors de votre témoignage, vous avez affirmé que la distance de tir était de quarante-huit pouces. Est-ce correct?

R. Oui.

Q. Mais vous n'étiez pas dans la pièce au moment du tir litigieux, n'est-ce pas?

R. Non.

Q. Vous ne savez pas, personnellement, qui était dans la pièce, n'est-ce pas?

R. Non.

Q. Vous ne savez pas qui a tenu l'arme, n'est-ce pas?

R. Non.

Q. Et vous n'avez aucune connaissance personnelle quant à la distance à laquelle se trouvait l'arme par rapport à Monsieur Grimes lorsqu'elle s'est déchargée?

R. Non.

Q. N'est-il pas vrai que, sur la base de votre propre connaissance personnelle, vous ne savez même pas s'il y avait une arme dans cette pièce?

R. Oui.»

Cet exemple – bien que fictif – illustre le fait qu'un expert qui se montre catégorique dans ses déclarations par rapport à une hypothèse donnée (ici, la distance de tir) offre l'opportunité aux parties de l'interroger ensuite en détail sur les justifications scientifiques de sa croyance, ce qui est légitime, mais permet également à un critique scrupuleux de vider l'expertise de toute sa substance.

L'exemple donné ici se distingue de l'expérience rapportée par Evett (et reproduite dans notre introduction) dans la mesure où ce dernier se prononçait en termes de probabilités plutôt que de donner des réponses catégoriques aux questions posées; sur le fond, toutefois, les deux dépositions souffrent du même défaut, à savoir de viser directement les hypothèses que le tribunal doit

examiner plutôt que de se prononcer sur la valeur de l'indice, seule tâche pour laquelle l'expert a été mandaté. Ce faisant, l'expert dépasse clairement le rôle qui lui est assigné dans la procédure pénale, et l'autorité devrait le rappeler à l'ordre. Le problème évoqué ici se rencontre dans tous les domaines forensiques, ADN aussi bien que empreintes digitales, traces d'outils, analyse de documents, comparaison de fibres ou de résidus de tirs, causes d'une blessure, etc., mais nous l'illustrerons ici à l'aide de l'ADN: dans ce domaine, une correspondance, même partielle, au niveau des caractéristiques analytiques – à savoir un profil ADN – ne permet pas d'inférer quoi que ce soit quant à la nature du processus ou de l'événement qui a abouti au dépôt de l'ADN à l'endroit où il a été prélevé. Autrement dit, l'expert pourra se prononcer sur la valeur de la correspondance mise en lumière par les analyses, mais il ne pourra pas, à la lumière de ces seuls résultats, se déterminer quant à la chaîne d'événements qui ont eu pour conséquence que cet ADN a été déposé à tel endroit, comment il l'a été, etc. En effet, les caractéristiques couramment analysées sont parfaitement indépendantes de tels événements; elles ne représentent qu'un trait signalétique de leur source.

Un autre élément permet d'illustrer pourquoi l'expert est mal positionné pour se prononcer sur la véracité d'une hypothèse plutôt que de se focaliser sur l'évaluation de la force probante d'un indice. Pour ce faire, revenons à l'autorité, qui doit se forger une intime conviction quant à la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction par l'accusé. Pour y arriver, l'autorité prend en compte tous les éléments du dossier, et il serait arbitraire de sa part d'ignorer délibérément certains faits et de choisir de baser son appréciation sur une vision partielle des événements. Il est dès lors illogique d'exiger qu'un scientifique se prononce sur une question (hypothèse) du même type que celle qui intéresse la cour, tout en sachant que ce dernier ne dispose pas de tous les éléments du dossier.

Enfin, d'un point de vue stratégique, l'échange de questions et de réponses dans les citations précédentes montre que le scientifique peut être entièrement dominé par un interrogateur qui a recours à une série de questions dont il *sait* que les réponses de l'expert seront négatives. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'audition de l'expert se termine par une question poussée jusqu'à l'absurde (comme, dans l'exemple précédent, «N'est-il pas vrai que vous ne savez même pas s'il y avait une arme dans cette pièce?») qui force l'expert à admettre la précarité de ses connaissances quant à l'indice dont il est question.

4. L'argument juridique: la place de l'expert dans la procédure

D'un point de vue procédural ensuite, le rôle de l'expert est limité à une aide ponctuelle apportée à l'autorité et aux parties lorsqu'il leur manque des connaissances pour établir un état de fait ou apprécier ce dernier.

Il ressort de toutes les sources juridiques (qui, pour une fois, semblent unanimes) que les questions d'expertise ne doivent jamais porter sur les éléments juridiques de l'affaire, puisque ceux-

sous des conditions d'incertitude est de nos jours pratiquement universellement acceptée parmi les rares juristes qui s'intéressent à la matière (voir, par exemple, R. BENDER/A. NACK/W.-D. TREUER, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, C.H. Beck (éd.), München 2007; R. EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, Weidenfeld and Nicolson [éd.], London 1983).

9 B. ROBERTSON/G. A. VIGNAUX, *Interpreting Evidence. Evaluating Forensic Science in the Courtroom*, John Wiley & Sons (éd.), Chichester 1995; M. REDMAYNE, *Expert Evidence and Criminal Justice*, Oxford University Press (éd.), Oxford 2001.

10 E. J. IMWINKELRIED, *The Methods of Attacking Scientific Evidence*, The Michie Company (éd.), Charlottesville 1992, 11 ss (trad. libre).

ci sont de la compétence exclusive de l'autorité. Cette exigence est pourtant souvent violée dans les rapports d'expertise forensiques rendus par les spécialistes en Suisse, puisque, lorsqu'ils se prononcent sur l'hypothèse d'intérêt pour le tribunal (en concluant, par exemple «le suspect est probablement à l'origine de la trace», ou «M. X. a probablement écrit le texte incriminé»), ils se prononcent sur une question de nature juridique, et dépassent donc leur domaine de compétence.¹¹

5. Le principe de la libre appréciation des preuves: un contre-argument valable?

L'expertise est appréciée librement par l'autorité, comme tout autre mode de preuve (art. 10 al. 2 CPP). L'appréciation des preuves peut être définie comme «l'acte par lequel le juge du fond évalue la valeur démonstrative des moyens de preuve à disposition et pondère ces différents moyens de preuve afin de parvenir à une conclusion sur la réalisation – ou non – des éléments de fait pour l'application du droit pénal matériel.»¹² Comme cela apparaît dans cette citation, l'appréciation se fait en deux temps: évaluer la force probante des éléments de preuve présentés, puis en tirer des conclusions quant à la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction. L'expert ne peut assister l'autorité que pour la première étape du raisonnement, mais l'autorité est toujours seule pour tirer des conclusions juridiques. Par ailleurs, cette liberté d'appréciation implique une obligation de rationalité. En effet, les preuves recueillies doivent être évaluées selon leur fiabilité et leur véracité,¹³ et l'appréciation doit reposer sur les règles de la logique formelle, sur les lois de la pensée, sur l'expérience générale de la vie, et aussi, par le truchement des expertises, sur les règles techniques et scientifiques.¹⁴ Or, la théorie des probabilités nous enseigne que la probabilité des causes n'est pas équivalente à la probabilité des effets.¹⁵ L'autorité qui tiendrait les deux pour équivalentes violerait l'obligation de rationalité et se rendrait donc coupable d'appréciation arbitraire des faits.¹⁶ Il est donc fondamental qu'elle comprenne cette distinction et empêche l'expert d'empiéter sur son champ de compétence lorsqu'il répond aux questions d'expertise.¹⁷

Les praticiens – cela concerne toutes les parties, mais ce sont les avocats de la défense qui y ont le plus grand intérêt – ne contestent presque jamais les conclusions d'expertise lorsque celles-ci dépassent la stricte évaluation des indices et portent sur les hypothèses elles-mêmes. Ils partent du principe que l'autorité, appréciant le travail de l'expert de façon critique, reconnaîtra les limites de son rôle et ne se laissera pas dépasser par un auxiliaire un peu trop enthousiaste. Malheureusement, cela ne garantit pas que l'élément scientifique sera correctement pris en compte (dans l'hypothèse où l'autorité accorde une certaine valeur à l'indice et ne l'écarte pas totalement, auquel cas la question ne se pose pas). La raison en est que la probabilité d'une hypothèse présentée par un scientifique n'exprime pas la valeur d'un indice, mais un état de croyances après la considération de l'indice.

Il en découle que l'expert ne peut pas exprimer la probabilité qu'une hypothèse soit réalisée, car il lui manque un élément d'information: il connaît la valeur de l'indice, mais il lui manque le point de départ qui lui permettrait de savoir à quel point final cet indice devrait mener. En effet, pour pouvoir évaluer l'impact que l'indice en question devrait avoir sur l'évaluation que l'autorité fait de la probabilité d'une hypothèse dans un cas d'espèce, l'expert devrait connaître l'évaluation que l'autorité fait de la probabilité de cette hypothèse au départ, soit avant qu'on lui présente l'indice (en d'autres termes, il s'agit de l'évaluation qu'elle fait d'autres éléments du cas d'espèce, hors l'indice scientifique).¹⁸

Or, lorsqu'un expert affirme catégoriquement qu'une trace provient d'un suspect, il se prononce sur la véracité d'une hypothèse («le suspect a laissé cette trace»).¹⁹ Ce faisant, il substitue ses croyances quant à l'hypothèse de départ à celles de l'autorité, ou à celles que les parties pourraient vouloir avancer. Or, cela est d'autant moins souhaitable que, de toutes les personnes impliquées dans la procédure, l'autorité, les parties et leurs représentants, l'expert est certainement celui qui est le moins bien informé sur les circonstances du cas d'espèce et est donc le moins à même de formuler de telles croyances.

11 BENDER/NACK/TREUER, op cit. 9; PIQUEREZ, op. cit. 7.

12 J. M. VERNIORY, Commentaire de l'art. 10 CPP, in: A. KUHN/Y. JEANNERET (éd.), Commentaire romand du Code de procédure pénale, Helbing Lichtenhahn, 2011.

13 ATF 115 IV 267 consid. 1.

14 J. M. VERNIORY, La libre appréciation de la preuve pénale et ses limites, Revue pénale suisse, 2000, p. 393; J. MÜLLER, Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Strafprozess, Zurich 1992, p. 66.

15 Autrement dit, la probabilité des hypothèses («causes») n'est pas équivalente à la probabilité des indices («effets») qui les soutiennent (ou les infirment, respectivement).

16 Voir à ce propos l'analyse présentée dans J. VUILLE/F. TARONI, Le juge et les probabilités – commentaire du jugement de l'Obergericht du canton de Zurich du 19 août 2008 dans la cause *L. contre Stadtrichteramt Zürich*, Forum pénale 6, 2009, p. 365–368.

17 Pour une illustration de cette distinction, voir également C. CHAMPOD/J. VUILLE, Preuve scientifique en Europe – Admissibilité, appréciation et égalité des armes, Etude comparative sur la preuve scientifique établie pour le Bureau du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) du Conseil de l'Europe, 2010.

18 Cet argument peut être démontré mathématiquement à l'aide du théorème de Bayes; cela n'est cependant pas l'objet du présent article. Le lecteur intéressé est prié de se reporter, par exemple, aux publications suivantes: C. CHAMPOD/F. TARONI, Probabilités au procès pénal – risques et solutions, Revue pénale suisse, 1994, p. 194–219; C. AITKEN/F. TARONI, Statistics and the Evaluation of Evidence for Forensic Scientists, Wiley, 2004; F. TARONI/ C. AITKEN, Probabilités et preuves par l'ADN dans les affaires civiles et criminelles. Questions de la cour et réponses fallacieuses des experts, Revue pénale suisse, 1998, p. 291–313.

19 La question de savoir si une affirmation catégorique quant à la source de la trace est soutenable d'un point de vue logique – en comparaison à une affirmation sous forme de probabilités – ne sera pas abordée ici. Nous prenons un tel exemple car il est courant de le rencontrer dans les rapports d'expert ainsi que lors des auditions des experts devant les tribunaux, malgré le fait qu'elles impliquent, en fin de compte, d'occulter la part d'incertitude inhérente à toute entreprise scientifique (A. BIEDERMANN/S. BOZZA/F. TARONI, Decision Theoretic Properties of Forensic Identification: Underlying Logic and Argumentative Implications, Forensic Science International, 2008, p. 177, p. 120–132).

6. Examen et discussion d'une audition d'un expert

Afin de mettre en évidence les difficultés rencontrées lorsqu'un expert essaie de se prononcer sur les hypothèses, nous reproduisons ci-dessous le contre-interrogatoire d'un expert (E) par un avocat de la défense (A), inspiré d'une affaire réelle, dans laquelle l'authenticité d'une signature a été mise en question. Nos commentaires apparaissent sous forme de notes de bas de page; nous y explicitons le lien avec les arguments que nous avons précédemment développés. Préalablement, nous souhaitons également préciser que nous avons bien conscience de la difficulté rencontrée par les experts lorsqu'ils doivent rendre compte, en temps réel, des résultats de leurs analyses aux juristes qui les mandatent. Cependant, nous considérons qu'il est important de peindre les éléments clés d'une déposition appropriée, même si le plus chevronné des experts ne peut guère éviter un rapport ou une déposition sans «déviation indésirables», car les cas réels développent souvent leur propre dynamique et sont toujours plus complexes que les exemples donnés dans un cadre académique (sans parler des astuces techniques comme les traductions simultanées qui peuvent pervertir le discours des uns et des autres).

A. En fin de compte, nous sommes en train d'apprécier la probabilité que quelqu'un d'autre que le suspect ait pu produire la signature incriminée. Etes-vous d'accord que cela constitue la question fondamentale?

E. Oui, absolument.²⁰

A. Dans le cas présent, il s'agirait donc de quelqu'un d'autre que Monsieur Y. En vous demandant si quelqu'un d'autre a pu produire cette signature,²¹ quels présupposés faites-vous²² quant aux capacités [en tant que scripteur] de ce «quelqu'un d'autre»?

E. Vous voulez dire de la personne qui aurait effectivement produit la fausse signature?

A. Oui.

E. Il est impossible de savoir cela.²³

A. C'était cela que je cherchais à comprendre. Supposez-vous que cette autre personne est simplement une personne quel-

conque du public en général ou supposez-vous qu'il s'agit d'un faussaire doué? Quels présupposés faites-vous?

E. C'est impossible de le savoir.

A. Mais est-ce que cela ne présente pas un facteur important qui doit être pris en compte lorsqu'on s'interroge sur la probabilité que la signature contestée soit un faux?

E. Si, mais les présupposés que nous avons faits pour arriver à notre conclusion ont clairement été indiqués. Soit la signature a été faite par Monsieur Y., soit par quelqu'un d'autre.²⁴ La seconde alternative n'est pas que la signature n'est pas authentique, mais produite par un expert capable de copier parfaitement²⁵ toute forme de signature. La conclusion aurait été bien différente si ce présupposé avait dû être pris en compte.

A. J'en viendrai à votre conclusion dans un moment, parce que votre conclusion est la conclusion catégorique que ceci est une signature authentique. Je ne suggère pas du tout que vous auriez dû savoir cela, parce que vous effectuez vos analyses dans l'abstrait, mais avez-vous une idée de l'enjeu financier de cette affaire, de savoir si cette signature est authentique ou non?

E. Absolument pas et dans la mesure du possible – mais ça dépend du cas – nous préférons avoir le moins d'informations possibles quant à de tels éléments, afin de ne pas être influencés par le contexte. Quelques éléments sont nécessaires pour l'interprétation des résultats, mais dans un cas comme celui-ci, la connaissance des montants concernés ne doit pas influencer nos résultats

A. Je comprends cela mais pouvez-vous exclure la possibilité que, si un montant significatif d'argent dépendait de cette signature, quelqu'un aurait utilisé un faussaire professionnel ou hautement doué? Pouvez-vous exclure cette possibilité?

E. Je pense que ceci va au-delà de mes connaissances.²⁶ J'ai basé ma conclusion sur les présupposés que j'ai mis en avant et non pas sur le présupposé qu'une tierce personne aurait des capacités particulières. Si vous souhaitez une réponse en lien avec une sous-population très spécifique, à laquelle la tierce personne appartiendrait par hypothèse, ma conclusion²⁷ serait différente.

20 Cette réponse de l'expert est trop vague. Elle devrait spécifier deux points supplémentaires. Tout d'abord, l'expert devrait préciser que l'hypothèse doit être discutée et débattue par l'autorité et les parties, et non par l'expert. Ensuite, l'expert devrait insister sur le fait qu'une évaluation équilibrée de la valeur probante d'un indice nécessite la prise en considération d'au moins deux hypothèses alternatives. Cette première réponse de l'expert est donc insatisfaisante, car elle véhicule l'idée que l'expert est prêt à débattre des hypothèses elles-mêmes, et non seulement de la valeur de l'indice, qui était pourtant le seul objet des analyses auxquelles il a procédé.

21 On voit ici, conséquence directe de la réponse précédente de l'expert, que l'avocat entraîne directement l'expert sur le terrain des hypothèses.

22 Comme nous l'avons vu, ce n'est pas à l'expert qu'il revient de définir les hypothèses à la lumière desquelles l'indice devrait être évalué. En ne s'opposant pas à cette question, l'expert confirme implicitement son accord à se prononcer sur des hypothèses, voire à les définir totalement.

23 Cette réponse constitue une première instance où l'expert se prononce sur une hypothèse, à savoir les possibles caractéristiques du vrai scripteur.

24 L'expert devrait préciser ici que ce sont des hypothèses dont la définition incombe à l'autorité ainsi qu'aux parties impliquées dans la procédure, et non à l'expert. Cependant, il peut arriver qu'une partie mandate un expert privé et ne lui fournisse qu'un jeu d'hypothèses incomplet (cela peut se produire au cours d'une procédure pénale, mais sera surtout le cas en droit civil ou arbitral).

25 Ici, l'expert reprend, en la déformant, l'hypothèse formulée par l'avocat. En effet, ce dernier n'évoquait que la possibilité d'un faussaire professionnel. Il ne suggérait pas directement qu'un tel faussaire aurait pu produire une copie «parfaite» que l'expert aura faussement considérée comme authentique. L'interprétation de ce passage reste pourtant difficile car une telle idée pourrait en effet être déduite de ces propos, selon la lecture qu'on en fait.

26 Non seulement l'expert ne peut savoir si un faussaire professionnel a pu ou non être engagé, mais surtout la question est inappropriée par principe. Il n'incombe pas à l'expert de définir l'ensemble des hypothèses à retenir.

27 L'expert oublie de préciser que, même s'il fallait retenir cette hypothèse, il ne se prononcerait pas directement sur l'hypothèse, mais seulement sur le degré de soutien que les indices observés apportent à l'une des hypothèses par rapport à l'hypothèse concurrente.

A. Permettez-moi de vous demander de regarder la conclusion à laquelle vous parvenez dans votre rapport. Sur la base de votre analyse, vous dites que vous êtes de l'opinion catégorique que la signature est authentique. La question que je vous pose est: pouvez-vous être catégorique quant au fait que vous ne pourriez pas être trompé par une signature professionnellement faussée? ²⁸

E. Je dirais que nous sommes parvenus à la conclusion de notre rapport en deux phases. D'abord, en ne considérant que nos observations. En d'autres termes, en comparant la probabilité de ces observations et les présupposés d'authenticité ou de falsification ou de simulation. La comparaison de ces probabilités nous amène à une conclusion en faveur d'une signature authentique. Ensuite, nous avons considéré que la probabilité des observations sous l'hypothèse alternative était si petite²⁹ que nous pouvons avancer une opinion catégorique dans une deuxième phase.³⁰ Maintenant, si vous me demandez de quantifier ce que j'entends par «probabilité faible» pour l'hypothèse alternative, je ne serais pas en mesure de vous donner un chiffre. Le risque existe quelque part. Il est minime, c'est pourquoi nous avons exprimé notre opinion finale que vous trouvez dans nos deux rapports.

A. Etes-vous en train de dire que vos techniques d'évaluation comparatives signifient que vous ne pourriez pas être trompé par un faussaire professionnel?³¹

E. Que notre opinion est catégorique, c'est ça ce que vous êtes en train de dire? De ce qui précède, si nous regardons les observations, notre opinion est catégorique.³²

A. Je dois dire que je ne comprends pas votre réponse. J'aimerais seulement comprendre si vous êtes en train de dire que vos techniques comparatives signifient que vous ne pourriez pas être trompé par un faux professionnel?

E. Non. Je ne suis pas en train de dire cela.

A. Permettez-moi de tester ceci. Un faussaire professionnel aurait un grand nombre de signatures de Monsieur Y. à sa disposition pour s'entraîner à la copier. Est-ce que c'est un présupposé que vous pouvez faire?

E. Oui, vous pourriez considérer ceci.

A. Il pourrait s'exercer jusqu'à être satisfait avec sa signature, est-ce correct?

E. Absolument.

A. Et potentiellement l'analyser sous un microscope, comme vous le feriez?

E. Oui.

A. Et je pense que la pièce indicielle, à savoir le document sur lequel se trouve la signature en question au nom de Monsieur Y., est une photocopie, est-ce correct?

E. C'est correct, à l'exception des deux signatures qui apparaissent en tant qu'original sur les photocopies.

A. Exactement. Donc, les signatures sont originales mais le document lui-même est une photocopie?

E. Oui.

A. Le faussaire aurait pu avoir produit des photocopies multiples du document incriminé, puis signer encore et encore et encore, jusqu'à être content de son travail. Est-ce correct?

E. Oui.

A. Si c'est ça qui s'est produit,³³ et je reviens à la question que je vous ai posée avant. Pouvez-vous dire catégoriquement que vous seriez capable de remarquer que la signature est un faux?

E. Je maintiens ma conclusion en lien avec les présupposés qui ont été mis en avant.

A. Les présupposés étant lesquels?

E. L'hypothèse alternative selon laquelle la signature n'est pas authentique, mais produite par une tierce personne, quelle que soit cette personne.

A. Permettez-moi de vous interrompre ici. Le présupposé est indépendant du fait de savoir qui est cette tierce personne, y compris le présupposé qu'il pourrait s'agir d'un faussaire parfait, est-ce correct? Est-ce ce que vous êtes en train de dire?

E. Oui, presque – ou un faussaire non-professionnel. Si vous supposez un faussaire professionnel et que c'est tout, dans un tel cas vous devez conclure que c'est une imitation parfaite.³⁴ En cas d'une imitation parfaite, vous ne pouvez pas arriver à une conclusion parce que, dans l'hypothèse d'un faux parfait, les observations sont clairement explicables. Vous rencontrez ainsi un cas où vous ne pouvez rien dire parce que les observations peuvent être expliquées par les deux hypothèses. L'hypothèse alternative serait alors que la signature n'est pas authentique, mais produite par un faussaire professionnel capable de produire des copies qui ne peuvent pas être différenciées d'une signature authentique.³⁵

28 Cette question est un moment-clé de l'interrogatoire de l'expert. L'avocat pose l'hypothèse d'un faussaire professionnel et cherche à sonder la probabilité que l'expert puisse faussement conclure à l'hypothèse de l'authenticité sous une telle condition.

29 Ici, l'expert arrondit une probabilité faible à zéro. Il considère comme étant impossible de parvenir aux observations effectuées dans le cas d'espèce si l'écriture en question avait été faite par quelqu'un d'autre que le suspect. Ceci constitue une condition indispensable pour identifier le suspect, c'est-à-dire la personne mise en cause dans la première hypothèse.

30 L'expert a donc effectué un passage subtil et erroné, connu dans le milieu forensique sous la désignation de «inversion du conditionnel». De la probabilité de faire les observations faites en l'espèce au vu de l'hypothèse retenue il est passé à une conclusion portant sur la probabilité (ici, maximale) qu'une hypothèse soit vraie au vu des observations qui ont été faites.

31 A ce stade, l'avocat a gagné un terrain considérable. Ayant réussi à pousser l'expert à se prononcer directement sur une hypothèse dans sa réponse précédente, il en tire immédiatement profit. En l'occurrence, il interroge l'expert sur son taux de faux résultats positifs, c'est-à-dire la probabilité de considérer une signature comme authentique alors que ce n'est pas le cas. Avec cette question, l'avocat est près de renverser la conclusion catégorique de l'authenticité de l'écriture à laquelle l'expert est parvenu dans son rapport; il suffira pour cela que l'expert reconnaisse un taux de faux positif différent de zéro. Dans le cas présent, l'expert éprouve des difficultés à trouver la parade.

32 L'expert ne répond pas à la question de savoir si sa méthode est exempte de conclusions erronées.

33 L'avocat a introduit maintenant une nouvelle hypothèse particulière.

34 A nouveau, l'expert va au-delà de ce que dit l'avocat. Ce dernier n'évoquait que la possibilité d'un faussaire professionnel et non pas la production d'une «imitation parfaite».

35 Voir également la note 26.

Avec cette dernière réponse, l'avocat a poussé les résultats de l'expertise à un point où ils ne veulent plus rien dire, essentiellement à cause d'un changement dans les présupposés de départ. Ce résultat se base sur deux éléments: premièrement, l'avocat a proposé l'hypothèse d'un scripteur alternatif particulier, à savoir un faussaire professionnel; deuxièmement, l'avocat parvient à faire admettre à l'expert que les observations faites sur l'écriture seraient tout aussi probables si la signature est authentique que si la signature a été faite par ce scripteur alternatif particulier. Arrivé à ce stade, l'indice n'apporte plus aucun soutien à l'hypothèse de l'authenticité par rapport à cette nouvelle hypothèse d'un imitateur professionnel.

7. Discussion et conclusions

Nous venons de voir qu'il est finalement aisé pour un avocat de la défense de mettre en doute les conclusions catégoriques d'un expert lorsque celui-ci commet l'erreur de se prononcer sur la probabilité qu'une hypothèse soit vraie plutôt que sur la seule valeur de l'indice scientifique qu'il a analysé. Il leur suffit de poser une question du type: «Pouvez-vous exclure une source alternative particulière (telle qu'un faussaire professionnel dans le domaine des écritures ou un jumeau dans le domaine de l'ADN)?» – Cette question est très efficace pour miner les conclusions catégoriques des experts scientifiques, car, exception faite de situations particulières dans lesquelles le nombre de suspects possibles est limité (le meurtre a lieu à huis clos, par exemple),³⁶ l'expert ne peut pas affirmer de manière crédible que toutes les sources potentielles peuvent être exclues.³⁷ Même si l'on envisageait d'examiner tous les membres d'un groupe restreint et bien délimité de sources potentielles, il faudrait encore pouvoir s'assurer que toutes les exclusions soient des exclusions correctes, et non des faux résultats négatifs.³⁸

La conséquence est logique: puisqu'on ne peut pas être sûr qu'aucune autre source n'est à l'origine de la trace incriminée, on ne peut pas non plus être entièrement sûr de l'identification de la source (présumée); une conclusion catégorique ne peut donc pas se justifier. En fin de compte, personne ne profite du fait que les experts forensiques formulent des conclusions catégoriques.

L'avocat de la défense, contraint de semer le doute sur les conclusions d'un expert mandaté par l'autorité, ne peut guère

éviter l'image négative de celui qu'on percevra comme ne cherchant qu'à discréditer le travail d'un honorable auxiliaire de la justice, voir sa personne elle-même.

Pour l'expert forensique, une telle remise à l'ordre peut s'avérer particulièrement blessante, puisqu'il s'agit de son domaine de spécialisation et qu'on devrait pouvoir s'attendre à une certaine maîtrise de sa part.³⁹ Plus fondamentalement, l'expert qui prend position pour une hypothèse par rapport à une autre plutôt que de se borner à évaluer l'indice qui lui est soumis court le risque d'être perçu comme étant biaisé en faveur de l'une des parties, ce qui aura pour effet de discréditer toutes ses affirmations subséquentes.

Enfin, pour l'accusation, l'expert qui se prononce sur une hypothèse constitue un risque latent. Au lieu de soutenir utilement la thèse de l'accusation, un expert trop catégorique qui serait sèchement remis en place par l'avocat de la défense perdrait toute utilité dans la procédure. L'attaque, justifiée, de l'expert par l'avocat de la défense conduira à son tour à une conclusion potentiellement⁴⁰ injustifiée, mais dans le sens opposé.

Enfin, des conclusions trop catégoriques de la part d'un expert ne rendent pas compte de la valeur réelle de l'indice; dans ce sens, le scientifique ne remplit pas son rôle de manière optimale, et l'autorité l'ayant mandaté ne peut pas en être satisfaite.

La problématique évoquée ici est bien connue dans une certaine littérature forensique et juridique⁴¹. On peut dès lors se demander pourquoi la pratique courante dans nos procédures est de continuer à admettre des rapports d'expertise dont les auteurs usurpent le rôle de la cour au lieu de se borner à évaluer l'indice technique ou scientifique qui leur est soumis. La réponse qui s'impose est que ces rapports arrangent bien les juristes, puisqu'ils répondent aux questions qui les intéressent – en «prémâchant» en quelque sorte le travail d'appréciation qui devrait pourtant leur revenir.⁴² Or, une telle façon de faire viole double-

36 Mais même dans ce type de cas, l'expert devrait déferer cette étape ultime d'inférence au destinataire de l'information scientifique, soit le juriste.

37 Pour une discussion en matière de traces papillaires, voir C. CHAMPOD/I. W. EVETT, A Probabilistic Approach to Fingerprint Evidence, *Journal of Forensic Identification*, 1991, vol. 51, p. 101–122; pour une discussion de la notion d'unicité (*uniqueness*) en lien avec les profils d'ADN, voir D. J. BALDING, When can a DNA Profile be Regarded as Unique?, *Science & Justice*, 1999, vol. 39, p. 257–260, et, de manière plus générale, S. A. COLE, Forensics Without Uniqueness, Conclusions Without Individualization: the new Epistemology of Forensic Identification, *Law, Probability and Risk*, 2009, vol. 8, p. 233–255.

38 Dans le meilleur des cas, l'expert peut disposer d'informations sur la capacité de sa méthode, évaluée (à long terme) sous des conditions contrôlées (p. ex., en testant des échantillons avec des propriétés connues). En revanche, dans les conditions qui sont celles de la pratique quotidienne, des déterminations correctes demeurent, en fin de compte, des inférences – et non pas des constatations de faits.

39 De telles situations sont favorisées par la méconnaissance des limitations des connaissances à caractère purement technique. En effet, des connaissances d'expert (*expert knowledge*) dans un domaine de spécialisation, tel que les méthodes d'analyse de l'ADN, la classification des armes à feu et les éléments de munition, ne constituent qu'une condition nécessaire, mais pas encore suffisante, pour garantir la validité logique et acceptable, il faut en plus que l'on y parvienne en respectant les lois de la pensée rationnelle. Ce sont des considérations génériques et indépendantes d'un domaine d'application particulier, et dès lors souvent négligées ou méconnues par certains groupes d'experts forensiques.

40 Notre formulation est conditionnelle puisqu'il existe bien des cas dans lesquels l'indice devrait être considéré comme non-probant à juste titre (voir, par exemple, le cas «Barry George – and – R», [2007], EWCA Crim 2722).

41 Principalement dans le monde anglo-saxon, ce qui est paradoxal puisque, dans les procédures accusatoires, l'expert est engagé par l'une des parties et est donc «naturellement» biaisé. Malgré cela, les juristes et les scientifiques anglo-saxons semblent plus soucieux de ces questions que nous autres juristes exerçant dans un contexte inquisitoire.

42 Pour un exemple d'un tel argument en matière d'examen comparatifs d'écritures, voir N. KÖLLER/K. NIESSEN/M. RIESS/E. SADORF, Probability Conclusions in Expert Opinions on Handwriting. Substantiation and Standardization of Probability Statements in Expert Opinions. München, Luchterhand, 2004, et pour une revue critique de cet ouvrage, voir F. TARONI/A. BIEDERMANN, Inadequacies of Posterior Probabilities for the Assessment of Scientific Evidence, *Law, Probability and Risk*, 2005, 4, p. 89–114.

ment la loi: tout d'abord, en ne respectant pas la répartition des rôles entre expert et autorité voulue par le législateur et stipulée aux art. 182 ss CPP, ensuite en méconnaissant les règles de la logique, ce qui constitue une violation de l'art. 10 CPP, qui stipule que l'appréciation libre des preuves doit être rationnelle, c'est-à-dire respecter les règles scientifiques (et les règles de la logique formelle en font partie).

Les hypothèses de travail de l'expert doivent donc être formulées au moment où il est mandaté, et après consultation des parties, comme le prévoit l'art. 184 al. 3, 1^{re} phrase CPP.⁴³ Il y a plusieurs raisons à cela: premièrement, l'expert ne peut évaluer l'indice qu'à la lumière des circonstances du cas d'espèce, faute de quoi son apport à la procédure sera minime, voire contre-productif.

Toute modification dans la définition des hypothèses nécessitera une réévaluation de l'indice,⁴⁴ qui ne peut guère se faire en cours d'audience au tribunal. Ensuite, impliquer l'expert dans un débat quant aux hypothèses pertinentes après le dépôt du rap-

port d'expertise est contre-productif car cela détourne l'attention de l'autorité et des parties de l'apport réel de l'expert à la procédure, soit discuter de la valeur probante de l'indice.

A cet égard, il convient également de veiller à ce que les hypothèses retenues se justifient par rapport aux informations de contexte. Des théories spéculatives ou fantaisistes quant au déroulement de faits ne constituent pas forcément des hypothèses pertinentes.⁴⁵ Par exemple, la théorie du faussaire professionnel, que nous avons vue précédemment, peut se justifier s'il existe effectivement des enjeux financiers importants dans le cas d'espèce et qu'il est raisonnable de croire que les personnes ou organisations impliquées aient pu avoir ce type de ressources.

Pour toutes ces raisons, nous plaidons pour une séparation claire des rôles de l'autorité et des auxiliaires techniques et scientifiques qu'elle mandate. C'est une exigence qui est posée par la loi, mais c'est également une exigence logique. Par ailleurs, même si les conclusions catégoriques de la part des experts sont une réalité, elles ne représentent pas un obstacle insurmontable pour les parties pour lesquelles elles sont désavantageuses. Au contraire, elles offrent l'opportunité d'engager un échange constructif sur la nature et les limitations de l'information que l'expert forensique apporte à la justice. ■

43 C'est également pour les raisons exposées ici que l'art. 184 al. 3, 2^e phrase CPP constitue une aberration législative, comme nous l'avons plaidé ailleurs (J. VUILLE/F. TARONI, L'art. 184 al. 3 CPP, une fausse bonne idée du législateur? *Revue pénale suisse*, 2011, p. 164–179).

44 *Association of Forensic Science Providers*, Standards for the Formulation of Evaluative Forensic Science Expert Opinion, Science & Justice, 2009, p. 49, p. 161–164.

45 I. W. EVETT/G. JACKSON/J. A. LAMBERT, More on the Hierarchy of Propositions: Exploring the Distinction between Explanations and Propositions, *Science & Justice*, 2000, p. 40, p. 3–10.

■ Verfassungsrecht/Droit constitutionnel (I)

Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV; Eintragung in das Register der Notare (Kt. St. Gallen)

Es trifft zwar zu, dass es unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten den Bewerbern mit Anwaltspatent für den Eintrag ins Register der Notare des Kantons St. Gallen durchaus zugemutet werden kann, die dazu erforderliche Verlagerung der überwiegenden Anwaltstätigkeit in diesen Kanton vorzunehmen und damit die Voraussetzungen für die erforderliche Eintragung ins Anwaltsregister dieses Kantons zu erfüllen.

Die insoweit grundsätzlich bestehende Handlungsfreiheit des Gesetzgebers unterliegt jedoch gewissen Schranken. Allgemein werden staatliche Organe (sowie Private) nach Art. 5 Abs. 3 BV zum Handeln nach Treu und Glauben angehalten; jede Person hat zudem gemäss Art. 9 BV Anspruch darauf, von den staatlichen Organen nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Auch wenn ein entsprechender Schutz in der Regel bei Änderungen von Erlassen entfällt, binden die genannten Verfassungsgrundlagen grundsätzlich auch den Gesetzgeber (BGE 128 II 112 E. 10b/aa S. 125). Nach der Rechtsprechung kann es deshalb aus Gründen der Rechtsgleichheit, der Verhältnismässigkeit und des Willkürverbotes sowie des Vertrauensschutzes verfassungsrechtlich geboten sein, gegebenenfalls eine angemessene Übergangsregelung zu schaffen (BGE 130 I 26 E. 8.1 S. 60, mit Hinweisen). Die insoweit anwendbaren Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV erlauben eine umfassende Abwägung zwischen den Interessen des Gesetzgebers an einer Neuordnung und den Interessen von Personen, die von einer Neuordnung konkret betroffen sind. Das öffentliche Interesse an der Neuordnung kann insbesondere unter zeitlichen Aspekten geprüft werden (Urteil 1C_168/2008 vom 21. April 2009 E. 4 mit Hinweisen).

Dem Beschwerdeführer ist darin beizupflichten, dass er aufgrund seiner Ausbildung als Rechtsanwalt mit st. gallischem Anwaltspatent und seiner langjährigen praktischen Tätigkeit als Notar im Kanton St. Gallen Gewähr für die mit der neuen Regelung angestrebte fachlich einwandfreie Beurkundungstätigkeit zu bieten vermag. Dies wird von den Vorinstanzen nicht in Frage gestellt; die Vorinstanz geht ausdrücklich davon aus, dass Inhaber mit st. gallischem Anwaltspatent ohne weiteres die fachlichen Anforderungen an die Beurkundungskompetenz erfüllen. Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Beschwerdeführer im Kanton St. Gallen lediglich deshalb ein Nebenbüro unterhält, um in jenem Kanton nur Beurkundungen vornehmen zu können.

Der faktische Entzug der bisherigen Beurkundungsbefugnis ohne Einräumung einer angemessenen Übergangsfrist lässt sich unter diesen Umständen mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nach Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV nicht vereinbaren. Denn es liegt auf der Hand, dass die von der Neuordnung verlangte Verlagerung der Anwaltstätigkeit in den Kanton St. Gallen nicht in einigen wenigen Monaten vollzogen werden kann, dauern doch anwaltliche Mandate in der Regel mehrere Monate oder nicht selten sogar Jahre. Dies rechtfertigt es, Bewerber, die sich – wie der Beschwerdeführer – über eine langjährige einwandfreie Anwalts-

und Beurkundungstätigkeit im Kanton St. Gallen ausweisen können, zunächst – mit einem entsprechenden Vermerk – provisorisch ins Register der Notare dieses Kantons aufzunehmen, da sonst eine lückenlose Weiterführung der Notariatstätigkeit im Kanton St. Gallen in Frage gestellt wird. Öffentliche Interessen werden damit nicht wesentlich beeinträchtigt, denn die mit dem Register – zum Schutz des Publikums und zur Beseitigung des früher vorhandenen Informationsdefizits – beabsichtigte Publizität und Klarheit der Beurkundungszuständigkeit ist auch damit gewährleistet. Diesen Bewerbern ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit alsdann eine angemessene Frist ab Inkrafttreten der neuen Regelung einzuräumen, um sich – unter Nachweis der überwiegenden Anwaltstätigkeit im Kanton – auch im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen eintragen zu lassen, andernfalls sie im Register der Notare zu streichen sind.

Die vom Beschwerdeführer beantragte Übergangsfrist von drei Jahren ab Inkrafttreten der neuen Regelung erscheint als angemessen. Denn auch die allenfalls notwendigen grösseren Veränderungen (Kündigung bzw. Miete oder Kauf bzw. Verkauf von Büroräumlichkeiten und Wohnraum, allenfalls Personalwechsel) lassen sich erfahrungsgemäss in diesem Zeitraum ohne allzu grosse Anstrengung oder übermässigen Aufwand durchführen.

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C_694/2011, 19.12.2011, X. c. Anwaltskammer und Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 29 Abs. 1 BV; Aufsichtsanzeige (BGG), Rechtsverzögerung

Im Asyl- und Ausländerwesen ist über eine grosse Anzahl von Fällen zu entscheiden. Chronische Überlastung bewahrt jedoch nicht vor dem Vorwurf der Rechtsverzögerung (BGE 130 I 312 E. 5.2). Dies gilt auch für die Beschwerdebehörde, die zwangsläufig gewisse Prioritäten zu setzen hat. Dabei steht ihr naturgemäss ein grosser Ermessensspielraum zu. Die Aufsichtsbehörde greift nur ein, wenn der äussere Gang des Verfahrens dem ordentlichen Geschäftsablauf offensichtlich nicht mehr entspricht. Aufgrund der Vielzahl der Verfahren, welche die Behörde gleichzeitig zu behandeln hat, sind gewisse Zeiten, während deren ein Verfahren ruht, normal und nicht zu beanstanden. Solche Phasen müssen allerdings auf nachvollziehbaren Gründen beruhen und dürfen eine den Umständen des Falles angemessene Dauer nicht überschreiten. In der bisherigen Praxis des Bundesgerichts als administrative Aufsichtsbehörde ist ein Verfahren, das ohne objektiven Grund während 28 Monaten nicht aktiv weitergeführt worden ist (12T_3/2007), als nicht mehr ordnungsgemäss betrachtet worden. Ebenso hat das Bundesgericht schon einzelne inaktive Perioden im Instruktionsverfahren von einem Jahr, gefolgt von einer weiteren inaktiven Periode von sieben Monaten oder inaktive Perioden von zehn Monaten oder siebeneinhalb Monaten, um bei einer Behörde im Ausland Erkundigungen einzuholen, als unzulässig lange bezeichnet, wenn nicht besondere Umstände vorliegen (12T_1/2007, E. 4.1 und 4.3). [...]

Der vom Bundesverwaltungsgericht geltend gemachte Aufwand zur notwendigen Klärung von tatsächlichen und rechtli-

chen Fragen bedeutet, dass für das hier fragliche Revisionsverfahren ein gewisser Zeitbedarf veranschlagt wird. Mit der notwendigen Arbeit ist indessen noch nicht begonnen worden. Eine inaktive Periode von 21 Monaten ist unbesehen allfälliger anderer ebenfalls überzeitiger Verfahren grundsätzlich zu lange.

(Verwaltungskommission, 12T_3/2011, 21.12.2011, X. c. Bundesverwaltungsgericht; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

§ 17 Abs. 2 VRG (ZH), Art. 9 BV; Parteientschädigung (ambulante Massnahme), Willkür

Gemäss § 17 Abs. 1 VRG werden im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden keine Parteientschädigungen zugesprochen. Nach Abs. 2 derselben Bestimmung kann indessen im Rekursverfahren und im Verfahren vor Verwaltungsgericht die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe ihres Gegners verpflichtet werden, namentlich wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistandes rechtfertigte (lit. a), oder wenn ihre Rechtsbegehren oder die angefochtene Anordnung offensichtlich unbegründet waren (lit. b).

Es stellt sich vorliegend die Frage, ob die Vorinstanz, ohne in Willkür zu verfallen, aus § 17 folgern konnte und durfte, es sei dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Der Beschwerdeführer geht zu Recht davon aus, dass ihm die Vorinstanz eine Parteientschädigung hätte zusprechen müssen. Mit seinem Rechtsmittel erreichte er, dass die Sache an die erste Instanz zurückgewiesen wurde, was einem Obsiegen gleichkommt. Die Vorinstanz gewährte ihm wegen seiner Bedürftigkeit sowie angesichts «der persönlichen Tragweite des Entscheids über die Aufhebung der ambulanten Massnahme und der nicht einfachen Rechtsfragen» einen Rechtsbeistand. Die Voraussetzungen nach § 17 Abs. 2 lit. a VRG sind damit erfüllt. Die rechtsgenügende Darlegung eines komplizierten, mithin nicht einfachen Sachverhalts (hierzu: ALFRED KÖLZ/JÜRGEN BOSSHART/MARTIN RÖHL, VRG, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl. 1999, § 17 N 27), rechtfertigte den Beizug eines Rechtsbeistandes, weshalb dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zuzusprechen ist. Dass § 17 Abs. 2 VRG als «Kann»-Vorschrift formuliert ist, vermag hieran nichts zu ändern, da sich das behördliche Ermessen nicht auf die Zusprechung von Parteikostensersatz bei erfüllten Voraussetzungen gemäss lit. a und b bezieht, sondern auf weitere Fälle, in denen eine Entschädigung geschuldet sein könnte (vgl. KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, a.a.O., § 17 N 24).

(Strafrechtliche Abteilung, 6B_720/2011, 27.12.2011, X. c. Verwaltungsgericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 25 Abs. 1 lit. c JStPO; Unentgeltliche Rechtspflege

Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung gemäss Art. 25 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 24 JStPO zu prüfen.

Ein Anwendungsfall von Art. 25 Abs. 1 lit. a–b JStPO liegt hier nicht vor. Die amtliche Verteidigung ist nach Art. 25 Abs. 1 lit. c JStPO zu bewilligen, wenn der beschuldigte Jugendliche und die gesetzliche Vertretung nicht über die erforderlichen Mittel für eine private Verteidigung verfügen und eine der Voraussetzungen von Art. 24 JStPO erfüllt ist. Zwar sind die Kriterien von Art. 24 lit. a–e JStPO (im Gegensatz zu Art. 25 Abs. 1 lit. a–c JStPO) im Gesetzeswortlaut nicht ausdrücklich mit der Konjunktion «oder» verbunden. Aus dem Sinn und Zweck von Art. 24 JStPO ergibt sich jedoch eindeutig, dass es sich bei den literae a–e um alternative Anspruchsvarianten (und nicht um kumulative Voraussetzungen) handeln muss (vgl. CHRISTOPH HUG/PATRIZIA SCHLÄFLI, Basler Kommentar StPO/JStPO, Basel 2011, Art. 24 JStPO N 1 ff.; JOSITSCH/RIESEN-KUPPER/BRUNNER/MURER MIKOLÁSEK, Kommentar, Zürich 2010, Art. 24 N 5 ff.).

Die finanzielle Bedürftigkeit des privaten Verfahrensbeteiligten (im Sinne von Art. 25 Abs. 1 lit. c JStPO) ist unbestritten. Im vorliegenden Fall kommt nach übereinstimmender Auffassung der Vorinstanz und der Jugendanwaltschaft ausschliesslich eine amtliche (und notwendige) Verteidigung gestützt auf Art. 24 lit. b JStPO in Frage. Die Beschwerdeführerin legt dar, dass der jugendliche Beschuldigte im Tatzeitpunkt noch nicht 15 Jahre alt gewesen sei, weshalb ihm (im Falle eines Schuldspruches) als Höchststrafe lediglich 10 Tage persönliche Leistung drohten und Art. 24 lit. a JStPO nicht zur Anwendung gelange (vgl. Art. 23 Abs. 3 i.V.m. Art. 15 und Art. 25 Abs. 1 JStG [SR 311.1]).

Gestützt auf Art. 24 lit. b (i.V.m. Art. 25 Abs. 1) JStPO ist die Officialverteidigung zu bewilligen, wenn der beschuldigte Jugendliche und seine gesetzliche Vertretung die eigenen Verfahrensinteressen nicht ausreichend wahren können. Dafür können persönliche Gründe sprechen (wie z.B. mangelnde Sprachkenntnisse, Interessenkonflikte oder eine spezifische Unterstützungsbedürftigkeit) oder auch fallbezogene sachliche Gründe wie eine besondere Schwierigkeit oder Komplexität des Verfahrens (vgl. HUG/SCHLÄFLI, a.a.O., Art. 24 N 3; JOSITSCH/RIESEN-KUPPER/BRUNNER/MURER MIKOLÁSEK, a.a.O., Art. 24 N 11; s. auch schon BGE 111 Ia 81 E. 3a S. 83 f.). In diesem Zusammenhang ist auch der Schwere des Tatvorwurfes angemessen Rechnung zu tragen (vgl. BGE 111 Ia 81 E. 3a S. 84). Im Jugendstrafprozess ist an die Gewährung der amtlichen Verteidigung grundsätzlich ein grosszügiger Massstab anzulegen (vgl. JOSITSCH/RIESEN-KUPPER/BRUNNER/MURER MIKOLÁSEK, a.a.O., Art. 25 N 3).

Im vorliegenden Fall sprechen das Alter des beschuldigten Jugendlichen, die Schwere der gegen ihn erhobenen Tatvorwürfe, die prozessuale Konstellation des Falles sowie die Schulbildung und Sprachkenntnisse seiner gesetzlichen Vertreterin für die sachliche Gebotenheit der amtlichen Verteidigung im Sinne von Art. 24 lit. b (i.V.m. Art. 25 Abs. 1) JStPO (vgl. auch HUG/SCHLÄFLI, a.a.O., Art. 24 N 3; JOSITSCH/RIESEN-KUPPER/BRUNNER/MURER MIKOLÁSEK, a.a.O., Art. 24 N 11, Art. 25 N 2–3). Dass die Vorinstanz die Jugendanwaltschaft in dieser Konstellation angehalten hat, dem privaten Verfahrensbeteiligten die Officialverteidigung zu gewähren (solange sie den Vorwurf der Vergewaltigung bzw. se-

xuellen Nötigung gegen ihn aufrecht erhält), erscheint bundesrechtskonform.

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B_504/2011, 6.12.2011, Jugendanwaltschaft Basel-Stadt c. X, und Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung *Be*)

■ Zivilrecht, ZPO und SchKG/Droit civil, Code de procédure civile et poursuite pour dettes et faillite (III)

Art. 55, 272 und 296 Abs. 1 ZPO; Eheschutz (Ehegatten- und Kinderunterhalt), Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime

Der Beschwerdeführer wendet ein, im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime gemäss Art. 272 ZPO seien keine bezifferten Anträge erforderlich. Vielmehr sei es am Gericht, über die Höhe der Unterhaltsbeiträge zu befinden.

Unter der Verhandlungsmaxime haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und ihre Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Im Gegensatz dazu steht die Untersuchungsmaxime, wonach der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen beziehungsweise zu erforschen ist (Art. 55 Abs. 2, Art. 272 und Art. 296 Abs. 1 ZPO).

Die Untersuchungsmaxime betrifft nur die Art der Sammlung des Prozessstoffs, nicht aber die Frage der Einleitung und Beendigung des Verfahrens. Sie beschlägt auch nicht die Frage, wie das Rechtsbegehren formuliert sein muss, damit der Rechtsstreit überhaupt an die Hand genommen werden kann. Aus der Untersuchungsmaxime ergibt sich auch keine Pflicht des Gerichts, die Parteien in prozessualen Fragen zu beraten (Urteil 4C.340/2004 vom 2. Dezember 2004 E. 4.1, nicht publ. in: BGE 131 III 243).

Es stellt damit grundsätzlich keine formelle Rechtsverweigerung dar, in der Berufungseingabe bestimmte und im Falle von Geldforderungen bezifferte Begehren zu verlangen (vgl. auch Urteile 5P.35/2005 vom 4. Mai 2005 E. 1.1; 4P.228/2003 vom 19. Januar 2004 E. 3.3.2).

Die Rechtsfolge des Nichteintretens auf unbezifferte Begehren steht jedoch unter dem Vorbehalt des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV).

Daraus folgt, dass auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ausnahmsweise einzutreten ist, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt oder – im Falle zu beziffernder Rechtsbegehren – welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Rechtsbegehren sind im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 II 313 E. 1.3 S. 317; 135 I 119 E. 4 S. 122; 134 III 235 E. 2 S. 236 f.; 106 II 175 S. 176).

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A_663/2011, 8.12.2011, X. c. Y. und Obergericht des Kantons Solothurn; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 6 Abs. 5 und Art. 261 ff. ZPO; Vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (sachliche Zuständigkeit)

Nach Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung des Pfandrechts der Handwerker und Unternehmer bis spätestens drei Monate nach der Vollendung ihrer Arbeit zu geschehen. Die Eintragung muss tatsächlich erfolgt sein; es genügt nicht, sie innert Frist zu verlangen. Es handelt sich um eine Verwirkungsfrist, für deren Wahrung die vorläufige Eintragung in Gestalt einer Vormerkung ausreicht (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB i.V.m. Art. 22 Abs. 4 GBV). Die vorläufige Eintragung bewirkt, dass das durch die spätere definitive Eintragung geschaffene Pfandrecht in seinen Wirkungen auf den Tag der vorläufigen Eintragung zurückbezogen wird (Art. 961 Abs. 2 i.V.m. Art. 972 ZGB; BGE 126 III 462 E. 2c/aa S. 464 f. mit Hinweisen). Durch den Fristablauf verliert der Berechtigte seinen Anspruch auf Pfandrechtseintragung und in der Folge auch die Aussicht auf pfandrechtliche Sicherung seiner Forderung. Die vorläufige Eintragung bezweckt, diesen drohenden, nicht wieder gutzumachenden Rechtsnachteil abzuwenden. Ihre praktische Bedeutung ist ausserordentlich gross, weil der Prozess auf definitive Eintragung kaum je innerhalb der Dreimonatsfrist abgeschlossen sein wird und Gesuche um Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in aller Regel erst kurz vor Fristablauf gestellt werden. Die vorläufige, allenfalls sogar superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ist demnach geradezu ein Musterbeispiel vorsorglichen Rechtsschutzes (vgl. Art. 261 ZPO). Entsprechend sieht Art. 262 lit. c ZPO als möglichen Inhalt einer vorsorglichen Massnahme die gerichtliche Anweisung an eine Registerbehörde ausdrücklich vor (vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7355 Ziff. 5.19 zu Art. 258 des Entwurfs [fortan: Botschaft ZPO]). Auch weitere Bestimmungen des Massnahmeverfahrens (etwa über die Ansetzung einer Klagefrist und superprovisorische Massnahmen) sind auf die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anwendbar. Der Qualifikation als vorsorgliche Massnahme tut keinen Abbruch, dass an die Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 3 ZGB) der Voraussetzungen für die vorläufige Bauhandwerkerpfandrechtseintragung weniger strenge Anforderungen gestellt werden, als es diesem Beweismass, das auch für vorsorgliche Massnahmen gilt (Art. 261 Abs. 1 ZPO), sonst entspricht (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269 f.; Urteil 5A_777/2009 vom 1. Februar 2010 E. 4.1 mit Hinweisen). Schliesslich bezeichnen auch die Publikationen zur neuen eidgenössischen ZPO die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts als Anwendungsfall vorsorglichen Rechtsschutzes (JENT-SØRENSEN, in: Kurzkomentar ZPO, 2010, N 18 zu Art. 249 ZPO; KAUFMANN, in: Brunner und andere [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2011, N 5 zu Art. 249 ZPO; MAZAN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N 19 zu Art. 249 ZPO; I. MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 367, SPRECHER, in: Basler Kommentar, a.a.O., N 18 2. Lemma zu Art. 262 ZPO; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, 2011, Rz. 540 ff. und Rz. 574; TREZZINI, in: Commentario al Codice di diritto processuale civile

svizzero [CPC], 2011, S. 1109; WALTHER, Eintragung provisorischer Bauhandwerkerpfandrechte nach neuer ZPO – ein Fall für die Handelsgerichte?, SZPP 7/2011, S. 450). Die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts entspricht somit in den relevanten Gesichtspunkten einer vorsorglichen Massnahme, wie sie in Art. 261 ff. ZPO umrissen wird.

Daraus folgt, dass die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auch in der Begrifflichkeit von Art. 6 Abs. 5 ZPO eine vorsorgliche Massnahme ist. Die Handelsgerichte sind somit zur Beurteilung entsprechender Gesuche zuständig, sofern die Hauptsache handelsrechtlicher Natur ist (Art. 6 Abs. 2 ZPO). Hauptsache ist die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, die allenfalls mit einer Forderungsklage auf Zahlung der erbrachten Leistungen verbunden werden kann (vgl. BGE 134 III 16 E. 2.1 S. 19 mit Hinweis). Das Handelsgericht hat sich nicht ausdrücklich dazu geäußert, ob es für die Hauptsache zuständig ist. Es scheint aber davon auszugehen, dass die Hauptsache eine handelsrechtliche Streitigkeit ist. Das Obergericht hat demgegenüber in seiner Verfügung vom 12. Juli 2011 ausdrücklich festgehalten, dass das Handelsgericht den ordentlichen Prozess zweifelsfrei werde annehmen müssen. Diese Frage ist hier nicht zu vertiefen. An dieser Stelle ist einzig zu klären, ob es Gründe gibt, vom Wortlaut von Art. 6 Abs. 5 ZPO abzuweichen und die Handelsgerichte trotz allenfalls gegebener Hauptsachezuständigkeit für die vorsorgliche Massnahme nicht als zuständig zu erachten. Dies ist nicht der Fall. Die in Art. 6 Abs. 5 ZPO vorgesehene Kompetenzattraktion soll nach der bundesrätlichen Botschaft die Einheitlichkeit des Verfahrens fördern (Botschaft ZPO, S. 7262 Ziff. 5.2.1 zu Art. 6 des Entwurfs). Dieser Zweck würde unterlaufen, wenn die Zuständigkeit nach der vom Handelsgericht offenbar vertretenen Konzeption insofern gespalten würde, als die Bezirksgerichte für die vorläufige Eintragung und das Handelsgericht für die Hauptsache zuständig wären. Die Kantone haben im Rahmen von Art. 6 Abs. 5 ZPO keine Möglichkeit, die Zuständigkeit des Handelsgerichts enger zu umschreiben als von Bundesrechts wegen vorgesehen und vorsorgliche Massnahmen von der Zuständigkeit des Handelsgerichts auszunehmen, wenn es in der Hauptsache zuständig ist. Das untere Gericht am Ort des betroffenen Grundstücks (Art. 13 und Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO) kann zwar womöglich mit dem zuständigen Grundbuchamt aufgrund der räumlichen Nähe einfacher kommunizieren als ein Handelsgericht. Dies könnte für Eintragungen kurz vor Fristablauf ein Vorteil sein (vgl. SCHUMACHER, a.a.O. Rz. 560 und 573). Dieser Gesichtspunkt ist für die Auslegung von Art. 6 Abs. 5 ZPO aber nicht relevant. Ob die räumliche Nähe vorliegt, hängt von den Zufälligkeiten der kantonalen Behördenorganisation ab. Sie ist nicht bundesrechtlich vorgeschrieben. In dringenden Fällen ermöglicht Art. 13 Abs. 4 GBV allen Gerichten per Telefon oder auf elektronischem Wege schnelle Grundbuchanmeldungen für Vormerkungen von vorläufigen Eintragungen. In der Vernehmlassung bringt das Handelsgericht vor, eine Aufspaltung der Zuständigkeit zur vorläufigen Eintragung auf das Handelsgericht in handelsrechtlichen Fällen und auf die unteren ordentlichen Gerichte in den übrigen Fällen sei nicht bürgernah und Laien könn-

ten Gefahr laufen, an die falsche Instanz zu gelangen. Dieses Bedenken trifft zwar grundsätzlich zu. Es handelt sich aber um ein Problem, das jeder Sondergerichtsbarkeit innewohnt. Der Gesetzgeber nimmt es offenbar in Kauf, sonst hätte er den Kantonen die Einrichtung von Handelsgerichten nicht gestattet.

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A_453/2011, 9.12.2011, X. AG c. Stiftung Y. und Handelsgericht des Kantons Zürich; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung *Be*)

■ Verwaltungsrecht/Droit administratif (II)

Art. 119 OJ/GE; Composition du tribunal

L'art. 1^{er} al. 3 RAJ/GE – à l'instar de la solution prévue par l'art. 143A al. 3 aOJ/GE – met dans la compétence du président de la Cour de justice la connaissance des recours dirigés contre le refus du président du Tribunal civil (art. 1^{er} al. 1 RAJ/GE) d'octroyer l'assistance judiciaire. Cette norme entre en conflit avec l'art. 120 al. 1 let. a OJ/GE, à teneur duquel la Chambre civile de la Cour de justice, qui siège dans la composition de trois juges (art. 119 OJ/GE), exerce les compétences que le Code de procédure civile attribue à l'autorité d'appel, à l'autorité de recours, à la juridiction cantonale unique ou au tribunal supérieur en matière d'arbitrage, sauf si la loi désigne une autre autorité. Comme la décision refusant l'assistance judiciaire est – on l'a vu – susceptible de recours, la juridiction précédente ne pouvait en principe être composée d'un magistrat unique, à moins que le pouvoir du Conseil d'État d'édicter une telle règle ne repose sur une délégation valablement conférée par le législateur. Or, tel n'est pas le cas. Le grief de violation de l'art. 30 al. 1 Cst. s'avère ainsi fondé. Cela étant, la décision attaquée doit être annulée; il appartiendra à la juridiction compétente de se prononcer sur le moyen déduit d'une violation des «art. 117 CPC et 29 al. 3 Cst.», soulevé par le recourant en instance cantonale.

(II^e Cour de droit civil, 8.12.2011, A. c/ Vice-président du Tribunal civil; publication de l'arrêt non prévue. – condensé *Bü*)

■ Strafrecht, StPO und Strafvollzug/Droit pénal, CPP et exécution des peines (IV)

Art. 70 et 71 CP; Séquestre pénal

Selon l'art. 71 CP, lorsque les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles, le juge ordonne le remplacement par une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent; elle ne peut être prononcée contre un tiers que dans la mesure où les conditions prévues à l'art. 70 al. 2 CP ne sont pas réalisées. L'art. 71 al. 3 CP prévoit par ailleurs que l'autorité d'instruction peut placer sous séquestre, en vue de l'exécution d'une créance compensatrice, «des valeurs patrimoniales appartenant à la personne concernée». Il s'agit d'une mesure conservatoire, de caractère temporaire, destinée à assurer l'exécution d'une créance compensatrice. Elle est elle aussi fondée sur la vraisemblance et doit dès lors être maintenue tant que subsiste la possibilité d'un prononcé au sens de l'art. 71 CP.

En l'occurrence, la prévenue se voit reprocher des détournements, au préjudice des copropriétés, pour des montants évalués dans l'arrêt cantonal à CHF 70 000 et 200 000. L'existence d'une infraction contre le patrimoine ainsi que le produit de ces infractions, apparaît suffisamment vraisemblable, en dépit de l'argumentation présentée par les intimés à propos du devoir de contrôle des copropriétaires.

L'arrêt attaqué retient que l'immeuble a été vendu par actes des 28 décembre 2006 et 23 août 2007 aux époux L. et M., pour un prix total de CHF 559 320 comprenant la construction d'un chalet. Les acquéreurs, domiciliés à Madagascar, n'ont toutefois pas pu être inscrits au registre foncier car ils n'ont pas pu bénéficier de l'autorisation selon la LFAIE malgré la présentation d'un dossier complet. Il en résulte que la prévenue se trouve toujours propriétaire de l'immeuble et que ce dernier fait actuellement partie de son patrimoine. A ce titre, il peut manifestement faire l'objet d'un séquestre en vue du paiement d'une créance compensatrice, si les fonds détournés devaient ne plus être disponibles. La cour cantonale a donc considéré à tort que la saisie avait eu lieu en mains de tiers, les acheteurs de l'immeuble ne disposant en l'état que des créances découlant du contrat de vente. La question de savoir si les acquéreurs sont de bonne foi, s'ils ont fourni une prestation équivalente et, le cas échéant, de quelle manière cette bonne foi devrait être protégée, ne peut manifestement pas être résolue en l'état par l'autorité d'instruction.

Sur le vu de ce qui précède, la simple possibilité d'une application de l'art. 71 CP justifiait le maintien du séquestre. Du point de vue de la proportionnalité, l'atteinte portée aux intimés apparaît d'ailleurs limitée puisqu'elle consiste en une restriction provisoire du droit d'aliéner, et n'empêche pas l'exercice des autres droits attachés à la propriété.

(1^{re} Cour de droit public, 1B_421/2011, 1B_493/2011, 22. 12. 2011, A., B., C., D., E., F., G., H., I., J. c/ K., L. et M.; arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

Art. 132 CPP; Défenseur d'office

Compte tenu des particularités du cas d'espèce (cf. arrêt), la question du droit à un défenseur légal ne saurait s'apprécier en tenant compte uniquement de l'état actuel de l'enquête. En effet, comme il le mentionne lui-même, le recourant a déjà été condamné pour homicide par négligence «pour des faits de violence». Il lui était alors reproché d'avoir tué son compagnon au cours d'une dispute, en le frappant à la gorge avec un couteau éplucheur (cf. arrêt 1P.57/2006 du 27 janvier 2006). Cette condamnation n'est pas seulement de nature à conforter la version de la plaignante, mais elle est aussi susceptible d'avoir une incidence négative sur la fixation de la peine. Par ailleurs, si le Ministère public semble s'en tenir actuellement à l'infraction de voies de fait, il pourrait décider d'aggraver l'accusation et il n'est pas exclu que l'autorité de jugement condamne finalement le recourant pour mise en danger de la vie d'autrui au sens de l'art. 129 CP, le cas échéant après modification et compléments de l'accusation selon la procédure de l'art. 333 CPP. Dans ces conditions particulières, on peut admettre que le recourant encourt une peine privative de liberté dont la durée n'est pas

négligeable. Il ne se justifie donc pas d'attendre une aggravation des charges pour envisager une défense d'office, ce d'autant moins qu'une telle aggravation pourrait survenir à la fin de l'instruction voire même au stade du jugement. L'intervention d'un mandataire professionnel apparaît donc nécessaire pour suivre l'instruction et réagir à temps aux nouveaux développements qui pourraient s'esquisser, une désignation tardive étant susceptible de péjorer notablement la situation du recourant.

(1^{re} Cour de droit public, 4.1.2012, 1B_477/2011, A. c/ Ministère public de l'arrondissement de Lausanne; arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

DIE PRAXIS

BUNDESGERICHT EGMR

Neben weiteren, nicht in der Amtlichen Sammlung publizierten Entscheiden sowie umfassenden Hinweisen auf die aktuellsten Leitentscheide des Bundesgerichts, die innerhalb der letzten Monate im Internet zugänglich gemacht worden sind, enthält die Dezember-Ausgabe 2011 der **Praxis** Übersetzungen der unten aufgeführten BGE ins Deutsche.

BGE	Praxis	Gegenstand
137 II 371	Nr. 3	Börsenrecht; Pflicht zur Offenlegung von Beteiligten und Ausnahmen davon; Übergangsrecht
137 III 238	Nr. 8	Beschwerde in Zivilsachen/ subsidiäre Verfassungsbeschwerde; Erfordernis der kantonalen Letztinstanzlichkeit
137 III 344	Nr. 7	Bäuerliches Bodenrecht; auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens des BGG bestehende Gewinnansprüche anwendbares Recht; Einfluss von raumplanerischen Massnahmen auf das Verfahren für die Zuweisung im Sinne des BGG
137 III 362	Nr. 5	Einseitige Änderung des Mietvertrags hinsichtlich der Nebenkosten
137 III 385	Nr. 4	Art. 163 ZGB als gesetzliche Grundlage der Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten sowohl beim Ehe-schutz als auch bei vorsorglichen Massnahmen
137 III 389	Nr. 6	Mietrechtliche Streitigkeiten; Streitwert bei Anfechtung einer Kündigung
137 IV 153	Nr. 9	Förderung einer rechtswidrigen Erwerbstätigkeit eines Ausländers in der Schweiz; Begriff des Verschaffens
137 IV 180	Nr. 12	Dauer der Sicherheitshaft; Bewilligung oder Verlängerung grundsätzlich für längstens drei Monate
137 IV 186	Nr. 11	Antrag auf Haftentlassung im Berufungsverfahren; kein Recht auf eine Verhandlung
137 V 273	Nr. 13	Invalidenversicherung; Anspruch auf Verzugszinsen im Rahmen des Revisionsverfahrens

Die Praxis – 101. Jg. 2012 – ISSN 1017–8147 – erscheint monatlich; www.legalis.ch.

Der SAV teilt mit La FSA vous informe

Schweizerischer Anwaltstag vom 22. Juni 2012 in Zürich

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

- Referat von Kollege Dominik Gasser (Rechtsanwalt, Partner bei Bratschi Wiederkehr Buob, Bern/Zürich/St. Gallen/Basel/Zug, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern) zum Thema «18 Monate ZPO – der Stresstest» in der Aula der Universität Zürich
- Im Anschluss daran Podiumsdiskussion mit Dominik Gasser, Dr. iur. Alexander Brunner, Oberrichter am Handelsgericht Zürich/Ersatz-Bundesrichter sowie Nicolas von Werdt, Fürsprecher, Bundesrichter
- 111. Delegiertenversammlung in der Calatrava Bibliothek des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich
- Offizielle Eröffnung der Ausstellung «Anwalt ohne Recht» mit Grussbotschaft von Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
- Dîner im ETH-Dozentenfoyer

News «Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV»

Spezialisierungskurs im Erbrecht

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich wird in Zusammenarbeit mit der Universität Luzern sowie dem Schweizerischen Anwaltsverband im Zeitraum von Ende August 2012 bis Mitte April 2013 den fünften Spezialisierungskurs im Erbrecht durch. Der Kurs umfasst neben der notwendigen Vor- und Nachbereitung 120 Stunden. Bei Bestehen der abschliessenden schriftlichen Prüfung wird das «Certificate of Advanced Studies der Universität Zürich in Erbrecht» verliehen. Die erfolgreiche Absolvierung dieses Kurses stellt eine der Voraussetzungen dar, um den Fachanwaltstitel zu erlangen. Die Kursdaten lauten wie folgt: 18.06.2012: «KVK» – Einstimmung der Zugelassenen auf die Abläufe

30.08. – 01.09.2012: 1. Block

25. – 27.10.2012: 2. Block

22. – 24.11.2012: 3. Block

10. – 12.01.2013: 4. Block

14. – 16.03.2013: 5. Block

13.04.2013: Schriftliche Prüfung

Anmeldeschluss ist der 31. März 2012.

Die Details (Zulassungsvoraussetzungen, Absenzenreglement, Kursgebühren, Kursthemen, etc.) sowie das entsprechende Anmelde- und Fallbeschreibungsförmular finden Sie auf unserer Website www.fachanwalt.sav-fsa.ch, unter der Rubrik «Ausbildung».

Journée des Avocats Suisses du 22 juin 2012 à Zurich

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

- Conférence de M^e Dominik Gasser (avocat, associé chez Bratschi Wiederkehr Buob, Berne/Zurich/St-Gall/Bâle/Zoug, chargé de cours à l'Université de Lucerne) intitulée «18 mois de CPC: le test de résistance au stress» à l'aula de l'Université de Zurich.
- Suivie d'un débat public avec M^e Dominik Gasser, Alexander Brunner, docteur en droit, juge cantonal au Tribunal de commerce zurichois/juge fédéral suppléant, ainsi que Nicolas von Werdt, avocat et juge fédéral.
- 111^e Assemblée des délégués dans la bibliothèque Calatrava de la faculté de droit de l'Université de Zurich
- Ouverture officielle de l'exposition «Avocat sans droit» avec message de bienvenue de M^{me} la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga
- Dîner au foyer des doyens de l'EPFZ

News «Avocat/e spécialiste FSA»

Cours de spécialisation en droit de la construction et de l'immobilier

En collaboration avec la Fédération Suisse des Avocats (FSA), l'Institut pour le droit suisse et international de la construction de l'Université de Fribourg offre à partir de novembre 2012 le quatrième cours de spécialisation en droit de la construction et de l'immobilier. Cette formation d'une année consiste en un panorama systématique et interactif des questions que pose l'ensemble du droit de la construction et de l'immobilier (privé comme public). La réussite de l'examen écrit final donne droit à un «Certificate of Advanced Studies en droit de la construction et de l'immobilier (Construction and Real Estate Law)» décerné par l'Institut pour le droit suisse et international de la construction.

Délai d'inscription: 31 mai 2012

Vous trouverez les détails (conditions de participation, directive relative aux absences, tarif du cours, thèmes et dates du cours, etc.) ainsi que le formulaire d'inscription et le formulaire pour les descriptions des cas sur notre site www.avocatspecialiste.sav-fsa.ch sous la rubrique «formation».

Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

Zivilrecht/Droit civil

15.03.2012	Haftpflicht- und Versicherungsrecht «at noon»	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch
20.03.2012	Aktuelle Fragen zum Mietrecht II	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch , www.eiz.uzh.ch
19.04.2012	Haftpflicht- und Versicherungsrecht «at noon»	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch , www.irp.unisg.ch
30.05.2012	Nachehelicher Unterhalt – Workshop	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Geschäftsstelle, Sandra Strauss, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 043 541 17 17, Fax 043 541 17 74, sjwz@sjwz.ch , www.sjwz.ch
Frühling 2012	St. Galler Erbrechtstage	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
18.06.2012- 13.04.2013	Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV Spezialisierungskurs im Erbrecht	Diverse	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@sav-fsa.ch , www.sav-fsa.ch
28.08.2012	Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Übersicht / Umsetzung im Kanton Zürich	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Geschäftsstelle, Sandra Strauss, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 043 541 17 17, Fax 043 541 17 74, sjwz@sjwz.ch , www.sjwz.ch

Handelsrecht

21.03.2012	Vertragsauslegung und neues Recht der AGB	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Geschäftsstelle, Sandra Strauss, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 043 541 17 17, Fax 043 541 17 74, sjwz@sjwz.ch , www.sjwz.ch
08.05.2012	Entwicklung im Finanzmarktrecht IX	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch , www.eiz.uzh.ch

Zivilprozessrecht/SchKG/Code de procédure civile/LP

13.03.2012	Formation continue FSA: médiation	aux alentours de Lausanne (Le Courtil/ Rolle)	Fédération Suisse des Avocats, Marktgasse 4, CP 8321, 3001 Berne, tél. 031 313 06 06, fax 031 313 06 16, info@sav-fsa.ch , www.sav-fsa.ch
08.-09.05.2012	Kurz-Zeit-Mediation	Konstanz	Konstanzer Schule für Mediation, Marktstätte 15, D-78462 Konstanz Tel. 0049 7531 819430, www.ksfm.de , info@ksfm.de
14.-15.05.2012	Gerichtsnaher Mediation: Shuttle Mediation / Herausforderung ZPO	Glattbrugg	SGO Training, Flughafenstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, info@sgo.ch , www.sgo.ch
28.06.-17.11.2012	Kernausbildung Wirtschaftsmediation SGO (SAV/SKWM)	Glattbrugg	SGO Training, Flughafenstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, info@sgo.ch , www.sgo.ch

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

12.04.2012	StrafR! Erfahrungen mit der neuen StPO	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Geschäftsstelle, Sandra Strauss, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 043 541 17 17, Fax 043 541 17 74, sjwz@sjwz.ch , www.sjwz.ch
12.04.2012	6. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Geldwäscherei – Asset Recovery	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch , www.eiz.uzh.ch

Öffentliches Recht/Droit public

15.03.2012	4. Zürcher Praktikertag für Baurecht	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch , www.eiz.uzh.ch
15.-16.03.2012	Rechtliche Fragen rund um die Ergänzungsleistungen	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
24.04.2012	Sozialversicherungsrecht und Ehescheidung	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

Diverses/Divers

22.06.2012	Vergabetagung 2012	Zürich	Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg, Avenue de Beauregard 13, 1700 Freiburg, Tel. 026 300 80 40, Fax 026 300 87 20, baurecht@unifr.ch , www.unifr.ch/baurecht
2012/2014	LL.M.-Lehrgang 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
19.04.2012	Fünftes Zürcher Präventionsforum – Raser, Risikofahrer und andere kriminelle Verkehrsteilnehmer – Delinquenz im Strassenverkehr und Prävention	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch , www.eiz.uzh.ch