

Peter von Ins	Editorial	383
	Thema/Question du jour	
Andrea Baechtold	Die Vollziehung der unbedingten Freiheitsstrafe im revidierten StGB	387
Simon Hirsbrunner	Neue Entwicklungen im EG-Recht	391
	Anwaltspraxis/Pratique du barreau	
Wolfgang Portmann	Streitigkeiten aus Arbeitsverträgen nach dem Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung	394
Carlos Jaïco Carranza et Sébastien Micotti	Unité du nom de famille et rattachement anticipé	398
Mathias Kummer	E-Mail-Verschlüsselung in der Anwaltskanzlei	400
	Rechtsprechung/Jurisprudence	404
	Rechtsetzung/Législation	411
	SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux	
René Rall	Mitteilungen des Generalsekretärs / Communications du Secrétaire général	414
	Agenda	419

Impressum

Anwaltsrevue/Revue de l'avocat
8. Jahrgang 2005/8^e année 2005
ISSN 1422-5778

Zitiervorschlag/Suggestion de citation
Anwaltsrevue 10/2005, 381 ff.
Revue de l'avocat 10/2005, 381 ss

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

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

**Verlag und Redaktion/
Edition et rédaction**
Helbing & Lichtenhahn Verlag
Lektorat Zeitschriften
Lic. phil. Roland Strub
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/Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06
Fax 031 313 06 16
info@swisslawyers.com
www.swisslawyers.com

Inserate/Annonces
Kretz AG
General Wille-Str. 147, Postfach
CH-8706 Feldmeilen
Tel. 01 925 50 60
Fax 01 925 50 77
info@kretzag.ch

Vertrieb/Distribution
Bookit Medienversand AG
Industriest. Ost 10, CH-4614 Hägendorf
Tel. 062 209 27 39
Fax 062 209 26 27
zeitschriften@sbz.ch

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

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

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

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

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

Editorial

Neulich im Zug

«Meiner hat mir gleich auf Anhieb gefallen.» «Mir ging's ganz ähnlich, wie er so vor mir stand, so habe ich ihn mir vorgestellt.» «Wie bist du denn auf ihn gekommen?» «Na, ich hatte vorher schon einen, aber der war dann nicht der Richtige.» «Tja, man hat da halt so seine Vorstellungen, wie er sein soll am Anfang... vielleicht auch etwas naiv, damals, all die Fernsehserien...» «Wie Fernsehserien?» «Ich meine die Schauspieler, die sind halt dann meist so perfekt, diese Ausstrahlung, die klugen Sprüche und der Riecher für's Wesentliche...» «Du willst doch damit nicht sagen, dass du bei deiner Wahl so einen wolltest?» «Doch, irgendwie schwingt dies halt mit, du kannst das jetzt romantisch nennen, oder wie du willst» «Und, wie war's dann beim ersten Mal?»

Redlich hatte das unbestimmte Gefühl, dass seine Ohren nun nicht nur ihre Farbe allmählich in Ampelrot änderten, sondern mit fortschreitendem Empfang dieses Dialoges auch stets wie grösser wurden. Krampfhaft locker startete er auf irgendetwas in seiner Zeitung, wobei er jedes störende Rascheln tunlichst vermied und gespannt weiter lauschte. Die beiden Damen bemerkten ihn nicht. Wenn jetzt bloss nicht der Mini-Buffer-Wagen ins Abteil schnepperte. Die Blonde beugte sich vor: «Das erste waren natürlich die Hände, weisst Du, dieser Kontrast, die Wärme seines Händedruckes vor dem doch eher kühlen Möbeldesign.» «Meiner war am Anfang aber ausgesprochen scheu, der konnte mir kaum in die Augen sehen!» «Die Augen waren natürlich das Zweite, was mich faszinierte, da blickst du rein und hast ein fast grenzenloses Vertrauen.» «Biel, Minelal, glosse Sanwitsch», rief auf einmal eine Stimme, welche laut der am Jacketrevers befestigten Alutafel zu «Shanmugampillai Thevanayakam» gehörte. Bevor Redlich überlegen konnte, ob er den freundlich lächelnden Störefried mit vollem Namen ansprechen sollte, beugte sich schon die elegante Schwarzhaarige vor und tuschelte etwas, was, aufgrund des hellen Auflachen ihres blonden Gegenübers zu schliessen, besonders lustig gewesen sein musste. Die Erfrischungen zogen scheppernd mit Herrn Shanmugampillai ab und Redlich konnte wieder ungestört den unterbrochenen Dialog der Damen verfolgen, nicht ohne die tarnende Zeitung noch etwas höher zu halten.

«Manchmal werde ich aber einfach nicht schlau aus ihm.» «Wie meinst du das?» «Weisst du, einerseits erklärt er dir etwas in aller Ausführlichkeit und dann auf einmal hat er wieder überhaupt keine Zeit, wirkt gehetzt, und wenn ich ihn ins Büro anrufe, habe ich das Gefühl, er lasse sich von seiner Sekretärin verleugnen.» «Stell ihn doch einmal zur Rede deswegen, das würde ich mir von meinem nur einmal bieten lassen, der wüsste dann, was es geschlagen hat.» «Ja, ich hab» das auch schon gedacht,

aber er würde mir das dann als Misstrauen auslegen. Er hat gleich zu Beginn gesagt, dass unser Verhältnis auf Vertrauen basiert und dass wir das auch jederzeit beenden könnten.» «Was, das hat deiner wirklich so gesagt?» «In dieser ganzen nüchternen Klarheit.» «Meiner, der wollte gleich beim ersten Mal über Finanzielles sprechen.» «Und?» «Als ich ihm gesagt habe, ich möchte mal schauen, wie sich das so entwickelt, wurde er sehr bestimmt und hat gesagt, wir müssten das gleich regeln, sonst gäbe es später nur Ärger, den man so vermeiden könnte.» «Recht hat er ja schon irgendwie, doch es ist halt schon komisch, einfach so kühl gleich über Finanzielles zu sprechen.» «Und ist er gut, deiner?» «Jedenfalls besser als sein Vorgänger.» «In welcher Beziehung?»

Redlich hätte trotz grenzenloser Zuneigung zu fernöstlichen Reisedestinationen und deren friedliebender Bevölkerung im Allgemeinen und den hier arbeitenden im Besonderen Herrn Shanmugampillai mitsamt seinem Strahlen eigenhändig erwürgen können, als dieser ausgerechnet jetzt wieder mit seinen scheppernden Fläschchen vorbeilärmte. So entzog sich leider Redlichs Gehör, in welcher Beziehung der Vorgänger besser gewesen sei. Als die elegante Dunkelhaarige sich zurücklehnte und fast suffizient bemerkte: «Bei diesen Typen merkst du ja relativ schnell, ob einer etwas kann», war Redlich mit seinem grossen Lauschangriff wieder mit von der Partie. Vor dem geistigen Auge versuchte er schon, sich diese hier verhandelten Ehemänner vorzustellen, als die Blonde sagte: «Weisst du, wenn der mir jeweils schreibt, muss ich diese Post vor meinem Mann verstecken und was drin steht, das muss ich mir dann noch übersetzen lassen, da kommt kein Mensch draus.» «Ja, ist bei meinem genau gleich, aber schau – Anwälte sind nun mal so. Derjenige meines Mannes ist in dieser Beziehung genau gleich wie meiner, alles stets mit hundert «wenn und aber» und, es könnte noch» erklären – eben typisch Anwalt. Am Schluss kommst du eh nicht mehr draus, aber brauchen tust du sie trotzdem.» Redlich hatte nun dunkelrote Ohren und wünschte sich Herr Shanmugampillai mit einem kühlen «Biel» zurück.

Peter von Ins, Fürsprecher

Andrea Baechtold*

Die Vollziehung der unbedingten Freiheitsstrafe im revidierten StGB

Stichworte : unbedingte Freiheitsstrafe, Strafvollzug, Strafvollstreckung, bedingte Entlassung

Gegenstand der nachstehenden Ausführungen sind die neuen gesetzlichen Vorgaben zur Vollziehung der unbedingten Freiheitsstrafe.¹ Diese sind – anders als im geltenden Recht – im Wesentlichen im Vierten Titel nStGB systematisch geordnet und zusammengefasst. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass strafvollzugsrechtliche Vorschriften auch in anderen Teilen des nStGB enthalten sind. Abschnitt 2 vermittelt einen knappen Überblick über die diesbezügliche Regelungsarchitektur des nStGB. In Abschnitt 3 sollen die konkreten gesetzlichen Vorgaben des Vierten Titels vorgestellt und diskutiert werden²; auf eine Darstellung der übrigen Vorschriften muss dagegen verzichtet werden.

Die Bedeutung der neuen Vorschriften lässt sich indessen kaum abschätzen, solange nicht geklärt ist, welchen Stellenwert die unbedingt vollziehbare Freiheitsstrafe künftig im gesamten Sanktionensystem einnimmt. Deshalb soll einleitend untersucht werden (Abschnitt 1), wie die unbedingt vollziehbare Freiheitsstrafe, im Vergleich zum geltenden Recht, im nStGB positioniert ist.

1. Die Positionierung der Freiheitsstrafe im Sanktionensystem

Bereits in seiner Botschaft zu seinem Revisionsentwurf hat der Bundesrat die Zurückdrängung der kurzen (nicht aber der längeren) Freiheitsstrafe zu einem der erklärten Hauptziele der Revision erhoben.³ Zu fragen ist folglich, ob und wie diese Absichtserklärung eingelöst wurde.

1.1 Die kurze Freiheitsstrafe

Das Instrument zur Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe stellt Art. 41 nStGB zur Verfügung: Vollziehbare Freiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten dürfen vom Gericht nur angeordnet werden, wenn nicht freiheitsentziehende Sanktionen (bedingte Strafe, Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit) nicht anwend-

bar oder vollziehbar sind. Erkennt das Gericht in Abweichung von der Regel dennoch auf eine vollziehbare Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten⁴, dann bedarf dies einer ausdrücklichen Begründung. Art. 41 nStGB eröffnet dem Richter ein erhebliches Potential zur Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe. Solche Freiheitsstrafen werden deshalb künftig zweifelsfrei erheblich weniger oft angeordnet als nach geltendem Recht. In welchem Masse dies aber der Fall sein wird, ob kurze Freiheitsstrafen also tatsächlich zur Ausnahme werden, lässt sich indes nicht vorhersehen (vgl. dazu auch Abschnitt 1.3).

1.2 Die längere Freiheitsstrafe

Eine Zurückdrängung längerer Freiheitsstrafen ist zwar kein ausdrückliches Programmziel der Revision, doch sind einige neue Vorschriften zu beachten, welche den Anwendungsbereich solcher Freiheitsstrafen einschränken: Der (allerdings nur ganz selten zum Zuge kommende) neue Strafbefreiungsgrund des «fehlenden Strafbedürfnisses» (Art. 52 nStGB), der in drei Fällen verbindliche Verzicht auf den Vollzug einer Freiheitsstrafe, wenn sich bei einem bedingt oder definitiv Entlassenen nachträglich herausstellt, dass bei der Entlassung eine weitere vollziehbare Freiheitsstrafe vorgelegen hatte (Art. 75 Abs. 6 nStGB), sowie die erheblich restriktiveren Regelungen für eine Rückversetzung aus dem Massnahmenvollzug in eine Freiheitsstrafe.⁵ Ob im übrigen die dem Richter neu zur Verfügung stehende teilbedingte Freiheitsstrafe (Art. 43 nStGB) zu einer Zunahme der Zahl der unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafen oder zu einer Verkürzung der 1–3-jährigen Strafen führen wird, lässt sich nicht vorhersehen. Insgesamt eröffnen diese Neuerungen also ein – allerdings bescheidenes – Potential zur Zurückdrängung auch längerer Freiheitsstrafen.

* Prof. Andrea Baechtold, Institut für Strafrecht und Kriminologie, Universität Bern.

1 Schweizerisches Strafgesetzbuch, Änderung vom 13. Dezember 2002 (BBl 2002 8240–8319).

2 Für eine eingehendere Darstellung des Vollzugsrechts nach dem nStGB vgl. ANDREA BAECHTOLD, Strafvollzug. Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, Bern 2005.

3 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, S. 7.

4 Art. 79 Abs. 1 nStGB schreibt vor, dass solche Strafen in der Regel in der Vollzugsform der Halbgefangenschaft zu erstehen sind. Ob sich diese Regel – angesichts der für kurze Freiheitsstrafen gesetzlich vorgegebenen Indikation – allerdings tatsächlich durchsetzen wird, scheint fraglich.

5 Bei erfolgreichen therapeutischen Massnahmen, stationären und ambulanten, wird künftig eine Vollziehung der aufgeschobenen Strafe, auch wenn diese länger ist als die erstandene Massnahme, verbindlich ausgeschlossen (Art. 62b Abs. 3 und Art. 63b Abs. 1 nStGB). Wird die Massnahme aus einem anderen Grund aufgehoben, dann ist die verbleibende «Reststrafe» nicht in jedem Falle zu vollziehen (Art. 62c Abs. 2 und Art. 63b Abs. 2 und 4 nStGB).

1.3 Die Freiheitsstrafe als Residual- und Auffangstrafe

Wie im geltenden Recht wird der unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe weiterhin die Funktion einer Residual- und Auffangfunktion zukommen: Nicht einbringliche Geldstrafen können weiterhin in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt werden (Art. 36 nStGB), nicht erbrachte gemeinnützige Arbeitsleistungen ebenfalls (Art. 39 nStGB) und auch bedingt oder teilbedingt vollziehbare Freiheitsstrafen können bei Nichtbewährung vollziehbar werden (Art. 46 nStGB). Das hat namentlich zur Konsequenz, dass die Zahl der unbedingt vollziehbaren kurzen Freiheitsstrafen weit über der Anzahl der kurzen Freiheitsstrafen liegen wird, welche das Gericht als Ausnahme von der Regel im Urteil angeordnet hat (Abschnitt 1.1).

1.4 Fazit

Die beschriebenen gesetzlichen Festlegungen haben insgesamt zur Folge, dass die (jedenfalls kurze) vollziehbare Freiheitsstrafe im Sanktionensystem potentiell (und voraussichtlich auch tatsächlich) an Bedeutung verliert, ihrer Stellung als «Eckpfeiler» des Sanktionensystems aber keineswegs verlustig geht. Das bedeutet überdies, dass die vollzugsrechtlichen Festlegungen des nStGB auf alle Freiheitsstrafen, also auch auf kurze, Anwendung finden.⁶

2. Die Struktur der strafvollzugsrechtlichen Vorschriften

Die vollzugsrechtlichen Vorschriften sind im Wesentlichen im Vierten Titel des Ersten Buches («Vollzug von Freiheitsstrafen und freiheitsentziehenden Massnahmen») aufgeführt: die Vollzugsgrundsätze (Art. 74–75 nStGB), die Anstaltendifferenzierung (Art. 76 nStGB), die Vollzugsformen (Art. 77–80 nStGB), die Vollzugsbedingungen (Art. 81–85 sowie Art. 75a und Art. 91 nStGB), die bedingte Entlassung (Art. 86–89 nStGB) und spezielle Instrumente der Vollstreckung (Art. 75 Abs. 2 sowie Art. 92 nStGB).

In anderen Teilen des nStGB finden sich ergänzende Vorschriften zur Vollziehung der Freiheitsstrafe. Der Fünfte Titel des Zweiten Buches regelt im Wesentlichen mit der Bewährungshilfe zusammenhängende Fragen. Der Siebente Titel des Dritten Buches enthält in den Art. 376–380 nStGB Aufgaben- und Kompetenzzuweisungen an die Kantone und im Neunten Titel des Dritten Buches findet sich mit Art. 387 nStGB eine Norm zu ergänzenden Zuständigkeiten des Bundesrates im Bereich des Strafvollzugs.

3. Die Vollzugsvorschriften des Vierten Titels

3.1 Vollzugsgrundsätze

Während sich das geltende Recht mit der schlichten Feststellung begnügt, der Vollzug solle «erziehend auf den Gefangenen einwirken und ihn auf den Wiedereintritt auf das bürgerliche Leben vorbereiten» sowie «darauf hinwirken, dass das Unrecht, das dem Geschädigten zugefügt wurde, wiedergutmacht wird» (Art. 37 Abs. 1 StGB), enthält Art. 74 und insbesondere Art. 75 Abs. 1 nStGB einen weit umfassenderen und präziseren Katalog von Vollzugsgrundsätzen. Art. 74 bekräftigt vorab die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die Menschenwürde des Inhaftierten zu achten ist und dessen Rechte nur soweit beschränkt werden dürfen, «als der Freiheitsentzug und das Zusammenleben in der Vollzugseinrichtung es erfordern». Auch Art. 75 Abs. 1 geht zwar nicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichts hinaus, fasst die durch das Bundesgericht in Anlehnung an die pönologische Lehrmeinung entwickelten Grundsätze aber knapp zusammen: den Grundsatz eines integrativen, auf Rückfallverhütung ausgerichteten Vollzugs, der Normalisierungsgrundsatz (Anpassung des Vollzugs an die «allgemeinen Lebensverhältnisse»), die besondere Fürsorgepflicht, der sog. Entgegenwirkungsgrundsatz (wonach schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs entgegenzuwirken ist) sowie der Grundsatz, wonach im Vollzug «dem Schutz der Allgemeinheit», aber gleichermassen auch «des Vollzugspersonals und der Mitgefangenen» Rechnung zu tragen sei.

Die Tragweite der im Vergleich zur blossen «Programmvorschrift» des geltenden Rechts weit konkreteren Fassung der Vollzugsgrundsätze im nStGB lässt sich derzeit nicht abschliessend beurteilen. Doch ist anzunehmen, dass sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach der Rüge einer Missachtung von Art. 37 Ziff. 1 StGB keine selbständige Bedeutung zukomme (was eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ausschliesst; BGE 99 Ia 262), unter den neuen gesetzlichen Voraussetzungen nicht mehr grundsätzlich aufrecht erhalten lässt.

Besondere Beachtung verdient ferner Art. 75 Abs. 3 nStGB, wonach «zusammen mit dem Gefangenen ein Vollzugsplan» zu erstellen ist, der u. a. «Angaben über die angebotene Betreuung, die Arbeits- sowie die Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten, die Beziehungen zur Aussenwelt und die Vorbereitung der Entlassung» enthalten soll. Der Innovationsgehalt dieser Vorgabe liegt namentlich darin, dass sie auch für den Vollzug kurzer Strafen (welche derzeit im Wesentlichen in Kurzstrafenabteilungen von Untersuchungsgefängnissen vollzogen werden) verbindlich ist.

3.2 Anstaltendifferenzierung

Anders als das geltende Recht, welches den Kantonen die Einrichtung einer Vielzahl von Anstaltstypen vorschreibt, unterscheidet Art. 76 nStGB lediglich noch offene und geschlossene Strafanstalten, wobei ersteren auch geschlossene Abteilungen und zweiten auch offene Abteilungen angegliedert werden können. Da bundesrechtlich zudem keine spezialisierten Frauen-

⁶ Mit dem nStGB wird die sog. «Einheitsfreiheitsstrafe» eingeführt, die Strafformen nach geltendem Recht (Haft, Gefängnis, Zuchthaus) entfallen.

vollzugsanstalten betrieben werden müssen (vgl. Art. 75 Abs. 5 nStGB), sind künftig also bloss noch offen oder geschlossen geführte Strafanstalten verbindlich vorgeschrieben.

Damit soll die im Verlaufe der letzten zwei Jahrhunderten erfolgte Ausdifferenzierung von Anstaltstypen indessen nicht rückgängig gemacht werden. Vielmehr soll den Kantonen durch die Rücknahme bundesrechtlicher Vorgaben ermöglicht werden, je nach Bedarf für besondere Klientelengruppen spezialisierte offene oder geschlossene Anstalten einzurichten (vgl. dazu auch Art. 377 Abs. 1 und 2 nStGB).

3.3 Vollzugsformen

Die derzeit teils im StGB, teils in Verordnungen zum StGB wenig systematisch aufgeführten Vollzugsformen sind neu in den Art. 77–80 nStGB zusammenhängend geregelt: Normalvollzug (bisher «Gemeinschaftshaft»), Arbeitsexternat (bisher «Halbfreiheit»), Wohn- und Arbeitsexternat (bisher bloss im Massnahmenvollzug vorgesehen), Halbgefangenschaft (neu für Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr), Einzelhaft (welche neu an konkrete Voraussetzungen geknüpft wird) sowie der tageweise Vollzug (neu für Freiheitsstrafen bis zu vier Wochen). Die Neuerungen bedeuten insgesamt eine Zurückdrängung des Normalvollzugs zu Gunsten von Vollzugsformen, welche die Freiheit des Verurteilten nicht durchgehend auf den Bereich des Anstaltsareals einschränken.⁷

In diesem Zusammenhang ist auf zweierlei hinzuweisen: Die Kantone sind weiterhin befugt, nach eigenem Recht zusätzliche (dem Bundesrecht nicht widersprechende) Vollzugsformen einzuführen (z. B. Hochsicherheitsabteilungen oder sog. «Integrationsabteilungen» für aus psychischen Gründen nicht in den Normalvollzug integrierbare Strafgefangene). Andererseits ermöglicht Art. 80 nStGB zu Gunsten der Gefangenen von den bundesrechtlichen Vollzugsregeln abzuweichen (z. B. aus gesundheitlichen Gründen, für schwangere Frauen, Frauen mit Kleinkindern) und diese sogar in vollzugsfremden «geeigneten Einrichtungen» zum Vollzug einer Freiheitsstrafe unterzubringen.⁸

3.4 Vollzugsbedingungen

Auch das nStGB verzichtet auf eine umfassende Regelung der Vollzugsbedingungen. Es enthält im wesentlichen Vorschriften zu den Regelungsbereichen «Arbeit/Bildung/Arbeitsentgelt» (Art. 81–83 nStGB), zu den «Beziehungen zur Aussenwelt» (Art. 84 nStGB) sowie zu besonders erheblichen Eingriffen in die Rechte Straffälliger («Besondere Sicherheitsmassnahmen», Art. 75a nStGB; «Kontrollen und Untersuchungen», Art. 85 nStGB; Disziplinarrecht, Art. 91 nStGB). Bundesrechtlich nicht

normiert bleibt damit weiterhin namentlich der Komplex der «materiellen Haftbedingungen».

Mit Blick auf den erstgenannten Regelungsbereich ist hervorzuheben, dass die Aus- und Weiterbildung der Strafgefangenen im Bundesrecht neu als Aufgabe des Vollzugs ausdrücklich genannt wird, und dass eine im Vollzugsplan vorgesehene Aus- oder Weiterbildung analog der Gefangenearbeit angemessen zu vergüten ist (Art. 82 und Art. 83 Abs. 3 nStGB). Damit wird die Aus- und Weiterbildung faktisch der Gefangenearbeit gleichgestellt. Der Strafgefangene ist also zur Leistung von Gefangenearbeit⁹ oder zu Leistungen im Bereich der Aus- oder Weiterbildung verpflichtet. Das Arbeits- oder Bildungsentgelt tritt an die Stelle des «Verdienstanteils» nach geltendem Recht. Es soll der erbrachten Arbeitsleistung «und den Umständen» entsprechen. Auf den ersten Blick erscheint wenig klar, was unter weiteren, für die Bemessung des Arbeitsentgelts massgeblichen «Umständen» zu verstehen ist. Es gibt keinen Hinweis dafür, dass für die Bemessung des Arbeitsentgeltes auch vom Arbeitsverhalten unabhängige Kriterien zum Zuge kommen sollen (wie im geltenden Recht). Die «Umstände» verweisen deshalb wohl darauf, dass nicht bloss die vom Gefangenen erbrachte Wertschöpfung zu berücksichtigen ist, sondern auch vom Strafgefangenen nicht beeinflussbare Faktoren, wie die Art und Ausstattung der einzelnen Arbeitsbetriebe und die effektive Leistungsfähigkeit des Strafgefangenen.

Die im geltenden Recht teils im StGB, teils in der Verordnung (1) zum StGB wenig systematisch und nicht durchwegs kohärent geregelten «Beziehungen zur Aussenwelt» sind neu in Art. 84 zusammengefasst. Beachtenswert sind namentlich zwei Neuerungen: Erstens wird der Kontakt Strafgefangener mit ihrem Verteidiger in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung präziser gefasst als im geltenden Recht¹⁰ und zweitens wird den Strafgefangenen ein Anspruch auf Urlaub ausdrücklich zugebilligt (sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind¹¹).

Besonders schwere Eingriffe in die Rechte Strafgefangener werden zwar auch im nStGB nicht umfassend geregelt¹², doch präzisiert Art. 85 nStGB immerhin die Voraussetzungen und die Bedingungen, unter welchen Leibesvisitationen zulässig sind. Ferner enthält Art. 91 nStGB eine durch das kantonale Recht zu konkretisierende Rahmenordnung zum Disziplinarrecht. In diesem Zusammenhang ist auch auf (den systematisch und redak-

7 Die derzeit aufgrund einer bundesrätlichen Bewilligung in sieben Kantonen zulässige Vollzugsform des Electronic Monitoring (elektronisch überwachte Hausarrest) ist im gesetzlichen Katalog der Vollzugsformen nicht enthalten. Angesichts der insgesamt positiven Erfahrungen mit dem Electronic Monitoring ist davon auszugehen, dass dieses in absehbarer Zeit (als Vollzugsform oder evtl. als eigenständige Sanktion) ins StGB aufgenommen wird.

8 Diese Neuerung entspricht dem durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung eingeführten Institut des «Vollzugs in angepasster Form» (BGE 103 Ib 184, 106 IV 321).

9 Wird er bei einem «privaten Arbeitgeber» beschäftigt, dann bedarf dies der Zustimmung des Strafgefangenen (Art. 81 Abs. 2 nStGB), womit das Bundesrecht dem Übereinkommen über Zwangs- und Pflichtarbeit vom 26. Juni 1930, für die Schweiz in Kraft seit 23. Mai 1941(!), angepasst wird.

10 Besuche des Verteidigers dürfen (optisch) beaufsichtigt, die Gespräche aber nicht mitgehört werden. Anwaltskorrespondenz und anwaltliche Schriftstücke dürfen nicht inhaltlich überprüft werden. Der Anwaltskontakt darf nur bei Missbrauch untersagt werden (Art. 84 Abs. 4 nStGB).

11 «Dem Gefangenen ist zur Pflege der Beziehungen zur Aussenwelt, zur Vorbereitung seiner Entlassung oder aus besonderen Gründen in angemessenem Umfang Urlaub zu gewähren, soweit sein Verhalten im Strafvollzug dem nicht entgegensteht und keine Gefahr besteht, dass er flieht oder weitere Straftaten begeht» (Art. 85 Abs. 6 nStGB).

12 Der Gesetzgeber hat namentlich auf eine Normierung der Zwangsmedikation und des Umgangs mit Hungerstreiks verzichtet.

tionell nicht zu überzeugenden) Art. 75a nStGB hinzuweisen: Die Vorschrift ist formell zwar strafvollstreckungsrechtlicher Natur¹³, doch verweist bereits ihr Marginale («Besondere Sicherheitsmassnahmen») darauf, dass von der Kommission als «gemeingefährlich» beurteilte Strafgefangene restriktiven Vollzugsbedingungen unterworfen werden können.

3.5 Bedingte Entlassung (bE)

Bei der bE aus dem Strafvollzug, welche in den Art. 86–89 nStGB präziser und besser strukturiert geregelt ist als im geltenden Recht, verdienen etliche Neuerungen eine besondere Beachtung. Erstens: Die für eine bE nach geltendem Recht vorausgesetzte positive Legalprognose wird durch das Fehlen einer negativen Legalprognose ersetzt (Art. 86 Abs. 1 nStGB). Zudem wird allerdings weiterhin verlangt, dass auch das Verhalten des Strafgefangenen im Strafvollzug eine bE rechtfertigen müsse.¹⁴ Zweitens: Strafgefangene können ausnahmsweise bereits nach der Strafhälfte bedingt entlassen werden¹⁵ (Art. 86 Abs. 4 nStGB). Damit wird der Praxis ermöglicht, allerdings unter einschränkenden Voraussetzungen, die bE wie in vielen anderen europäischen Staaten zeitlich vorzuziehen. Drittens: Die mit einer bE verbundene Probezeit entspricht, was für den Betroffenen plausibler ist als die Regelung des geltenden Rechts, normalerweise der Dauer des Strafrestes (beträgt aber mindestens ein Jahr und höchstens fünf Jahre; Art. 87 Abs. 1 nStGB). Nicht überzeugend ist im Übrigen die Festlegung, dass für die Dauer der Probezeit «in der Regel» Bewährungshilfe anzuordnen ist (Art. 87 Abs. 2 nStGB) und nicht bloss dann, wenn dies erforderlich erscheint (was die Praxis hoffentlich zurückhaltend interpretieren wird). Viertens: Für die wegen schwersten Straftaten Verurteilten wird das Verfahren durch die obligatorische Anhörung einer speziellen, beratenden Kommission ergänzt, was zu einer erheblichen Erweiterung der Aufgaben dieser Kommission führen wird (Art. 87 Abs. 3 nStGB). Fünftens: Die Nichtbewährung während der Probezeit setzt normalerweise die erneute Begehung eines Verbrechens oder Vergehens voraus¹⁶ (Art. 89 Abs. 1 nStGB). Sechstens: Die Rückversetzung ist vom für

die Beurteilung der neuen Straftat zuständigen Gericht anzuordnen (Art. 89 Ziff. 1 nStGB), welches aus spezialpräventiven Gründen aber auch auf eine Rückversetzung verzichten kann (Art. 89 Ziff. 2 nStGB). Sind seit Ablauf der Probezeit drei Jahre vergangen, dann ist eine Rückversetzung ausgeschlossen. Siebentens: Trifft der widerrufen Strafrest mit einer neuen unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe zusammen, so bildet der Richter neu eine Gesamtstrafe, auf welche die Regeln für eine bE erneut anwendbar sind (Art. 89 Abs. 6 nStGB).

Obwohl sich die im nStGB neu gefassten Regeln zur bE in ihren Grundzügen am bewährten geltenden Recht orientieren, sind sie (mit den erwähnten Vorbehalten) insgesamt aus spezialpräventiver und rechtsstaatlicher Sicht zu begrüssen.

3.6 Strafvollstreckung

Der Bundesgesetzgeber verzichtet – aus Rücksicht auf die unterschiedliche kantonale Behördenorganisation – weiterhin darauf, die Strafvollstreckung einheitlich zu regeln. Abgesehen von den oben angeführten Vorgaben im Zusammenhang mit der bE hat er indessen das im Recht der meisten Kantone eingeführte (und bewährte) Institut des «vorzeitigen Strafantritts» verbindlich ins Bundesrecht aufgenommen (Art. 75 Abs. 2 nStGB). Gegenüber dem geltenden Recht unverändert bleibt dagegen die summarische Regelung der Unterbrechung des Vollzugs: Dies soll weiterhin «aus wichtigen Gründen» möglich sein (Art. 92 nStGB).

4. Abschliessende Würdigung

Die bundesrechtlichen Vorgaben zur Vollziehung der Freiheitsstrafe werden im nStGB systematisch und weitgehend kohärent zusammengefasst. Inhaltlich wird die Freiheitsentziehung etwas umfassender und in wichtigen Bereichen deutlich präziser normiert als im geltenden Recht¹⁷ sowie konsequenter spezialpräventiv ausgerichtet. Ob die in die Reform gesetzten Erwartungen allerdings tatsächlich erfüllt werden, wird erst die Rechtsanwendung aufzeigen.

13 Sie verlangt, dass die vor einer bedingten Entlassung Verwahrter obligatorisch anzuhörende Kommission (Art. 64b Abs. 2 nStGB; ferner Art. 62d Abs. 2 nStGB) mit Blick auf «die Wahl des Vollzugsortes, die Urlaubsgewährung und die bedingte Entlassung» auch bei zu einer Freiheitsstrafe Verurteilten anzuhören ist, wenn diese eine Straftat begangen haben, welche mit einer Höchststrafe von zehn oder mehr Jahren bedroht ist (Art. 75a Abs. 1 nStGB).

14 Damit bleibt die Frage ungeklärt, ob für die verlangte «Rechtfertigung» auch Kriterien zulässig sind, welche für die Legalprognose irrelevant sind.

15 Sofern «ausserordentliche, in der Person des Gefangenen liegende Umstände dies rechtfertigen».

16 Mangelnde Kooperation mit der Bewährungshilfe oder die Missachtung von Weisungen können nur als ultima ratio zu einer Rückversetzung führen (Art. 89 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 95 Abs. 3–5 nStGB).

17 Dies gilt nicht durchwegs für den Vollzug freiheitsentziehender Massnahmen: Zwar enthält das nStGB neben den oben erwähnten, auf den Straf- und den Massnahmenvollzug gemeinsam anwendbaren Bestimmungen zum Disziplinarrecht und zur Unterbrechung des Vollzugs (Art. 91 und 92 nStGB) auch eine spezielle Norm zum Massnahmenvollzug (Art. 90 nStGB), welche zusammenfassend Abweichungen vom Strafvollzug aus therapeutischen Gründen zulässt, doch ist schwer einzusehen, dass die übrigen Normen zum Strafvollzug (Art. 75–89 nStGB) auf den Massnahmenvollzug integral keine (auch keine sinngemässe) Anwendung finden sollen.

Simon Hirsbrunner*

Neue Entwicklungen im EG-Recht

Stichworte: Standesregeln, Honorarordnung, Werbeverbot, EG-Kartellrecht, Rechtsanwaltsexamen, Zusammensetzung der Prüfungskommission für Rechtsanwälte, grenzüberschreitende Vollstreckung von Geldstrafen und Geldbussen, Internationales Privatrecht im Familienrecht

Die folgende Übersicht fasst interessante Entwicklungen zusammen, die seit Anfang 2005 im EG-Recht stattgefunden haben.

Standesregeln und Wettbewerbsrecht

Die Kommission hat am 5. September 2005 unter dem Titel «Freiberufliche Dienstleistungen – Raum für weitere Reformen» eine Mitteilung veröffentlicht.¹ Es handelt sich um einen Zwischenbericht, der die Entwicklungen seit der Veröffentlichung eines Berichts der Europäischen Kommission über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen vom 9. Februar 2004 zusammenfasst.² Die Mitteilung betrifft vor allem sechs freie Berufsstände, die nach den Vorstellungen der Kommission auf das Vorliegen von ungerechtfertigten Wettbewerbsbeschränkungen überprüft werden sollen. Diese Berufsstände sind die Rechtsanwälte, Notare, Ingenieure, Architekten, Apotheker und Wirtschaftsprüfer einschliesslich der Steuerberater.

Um die Zielsetzung ihrer Mitteilung zu erläutern, verwendet die Kommission Formulierungen, die in Brüssel wie ein Mantra hergebetet werden, seit der EU-Verfassungsvertrag in Frankreich und den Niederlanden mit Antiliberalisierungs- und Antiglobalisierungsparolen zum Scheitern gebracht worden ist. Es gehe nicht um eine Liberalisierung, sondern um eine «Modernisierung veralteter und überholter Regeln».³ Ziel sei keine vollständige Deregulierung, sondern eine «bessere Regulierung», die den Erfordernissen der modernen Welt gerecht werde und zu mehr Wirtschaftswachstum, zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zu einem günstigeren Preis-Leistungs-Verhältnis für Verbraucher führe.

Die Kommission geht dabei davon aus, dass vor allem die nationalen Behörden in der Pflicht seien; diesen obliege es, die nationalen Berufsregeln auf ihre Vereinbarkeit mit wettbewerbspolitischen Grundsätzen zu überprüfen. Sie selbst will nur in

Einzelfällen tätig werden, wenn es darum geht, Präzedenzfälle zu schaffen. Jüngstes Beispiel für eine Massnahme der Kommission ist eine Entscheidung vom 24. Juni 2004, in der eine Geldbusse gegen die belgische Architektenkammer festgesetzt wurde.⁴ Diese Geldbussentscheidung wurde damit begründet, dass die Honorarordnung der Architektenkammer, insbesondere die dort aufgeführten Mindestsätze, gegen das Kartellverbot des Artikels 81 EG verstiesse. Dass die Honorarordnung von den Architekten nicht immer als verbindlich betrachtet worden sei, sollte dabei nach Auffassung der Kommission keine Rolle spielen.

Zu den Regelungen, die der Kommission ein besonderer Dorn im Auge zu sein scheinen, gehören diejenigen, die den Rechtsanwälten und Notaren bestimmte Aufgaben vorbehalten. Dazu gehört offenbar das Monopol der Notare, Handänderungen zu beurkunden. Ebenso problematisch sind aus Sicht der Kommission Werbevorschriften.

Die Kommission anerkennt in ihrer Mitteilung vom 5. September 2005, dass das öffentliche Interesse eine gewisse Regulierung der freien Berufe rechtfertige. Dieses öffentliche Interesse berühre jedoch nicht alle Nutzer freiberuflicher Dienstleistungen gleichermaßen. Diejenigen Nutzer, die wie etwa die meisten Privatpersonen und die Haushalte, freiberufliche Dienstleistungen nur sehr selten beanspruchten («einmalige Nutzer»), benötigten einen gewissen gezielten Schutz, der durch Berufsregeln zu gewährleisten sei. Die Unternehmen und der öffentliche Sektor benötigten hingegen keinen bzw. einen nur sehr begrenzten Regelungsschutz, da sie besser in der Lage seien, die ihren Bedürfnissen entsprechenden Anbieter auszuwählen. Bezüglich der kleinen Unternehmen seien vertiefte Studien erforderlich, um die Notwendigkeit eines Regelungsschutzes festzustellen.

Zusammensetzung der Prüfungskommission für Rechtsanwälte

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat sich in einem Urteil vom 17. Februar 2005 dazu geäussert, ob es mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, wenn die Mitglieder einer Prüfungskommission für Rechtsanwälte selber Rechtsanwälte sind.⁵

* Der Autor ist Fürsprecher und deutscher Rechtsanwalt. Er ist im Büro Brüssel von Gleiss Lutz Rechtsanwälte tätig.

1 KOM (2005)405 endgültig; vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 5. September 2005, IP/05/1089, sowie das Memorandum der Kommission vom selben Datum mit dem Titel «Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen – häufig gestellte Fragen», MEMO/05/299, auf Internet abrufbar über die Seite http://europa.eu.int/comm/press_room/index.htm. Die diversen Publikationen der Europäischen Kommission zu den freien Berufen sind zusammengestellt auf der Internet-Seite <http://europa.eu.int/comm/competition/liberalization/conference/libprofconference.html>.

2 KOM (2004) 83 endgültig.

3 So das Memorandum mit dem Titel «Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen – häufig gestellte Fragen», oben Fn. 1.

4 Amtsblatt (ABl.) der Europäischen Union L 4/10 vom 6. 1. 2005.

5 EuGH, Urteil vom 17. 2. 2005 in der Rechtssache C-250/03, Giorgio Emanuele Mauri/Ministero della Giustizia, Commissione per gli esami di avvocato presso al Corte d'appello di Milano, noch nicht in Sammlung der Rechtsprechung des EuGH, auf Internet abrufbar über das Suchformular auf der Seite <http://europa.eu.int/cj/content/juris/index.htm>; abgedruckt in EuZW Heft 9/2005, S. 273.

Ausgangspunkt dieser Rechtssache war der Fall eines italienischen Rechtsanwaltskandidaten, dessen Leistung in der schriftlichen Prüfung in Mailand als ungenügend bewertet worden war. Er wurde folglich nicht zur mündlichen Prüfung zugelassen.

Der Kandidat legte daraufhin beim Corte di Appello di Milano Klage gegen den Nicht-Zulassungsbescheid ein. Er machte u. a. geltend, dass einige Mitglieder der Prüfungskommission Rechtsanwälte seien. Die Zusammensetzung der Prüfungskommission erlaube daher keine unparteiische Beurteilung der Kandidaten und ganz allgemein keinen korrekten Wettbewerb um den Zugang zum Beruf des Rechtsanwaltes. Die Gefahr bestehe, dass sich die Prüfungskommission durch die Interessen der bereits zugelassenen Rechtsanwälte beeinflussen lasse und als Folge davon, die Kandidaturen nicht nur nach qualitativen, sondern auch quantitativen Kriterien beurteile. In rechtlicher Hinsicht argumentierte der Kläger, die italienischen Bestimmungen über die Zusammensetzung der Prüfungskommission verstießen gegen das Kartellverbot des Artikels 81 Absatz 1 EG, das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung des Artikels 82 EG sowie die Niederlassungsfreiheit des Artikels 43 EG. Der Corte di Appello erachtete die durch den Kläger aufgeworfenen Rechtsfragen als klärungsbedürftig. Er legte sie deshalb dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) auf dem Weg der Vorabentscheidung des Artikels 234 EG zur Vorabentscheidung vor.

Der so befasste EuGH führte zunächst aus, die Artikel 81 und 82 EG könnten auch auf die Vorschriften über die Rechtsanwaltsexamen Anwendung finden, wenn die erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt seien. Artikel 81 und 82 verböten den Mitgliedstaaten, Anordnungen zu treffen, die geeignet seien, die Wirksamkeit der EG-Wettbewerbsregeln zu untergraben. Im vorliegenden Fall liege jedoch keine Verletzung von EG-Wettbewerbsrecht vor. Es treffe nicht zu, dass die Prüfungskommission im Interesse der etablierten Rechtsanwälte den Zugang zum Rechtsanwaltsberuf regulieren könne. Die Tatsache, dass sich unter den Mitgliedern der Prüfungskommission auch Rechtsanwälte befänden, bedeute nicht, dass der italienische Staat zugunsten der italienischen Rechtsanwälte auf die Ausübung seiner Befugnisse zur Prüfung der Geeignetheit der Kandidaten verzichtet habe. Zur Begründung führte der EuGH u. a. aus, dass sich in der Prüfungskommission u. a. auch zwei Richter befänden. Ausserdem sei das italienische Justizministerium befugt, die Tätigkeit der Prüfungskommission in jeder Phase zu kontrollieren und falls erforderlich einzugreifen. So ernenne das Ministerium die Mitglieder der Prüfungskommission, wähle die Prüfungsthemen aus, sei befugt, ein Examen im Falle von Unregelmässigkeiten für nichtig zu erklären, und könne durch einen Vertreter über die Disziplin und den ordnungsgemässen Ablauf der Examen wachen.

Dass sich unter den Mitgliedern der Prüfungskommission Rechtsanwälte befänden, beinhalte auch keine Verletzung der Niederlassungsfreiheit. Vielmehr entspreche die Beteiligung der Rechtsanwälte einem zwingenden Erfordernis des Allgemeininteresses, «nämlich der Notwendigkeit, die Eignung und Befähigung

der Personen, die den Beruf des Rechtsanwalts ausüben wollen, bestmöglich beurteilen zu können». Eine solche Beteiligung sei geeignet, dieses Allgemeininteresse zu verwirklichen, «da die Rechtsanwälte eine Berufserfahrung besitzen, die sie besonders dazu befähigt, die Kandidaten im Hinblick auf die besonderen Anforderungen ihres Berufes zu beurteilen».

Anerkennung und Vollstreckung von Geldstrafen und Geldbussen

Bussen konnten bisher innerhalb der Europäischen Union oft nicht grenzüberschreitend vollstreckt werden, worüber sich schon mancher Autofahrer gefreut haben mag. Damit soll bald Schluss sein. Der Rat der Europäischen Union hat am 24. Februar 2005 einen Rahmenbeschluss über die Anwendung des Grundsatzes der allgemeinen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbussen angenommen.⁶

Der Rahmenbeschluss soll die Vollstreckung von Geldstrafen oder Geldbussen in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem sie verhängt worden sind, erleichtern. Er verpflichtet die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, eine Behörde oder mehrere Behörden zu benennen, die – im Entscheidungsstaat – für die Stellung eines Antrags auf Vollstreckung bzw. – im Vollstreckungsstaat – für die Entgegennahme eines solchen Antrages zuständig sein sollen.

Der Rahmenbeschluss unterscheidet zwischen zwei Kategorien von Delikten, die zu einer vollstreckungsfähigen Geldstrafe oder Geldbusse führen können. Die eine Kategorie umfasst eine abschliessende Liste von Delikten einschliesslich dem Menschenhandel, der Geldwäsche, der Umweltkriminalität, der Beihilfe zu illegaler Einreise und illegalem Aufenthalt, dem illegalen Handel mit menschlichen Organen und menschlichem Gewebe, dem illegalen Handel mit Kulturgütern, der Nachahmung und Produktpiraterie, Strassenverkehrsdelikten und der Verletzung von Rechten an geistigem Eigentum. Werden wegen solcher Delikte Geldstrafen oder Geldbussen festgesetzt, sind diese in einem anderen EG-Mitgliedstaat vollstreckbar, selbst wenn die Delikte dort nicht strafbar sind. Die zweite Kategorie umfasst alle Delikte, die im Rahmenbeschluss nicht namentlich aufgeführt sind. Bei solchen Delikten kann der Vollstreckungsstaat die Anerkennung und Vollstreckung unabhängig von den Tatbestandsmerkmalen oder der Klassifizierung der Straftat davon abhängig machen, dass die zu vollstreckende Entscheidung sich auf Handlungen bezieht, die nach dem Recht des Vollstreckungsstaats eine Straftat darstellen.

Es ist vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten bis zum 22. März 2007 die erforderlichen Massnahmen zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses ergriffen haben sollen.

⁶ ABl. L 76/16 vom 22. 3. 2005.

Sonstige Entwicklungen im kurzen Überblick

Seit dem 1. März 2005 gelten in der Europäischen Gemeinschaft neue Vorschriften über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in *Ehesachen* sowie Verfahren, die die Zuweisung, die Ausübung, die Übertragung sowie die vollständige oder teilweise Entziehung der *elterlichen Gewalt* betreffen.⁷ Betroffen sind insbesondere Kindesentführungsfälle. Zur Verbesserung der Rechtshilfe in diesem Bereich sind diverse Neuerungen vorgesehen, so z. B. eine Verpflichtung

⁷ Verordnung Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung Nr. 1347/2002, ABl. L 3338/1 vom 23. 12. 2003.

der Gerichte, über Anträge auf Rückgabe eines Kindes innerhalb von höchstens sechs Wochen zu entscheiden.

Eine weitere interessante Entwicklung betrifft das *Scheidungsrecht*, über das die Kommission am 14. März 2005 ein Grünbuch veröffentlicht hat.⁸ Das Grünbuch beschreibt die Unterschiede der Scheidungsregeln innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, bewertet die Auswirkungen dieser Unterschiede und stellt eine Reihe von Lösungsmöglichkeiten zur Diskussion. Auf der Grundlage der Reaktionen auf das Grünbuch will danach die Kommission über die Opportunität einer EG-Regelung über das anwendbare Recht und die gerichtliche Zuständigkeit in Scheidungssachen entscheiden.

⁸ KOM (2005) 82 endgültig; auf Internet abrufbar über die Seite http://europa.eu.int/comm/justice_home/whatsnew_en.htm.



Entracte · Justitia (Forts.)

Mega

»Bist du OK?«, fragte Pat, nachdem Sofie sich gesetzt hatte. Bei den Begrüssungsküssen hatte sie seine Wangen kaum berührt.

»Na ja, es geht so.« Obwohl es für einen Spätsommerabend recht warm war, steckte sie beide Hände in die Jackentaschen. »Ich hab schon eine ganze Weile nichts mehr von David gehört.« Eines ihrer braunen Zapfenlöckchen fiel ihr genau auf die Nasenspitze, die anderen hatte sie in einem wilden Knoten hinter dem Kopf zusammengefasst.

»Wegen deinem Exfreund und dieser Sektengeschichte wollte ich dich auch sprechen.« Er hatte sie gleich am Montag Morgen angerufen und für den nächsten Abend zum Essen eingeladen. Jetzt sassen sie vor der Rattenfalle, einer kleinen Kneipe direkt am Rhein.

»Ich weiss nicht, was es da noch gross zu besprechen gibt. Du hast mir klar gemacht, dass du mir nicht helfen kannst, und das respektiere ich.«

»Schau, ich habe wirklich keinen Weg gesehen, wie man David aus den Klauen des Weissen Windes befreien kann. Zumindest, wenn er sich der Sekte wirklich aus freien Stücken angeschlossen hat und auch jetzt noch freiwillig dabei bleibt. Ehrlich gesagt, weiss ich immer noch keine Lösung, aber ich habe durch Zufall etwas erfahren, das dich interessieren könnte.« Nachdem sie ihre Bestellung aufgegeben hatten, erzählte er Sofie von seinem Spontanbesuch auf dem Gelände der Festung Hohenfels im Laufental, dem Hauptquartier der Gemeinschaft um Jonas Janssen. Und von seiner Begegnung mit den beiden Muskelprotzen, und natürlich auch von seiner Entdeckung, dass sein Kanzleikollege René Schmied mit der Sekte in Verbindung stand.

»Wow«, stiess Sofie hervor, als Pat seine Schilderung abgeschlossen hatte. Mit einem Ruck nahm sie die Hände aus den Jackentaschen und schlug beinahe dem Kellner das Tablett mit ihren Getränken aus der Hand. »Meine Mutter hat mir schon von diesem Schmied erzählt. Ein arroganter Sack, sie kann ihn nicht ausstehen.«

Pat wusste, dass die Kanzleiassistentin Penny eine Aversion gegen Schmied hatte. Er konnte es ihr nicht verübeln.

»Ich war natürlich überrascht, als ich herausfand, dass René Schmied etwas mit dem Weissen Wind zu tun hat, und es macht ihn bestimmt nicht sympathischer. Aber ich habe lediglich beobachtet, dass er auf Hohenfels zu Besuch war«, bemühte er sich zu relativieren. »Und inzwischen habe ich von einer Anwältin erfahren, dass er schon Mandate vom Weissen Wind übernommen hat, Steuerrecht und so.« Er musste Sofie ja nicht auf die Nase binden, dass er diese Infor-

mationen anlässlich eines Dates mit Amanda Stöckli erhalten hatte. »All das ist aber nicht illegal«, fuhr er fort. »Es ist zwar interessant, vielleicht sogar schockierend, doch in deiner Angelegenheit bringt es uns keinen Schritt weiter.«

Sofie blickte auf den Rhein, beobachtete ein schwer beladenes Frachtschiff, das sich langsam den Fluss hoch schob. »Wahrscheinlich hast du recht«, seufzte sie schliesslich. »Aber ein Schwein ist er trotzdem.«

Ihr Essen kam, und währenddem der Kellner ihre Teller mit Pilzrisotto auf den Tisch stellte, sagten sie beide kein einziges Wort. Erst als er sich anderen Gästen zugewandt hatte, nahm Pat den Gesprächsfaden wieder auf: »Hattest du seit unserem Besuch bei dem Sektexperten irgendeine gute Idee?«

»Das Gespräch mit diesem Lucifer war ein ziemlicher Dämpfer. Er mag ja ein komischer Kauz sein, wenn ich nur an seine stinkende Pfeife denke, aber einen kompetenten Eindruck hat er mir schon gemacht. Und er hat es ja auf den Punkt gebracht: Entweder man weist Jonas Janssen und der restlichen Führungsspitze des Weissen Windes schwerwiegende Straftaten nach und bringt sie in den Knast, oder man befreit David mit Gewalt. Und, wie Lucifer richtig bemerkt hat: womöglich sogar gegen seinen eigenen Willen. Wenn man das, was nach der Behandlung mit Drogen oder Hypnose übrig geblieben ist, noch als seinen freien Willen bezeichnen kann.«

»Wahrlich keine verlockenden Perspektiven«, murmelte Pat und stocherte in seinem Risotto herum.

»Lass nur, du hast mir ja bereits erklärt, warum das für dich nicht drin liegt. Ich möchte deine Karriere als Strafverteidiger nicht gefährden. Mit der Sekte werde ich schon irgendwie fertig. Irgendwas wird mir bestimmt noch einfallen.«

»So, wie das letzte Mal, als du auf Janssen losgegangen bist und ihm den kleinen Finger gebrochen hast. Das kann ins Auge gehen, Sofie. Denen bist du nicht gewachsen.«

Sofie starrte auf ihren Teller, führte eine Gabel Risotto zu ihrem Mund, kaute mechanisch.

»Wir müssten irgendwie in dieses Schloss Hohenfels reinkommen und uns dort umsehen«, fuhr Pat fort. »Bloss wie?«

Sofie schaute Pat in die Augen und begann zu lächeln. »Du machst mit?«

»Ich kann dich ja nicht ins Messer rennen lassen«, brummte Pat. »Zumindest nicht alleine.«

»Das finde ich mega.« Sofies Augen schimmerten wie zwei kleine, blaue Monde.

Wolfgang Portmann*

Streitigkeiten aus Arbeitsverträgen nach dem Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung

Kritische Bemerkungen zu ausgewählten Punkten**

Stichworte: Arbeitsvermittlung, Arbeitsvertrag, Beweislastvertrag, Gerichtsstand, Schlichtung, Streitwert, Teilklage, Vorentwurf, Zivilprozessordnung

I. Einleitung

Im Juni 2003 wurde der Vorentwurf der Expertenkommission für eine Schweizerische Zivilprozessordnung vorgelegt. Er enthält 395 Artikel sowie die Aufhebung und Änderung von 27 bestehenden Bundesgesetzen. Gleichzeitig ist ein 184 Seiten umfassender Begleitbericht erschienen.¹ Das Gesetzgebungsprojekt beruht auf der von Volk und Ständen am 12. März 2000 angenommenen Verfassungsrevision, die dem Bund durch eine geänderte Fassung von Art. 122 BV die Kompetenz zum Erlass einer Zivilprozessordnung einräumt.² Der Vorentwurf bildet eine eindruckliche Leistung, indem es gelungen ist, das schweizerische Zivilprozessrecht in eine vereinheitlichte und praktikable Form zu giessen. Dass bei einem Werk dieser Grössenordnung auch Mängel festzustellen sind, ist nicht erstaunlich. Der vorliegende Beitrag enthält keine umfassende Würdigung des Vorentwurfs, sondern beschränkt sich auf ausgewählte Aspekte im Bereich der Streitigkeiten aus Arbeitsverträgen. Die Ausführungen mögen zum Teil auch auf andere Sozialprozesse wie namentlich Streitigkeiten aus Miet-, Pacht- und Konsumentenverträgen zutreffen. Darauf kann im vorliegenden Rahmen jedoch nicht eingegangen werden.

Bereits im geltenden Recht, das heisst unter der verfassungsmässigen Prozessrechtshoheit der Kantone, hat der Bundesgesetzgeber einheitliche Verfahrensbestimmungen im Bereich des Arbeitsvertragsrechts erlassen. Solche Eingriffe gelten als zulässig, soweit sie zur Verwirklichung eines einheitlichen Bundesprivatrechts als notwendig erscheinen. Der Bund hat dafür zu sorgen, dass das materielle Bundesrecht nicht wegen Vorschriften des kantonalen Prozessrechts wirkungslos bleibt oder nicht durchgesetzt werden kann.³ Diese Zielsetzung ist in einem Be-

reich wie dem Arbeitsvertragsrecht, wo der Schutz der schwächeren Vertragspartei eine zentrale Rolle spielt, von besonderer Bedeutung.⁴ Die Rechtsverwirklichung scheitert, wenn die Erstreitung der Rechtsansprüche den betroffenen Personen aus sozialen Gründen unmöglich erscheint.⁵

II. Verzicht auf die gesetzlichen Gerichtsstände durch Einlassung

Nach Art. 21 GestG können gewisse Personenkategorien, u. a. auch die stellensuchende oder arbeitnehmende Partei, nicht zum Voraus «oder durch Einlassung» auf bestimmte Gerichtsstände verzichten. Gemäss Art. 31 VE⁶ wird dieser Schutz gegen die unerwünschten Wirkungen einer Einlassung aufgegeben. Der Begleitbericht führt dazu aus, auf eine entsprechende Bevormundung der beklagten Partei sei zu verzichten.⁷ Ein sachlich begründbarer Schutz der wirtschaftlich schwächeren Vertragspartei darf jedoch nicht mit deren Bevormundung gleichgesetzt werden. Der Begleitbericht fügt an, vor Übertölpelung einer unbeholfenen Partei schützen die Bestimmung über das Unvermögen einer Partei (Art. 61 VE), das gerichtliche Fragerecht (Art. 51 VE) sowie das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 47 VE).⁸ Diese Institute vermögen jedoch die Aufhebung des Einlassungsverbots in keiner Weise zu rechtfertigen. Das gerichtliche Fragerecht kommt in einem schriftlichen Verfahren, wie es grundsätzlich auch für Streitigkeiten im Arbeitsbereich gilt,⁹ zu spät: die Einlassung erfolgt bereits mit Ausführungen zur Sache in der Klageantwort. Mit dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben wird man nur eigentliche Missbrauchsfälle erfassen können. Die Bestimmung über das Unvermögen einer Partei schliesslich betrifft nur den Spezialfall, dass eine Partei offensichtlich nicht im Stande ist, ihre Sache selbst zu führen. Dies wird auch bei stellensuchenden oder arbeitnehmenden Parteien keineswegs allgemein zutreffen, können diese doch von Verfah-

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat- und Arbeitsrecht an der Universität Zürich.

** Aktualisierte und komprimierte Fassung des Beitrags «Arbeitsvertragsrecht und Zivilprozess» in der Festschrift für Peter Gauch, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 539 ff.

1 Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission vom Juni 2003.

2 Die Inkraftsetzung wurde vorläufig aufgeschoben, vgl. den Bundesbeschluss vom 24. September 2002 über das teilweise Inkrafttreten der Justizreform, AS 2002, 3147.

3 OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001, 2. Kap. N 19; KURT EICHENBERGER, Bundesrechtliche Legiferierung, ZSR 1969 II, S. 490; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 64.

4 Dementsprechend werden die Ziele des sozialen Zivilprozesses hauptsächlich durch den Bund wahrgenommen, VOGEL/SPÜHLER (FN 3), 2. Kap. N 53.

5 VOGEL/SPÜHLER (FN 3), 1. Kap. N 24.

6 Mit VE ist hier und im Folgenden stets der Vorentwurf der Expertenkommission für eine Schweizerische Zivilprozessordnung vom Juni 2003 gemeint.

7 S. 29.

8 Ebd.

9 Art. 238 f. i. V. m. Art. 237 lit. b–d VE.

renserleichterungen wie der Untersuchungsmaxime¹⁰ oder der Formularpflicht¹¹ profitieren.

Eine gewisse Überzeugungskraft hat einzig der Hinweis, die gleiche Regelung finde sich gemäss Art. 18 LugÜ auch im euro-internationalen Verhältnis.¹² Anpassungen des inländischen an internationales Recht sollten jedoch grundsätzlich nur stattfinden, wenn dieses sachgerechter ist, was sich im vorliegenden Zusammenhang im Hinblick auf das besondere Schutzbedürfnis der stellensuchenden oder arbeitnehmenden Partei nicht behaupten lässt. Davon abgesehen lässt sich eine Abweichung vom internationalen Recht vorliegend damit rechtfertigen, dass das Schutzbedürfnis im Binnenverhältnis tendenziell grösser sein wird als im internationalen Verhältnis, wo oftmals Angehörige des Kaders betroffen sein werden. Aus den dargelegten Gründen sollte daher auf die geplante Änderung der bestehenden Rechtslage verzichtet werden.

III. Besonderer Gerichtsstand für Klagen aus dem Fusionsgesetz

Nach Art. 38 VE ist für Klagen, die sich auf das Fusionsgesetz stützen,¹³ das Gericht am Sitz eines beteiligten Rechtsträgers zuständig. Diese Regelung wird aus Art. 29a GestG übernommen, der zusammen mit dem Fusionsgesetz am 1. 7. 2004 in Kraft getreten ist.¹⁴ Sie führt zu einer Kollision mit Art. 30 VE (der besondere Gerichtsstände für arbeitsrechtliche Klagen vorsieht),¹⁵ sofern sich die Ansprüche auf Art. 27 f., 49 f., 68 Abs. 2 oder 76 f. FusG stützen. In diesem Fall ist unklar, ob nur die arbeitsrechtlichen, nur die fusionsrechtlichen oder beide Arten von Gerichtsständen zur Verfügung stehen.¹⁶ Die Antwort könnte sogar je nachdem verschieden ausfallen, ob die genannten Bestimmungen des Fusionsgesetzes nur auf Art. 333 oder 333a OR verweisen oder ob sie den Arbeitnehmern selbständige

Ansprüche gewähren. Es drängt sich auf, diese Rechtsunsicherheit durch einen gesetzgeberischen Entscheid zu beheben.

IV. Teilklage

Art. 76 VE lässt in Bezug auf teilbare Ansprüche vorbehaltlos Teilklagen zu. Deren grundsätzliche Zulässigkeit ergibt sich aus der Dispositionsmaxime.¹⁷ Eine Teilklage kann beispielsweise sinnvoll sein, wenn ein Anspruch einen liquiden und einen (noch) nicht liquiden Anteil aufweist.¹⁸ Indessen lässt sich die Teilklage namentlich in Arbeitsstreitigkeiten auch zum Zweck einsetzen, die sachliche Zuständigkeit (ordentliches Gericht oder Arbeitsgericht), Modalitäten des Verfahrens (Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime),¹⁹ die Kostenfolgen (Auferlegung oder Befreiung von Gerichtskosten)²⁰ sowie die Zulässigkeit von Rechtsmitteln (Appellation oder Beschwerde)²¹ zu beeinflussen.

Soweit die beklagte Partei durch die Erhebung einer blossen Teilklage belastet wird – insbesondere durch die Gefahr, in eine Mehrheit von Prozessen hineingezogen zu werden – hat sie zwar die Möglichkeit, eine Widerklage auf Feststellung des Nichtbestehens des gesamten Anspruchs zu erheben.²² Dieses Instrument wird jedoch juristischen Laien, denen die Führung eines Sozialprozesses ohne anwaltlichen Beistand ermöglicht werden soll,²³ in aller Regel unbekannt sein. Hinzu kommt, dass namentlich mit Blick auf die Befreiung von den Gerichtskosten auch öffentliche Interessen betroffen sind, da der Allgemeinheit ungerechtfertigterweise Mittel entzogen werden. Aus diesen Gründen sollte für die Erhebung einer Teilklage ein sachlich begründetes Interesse verlangt werden, das sich nicht in der blossen Einflussnahme auf das Verfahren erschöpft.²⁴ Andernfalls sind erhebliche Probleme zu erwarten, dies insbesondere auch mit Blick auf Art. 237 lit. g VE, der gewöhnliche vermögensrechtliche Streitigkeiten betrifft.

10 Art. 240 Abs. 1 lit. b und c VE.

11 Art. 236 VE. Nach FRANZ HASENBÖHLER, Das Verfahren in Arbeitsstreitigkeiten nach dem Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung, in: Bernhard Christ/Ernst A. Kramer (Hrsg.), Symposium für Frank Vischer, Basel 2005, S. 88, ist das Entscheidungsverfahren unkompliziert, weil die Parteien mit Formularen arbeiten können und dementsprechend der Akzent auf der Mündlichkeit liegt. Sehr kritisch zu den Formularen demgegenüber VIKTOR RÜEGG, Materielle Wahrheitsfindung und Erledigungsstrenge – mit kritischen Bemerkungen zur neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Karl Spühler (Hrsg.), Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel/Genf/München 2003, S. 68. In Verbindung mit dem eingeschränkten Novenrecht betrachtet er Art. 236 VE als «bedenkliche Prozessfalle». Das zu enge Novenrecht wird etwa auch kritisiert von KARL SPÜHLER, Die neue Rechtsmittelordnung der Schweizerischen Zivilprozessordnung – mit kritischen Bemerkungen, in: Karl Spühler (Hrsg.), Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel/Genf/München 2003, S. 62. ISAAK MEIER, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003, S. 30, postuliert, dass Rechtsauskunftsstellen in oder ausserhalb der Gerichtsorganisation zur Mithilfe bei der Ausfüllung der Formulare verpflichtet werden.

12 Begleitbericht, S. 29.

13 Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG), SR 221.301.

14 Vgl. Anhang FusG Ziff. 3.

15 Zur Zeit noch Art. 24 GestG.

16 Vgl. dazu FELIX DASSER, Gerichtsstand und anwendbares Recht unter dem Fusionsgesetz, in: Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, FS für Peter Forstmoser, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 665. Er plädiert dafür, im Interesse der Einheit des Gerichtsstandes arbeitsrechtliche Ansprüche auch dann Art. 24 GestG (d. h. in Zukunft Art. 30 VE) zu unterstellen, wenn sie im Fusionsgesetz geregelt sind.

17 Vgl. Begleitbericht, S. 43.

18 Vgl. dazu etwa MAX KELLER/SONJA GABI, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a. M. 1988, S. 90; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, N 274 a.

19 Art. 50 Abs. 1 und Art. 240 VE.

20 Art. 97 und 104 VE.

21 Art. 290 Abs. 2 und Art. 310 lit. a VE.

22 VOGEL/SPÜHLER (FN 3), 7. Kap. N 47. In Abweichung zu THOMAS GEISER, Die Mängel einer grossen Kodifikation, plädoyer 2/2004, S. 39, ist das notwendige Rechtsschutzinteresse zu bejahen. Wie hier z. B. auch RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 59 N 24b; HANS SCHMID, Negative Feststellungsklagen, AJP 2002, S. 781, der zur Begründung unter anderem das Interesse des Beklagten anführt, widersprechende Urteile in Bezug auf mehrere Teilklagen zu verhindern.

23 Vgl. Art. 236 Abs. 2 VE und ADRIAN STAEHELIN/FRANK VISCHER, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Zürich 1996, Art. 343 N 30.

24 Kritisch zur Teilklage auch HANS ULRICH WALDER-RICHLI, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 1996, S. 259 FN 10, wonach die Absicht nicht als schützenswert gelten kann, «aus Kostenersparnisgründen einen sogenannten Testprozess über einen kleinen Betrag zu führen, dessen Ergebnis dann doch nicht voll verbindlich ist»; ferner ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERT, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, Vorbem. zu § 8–13 N 10, die bei Umgehungsabsicht eine Kostenaufgabe an den unterlegenen Teilkläger fordern; nach HANS-PETER EGLI, Das arbeitsrechtliche Verfahren nach Art. 343 OR, in: zzz 2004, S. 33, können echte Teilklagen mit dem Zweck, unter der Streitwertgrenze zu bleiben, rechtsmissbräuchlich sein. Demgegenüber wird im Begleitbericht, S. 43, die Kostenreduktion mittels Teilklage als legitim betrachtet. In diesem Sinne auch ZR 83 (1984) Nr. 104.

V. Streitwertberechnung bei Erhebung einer Widerklage

Im Geltungsbereich von Art. 343 OR bemisst sich der Streitwert ohne Rücksicht auf Widerklagebegehren nach der eingeklagten Forderung.²⁵ Dies wirkt sich unter anderem auf die Frage aus, ob eine Befreiung von den Gerichtskosten erfolgt.²⁶ Demgegenüber werden nach Art. 85 VE die Streitwerte von Klage und Widerklage bei der Bestimmung der Prozesskosten zusammengerechnet. Es ist davon auszugehen, dass diese Vorschrift nicht nur auf die Berechnung der Kosten, sondern auch auf die Frage der Kostenlosigkeit angewendet sein will. Der Arbeitgeber hat es damit in der Hand, durch die Erhebung einer exzessiven Widerklage den wirtschaftlich schwächeren Arbeitnehmer um die Vorteile des unentgeltlichen Verfahrens zu bringen und ihn dadurch nach Möglichkeit zum Rückzug seiner Klage zu bewegen.²⁷ Die Ermöglichung solchen Verhaltens widerspricht den Zielen des Sozialprozesses, zu denen der Abbau von Rechtswegbarrieren gehört.²⁸

VI. Einsatz von Streitwertgrenzen

Wie bereits im geltenden Recht²⁹ sieht der Vorentwurf für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis und der Arbeitsvermittlung in verschiedenem Zusammenhang eine Streitwertgrenze von 30 000 Franken vor. Dies entspricht einer bewährten Tradition. Irritierend wirkt jedoch, dass die Streitwertgrenze in gewissen Fällen vorgesehen ist, in anderen hingegen nicht, ohne dass ein einleuchtendes Kriterium für diese Differenzierung ersichtlich ist. Eine Streitwertgrenze findet sich in:

- Art. 104 Abs. 1 lit. a VE (Kostenlosigkeit des Entscheidungsverfahrens)
- Art. 204 Abs. 1 lit. b VE (Urteilsvorschlag)
- Art. 240 Abs. 1 lit. b VE (Untersuchungsmaxime).

Keine Streitwertgrenze besteht jedoch in:

- Art. 103 lit. b VE (Kostenlosigkeit des Schlichtungsverfahrens)
- Art. 194 Abs. 2 lit. b VE (Paritätische Schlichtungsbehörde)
- Art. 237 lit. b VE (Vereinfachtes Verfahren).

Warum soll für die Kostenlosigkeit des Schlichtungsverfahrens keine Streitwertgrenze gelten, obschon für die Kostenlosigkeit

des Entscheidungsverfahrens eine solche gilt? Warum ist für den Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde eine Streitwertgrenze vorgesehen, nicht aber für die Zusammensetzung dieser Behörde? Warum wird (in Übereinstimmung mit Art. 343 Abs. 4 OR) die Untersuchungsmaxime an eine Streitwertgrenze gebunden, nicht aber das vereinfachte Verfahren selbst (in Abweichung zu Art. 343 Abs. 2 OR)? Auch der Begleitbericht gibt keinen Aufschluss darüber, warum gerade so – und nicht anders oder gar nicht – differenziert wird.³⁰

VII. Schlichtung

Streitigkeiten im Arbeitsbereich werden nach Art. 237 lit. b und c VE im vereinfachten Verfahren beurteilt. Diesem geht gemäss Art. 191 und 192 Abs. 3 VE zwingend ein Schlichtungsverfahren voraus. Dazu ist Folgendes zu bemerken:

- Nach geltendem Recht wird in Arbeitssachen öfters auf ein *vorgeschaltetes Schlichtungsverfahren* verzichtet, um Zeit zu gewinnen.³¹ Ein Schlichtungsversuch ist trotzdem – innerhalb des Entscheidungsverfahrens – möglich. Die Verfahrensbeschleunigung ist ja gerade ein wesentliches Element des vereinfachten Verfahrens.³² Das zwingend vorgeschaltete Schlichtungsverfahren widerspricht daher der Grundidee des vereinfachten Verfahrens.
- Dies gilt um so mehr, als die neue *Schlichtungsbehörde* im Arbeitsbereich als schwerfälliges Organ konzipiert ist. Nach Art. 194 Abs. 2 VE soll sie aus einer vorsitzenden Person und einer paritätischen Vertretung bestehen. Es liegt auf der Hand, dass durch Terminprobleme und Diskussionen zwischen drei (oder womöglich noch mehr) Personen massive zeitliche Verzögerungen entstehen werden. Der Begleitbericht geht davon aus, die paritätische Schlichtungsbehörde habe sich in Miet- und Pachtsachen bewährt.³³ Wie es sich damit verhält, muss hier offenbleiben.³⁴ Für Streitigkeiten im Arbeitsbereich ist die vorgeschaltete Schlichtung durch ein paritätisches Organ jedenfalls entschieden abzulehnen. Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer müssen ihre Forderungen, bei denen es sich in vielen Fällen um Lohnansprüche handelt, rasch durchsetzen können, da sie zur Existenzsicherung darauf angewiesen sind. Nach geltendem Recht wird sogar das Entscheidungsverfahren oft vor einem Einzelrichter oder

25 Die Bestimmung findet sich in Abs. 2, gilt jedoch für den ganzen Artikel, MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/2, Bern 1992, Art. 343 N 12.

26 Art. 343 Abs. 3 OR.

27 Die beklagte Partei kann nach Art. 80 VE Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch mit der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang steht und nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist. Diese Formulierung lässt die Frage offen, ob das Erfordernis der gleichen Verfahrensart schon erfüllt ist, wenn über Haupt- und Widerklage im vereinfachten Verfahren zu entscheiden ist, oder ob zusätzlich für beide Verfahren die Kostenlosigkeit und die Untersuchungsmaxime gelten müssen. Nach der zweiten Auslegungsvariante, die vom Begleitbericht, S. 47, und von DOMINIK GASSER, Das vereinfachte Verfahren, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 82 f., vertreten wird, wäre der Arbeitgeber auf einen Widerklagebetrag von (immerhin noch) 30 000 Franken beschränkt.

28 Vgl. VOGEL/SPÜHLER (FN 3), 1. Kap. N 24 ff.

29 Art. 343 OR sowie Art. 10 und 23 AVG.

30 Ähnliche, zum Teil noch weitergehende Kritik übt auch DOMINIK GASSER, Aspekte eines sozialen Zivilprozesses, in: Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung, FS Franz Kellerhals, Bern 2005, S. 311 f., indem er nicht nur eine generelle Streitwertgrenze für das vereinfachte Verfahren, sondern auch die Ersetzung der Kostenlosigkeit durch Kostengünstigkeit fordert.

31 Vgl. z. B. § 105 Ziff. 1 ZH-ZPO. Auch das Schlichtungsverfahren in Gleichstellungssachen ist für die Parteien grundsätzlich freiwillig, Art. 11 Abs. 2 GLG.

32 Vgl. die frühere Terminologie (z. B. in Art. 343 Abs. 2 OR): «einfaches und rasches Verfahren». Zum geltenden Recht führt EGLI (FN 24), S. 35, aus: «Das arbeitsgerichtliche Verfahren muss auf einfache Weise eingeleitet werden können. Der Ausschluss von Sühn- oder Vermittlungsverfahren sollte eigentlich selbstverständlich sein ...»

33 S. 97.

34 Zweifel sind angebracht. MEIER (FN 11), S. 56, kommt aufgrund rechtstatistischer Erhebungen jedenfalls zum Schluss, dass eine paritätisch besetzte Kollegialbehörde für die effiziente Durchführung eines Schlichtungsverfahrens wenig geeignet ist.

einer Einzelrichterin durchgeführt.³⁵ Demzufolge muss die Schlichtung erst recht durch eine Einzelperson bewältigt werden können.³⁶

- Nicht unbedenklich ist ferner der *Urteilsvorschlag* nach Art. 204 Abs. 1 lit. b VE,³⁷ zu dem es in Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis und aus Arbeitsvermittlung bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken zwingend kommen muss. Auf der sozial schwächeren Partei wird ein erheblicher faktischer Druck lasten, einen ganz oder teilweise zu ihren Ungunsten ausgefallenen Urteilsvorschlag zu akzeptieren. Dies gilt verstärkt in Fällen, wo sie an sich die beklagte Partei wäre, aber durch den Urteilsvorschlag in die Klägerrolle gedrängt wird.³⁸

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf ein zwingend vorgeschaltetes Schlichtungsverfahren im Arbeitsbereich zu verzichten und stattdessen ein Schlichtungsversuch durch das Gericht innerhalb des Entscheidungsverfahrens vorzusehen ist. Sollte es bei einer besonderen Schlichtungsinstanz bleiben, wäre diese nur mit einer Person zu besetzen. Ausserdem sollte die Figur des Urteilsvorschlages fallen gelassen werden.³⁹

VIII. Arbeitsvermittlung

Der Entwurf enthält an verschiedenen Stellen Sonderbestimmungen für «Streitigkeiten nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989».⁴⁰ Zu erwähnen sind:

- Art. 103 lit. b VE (Kostenlosigkeit des Schlichtungsverfahrens)
- Art. 104 Abs. 1 lit. a VE (Kostenlosigkeit des Entscheidungsverfahrens)
- Art. 194 Abs. 2 lit. b VE (Zusammensetzung der Schlichtungsbehörde)
- Art. 204 Abs. 1 lit. b VE (Urteilsvorschlag)
- Art. 237 lit. b VE (vereinfachtes Verfahren)
- Art. 240 Abs. 1 lit. b VE (Untersuchungsmaxime).

35 Z. B. § 12 Abs. 2 ZH-GVG.

36 Kritik an den paritätischen Schlichtungsbehörden im Arbeitsbereich übt – in anderer Hinsicht – auch GEISER (FN 22), S. 41. Wegen der sehr unterschiedlichen Geschäftsgebiete geht er davon aus, dass viele verschiedene Personen entsprechend selten zum Einsatz kommen, was entweder die Gefahr unqualifizierter Urteilsvorschläge oder eine übermässige Dominanz der präsidierenden Person mit sich bringt.

37 GASSER (FN 27), S. 79, siedelt den Urteilsvorschlag zu Recht zwischen einem Vergleich und einer Gerichtsentscheid an. Mangels vorgängiger Beweisabnahme ist er kein vollwertiger Entscheid, doch weil die Auseinandersetzung ohne aktiven Konsens der Parteien beendet werden kann, ist er mehr als ein Vergleich.

38 Art. 204 Abs. 3 VE. Berechtigte Kritik am Urteilsvorschlag in anderer Richtung übt auch MEIER (FN 11), S. 56, der das Hauptproblem in der Verknüpfung von Schlichten und Richten sieht. In der Tat besteht die Gefahr, dass Billigkeitserwägungen und taktische Überlegungen im Rahmen des Vergleichsvorschlags später in den Urteilsvorschlag einfließen.

39 Eine vermittelnde Lösung bestünde darin, zur Anfechtung des Urteilsvorschlages nicht eine Klage zu verlangen, sondern eine *Einsprache* ohne Begründung und Rollentausch genügen zu lassen, wie es von GASSER (FN 30), S. 307, vorgeschlagen wird. Auch dieser Autor äussert Bedenken, dass Laien vom Rollentausch überfordert werden.

40 Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG), SR 823.11.

Gemäss Begleitbericht sind damit «Streitigkeiten aus privater Arbeitsvermittlung zwischen dem Vermittler und dem Stellensuchenden» gemeint.⁴¹ Diese Intention ist richtig, doch ist sie im geplanten Gesetzeswortlaut unzutreffend zum Ausdruck gebracht worden. Der zu weite Wortlaut umfasst nämlich auch Klagen aus dem Verleihvertrag zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb nach Art. 22 AVG. Solche Streitigkeiten sollen gewiss nicht den aufgezählten Sonderbestimmungen unterstellt werden. Gleiches gilt für Klagen zwischen der arbeitnehmenden Partei und dem Einsatzbetrieb, da die zugrunde liegenden Ansprüche ausservertraglicher Natur sind. Demgegenüber müssen Klagen zwischen der arbeitnehmenden Partei und dem Verleiher unbestrittenermassen von den Sonderbestimmungen erfasst werden. Diese Klagen gehören jedoch bereits zu den «Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis», für welche die Sonderbestimmungen ohnehin gelten, denn zwischen der arbeitnehmenden Partei und dem Verleiher besteht ein Arbeitsvertrag.⁴² Die Erfassung dieser Klagen mittels Erwähnung des Arbeitsvermittlungsgesetzes ist daher überflüssig. Einer besonderen Erwähnung bedarf daher nur die private Arbeitsvermittlung, nicht aber der Personalverleih. Die aufgezeigten Mängel können behoben werden, indem die betroffenen Bestimmungen nicht an «Streitigkeiten nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989», sondern an «Streitigkeiten aus privater Arbeitsvermittlung zwischen vermittelnder und stellensuchender Partei» anknüpfen.

IX. Beweislastvertrag

Der Anhang im Vorentwurf sieht die Einfügung eines neuen Abs. 2 in Art. 8 ZGB vor, wonach die Parteien die Beweislast durch schriftliche Vereinbarung regeln können, sofern sie über das Recht frei verfügen können.⁴³ Zu den frei verfügbaren Rechten gehören nach überwiegender Auffassung auch die Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis. Hier besteht jedoch die Gefahr, dass die arbeitnehmende als wirtschaftlich schwächere Partei zum Abschluss eines ihr nachteiligen Beweislastvertrags gedrängt wird. Auf diese Weise könnte namentlich die Wirkung der arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen weitgehend ausgehöhlt werden. Art. 8 ZGB sollte demnach durch einen zweiten Satz in Abs. 2 oder durch einen neuen Abs. 3 ergänzt werden, wonach Vereinbarungen, durch welche die Beweislast zuungunsten der arbeitnehmenden oder stellensuchenden Partei geregelt wird, nichtig sind.⁴⁴

41 S. 117.

42 Vgl. den Randtitel zu Art. 19 AVG.

43 Anhang Ziff. II.2.

44 Bedenken äussert auch GEISER (FN 22), S. 44, der einen allgemeinen Vorbehalt von Rechten aus zwingenden Bestimmungen vorschlägt. Am weitesten geht MEIER (FN 11), S. 48, der überhaupt die Streichung des vorgesehenen Art. 8 Abs. 2 ZGB fordert. Er befürchtet, dass nebst Arbeitgebern auch vor allem Anbieter von Waren und Dienstleistungen wie Banken, Leasingfirmen, Reiseveranstalter und Vermieter diese Bestimmung zum Nachteil der schwächeren Vertragspartei ausnützen werden. Er geht davon aus, dass solche Beweislastverträge sogar in AGB zulässig wären, wenn sie im Text ausreichend hervorgehoben würden.

Carlos Jaïco Carranza* et Sébastien Micotti**

Unité du nom de famille et rattachement anticipé

Mots clés : Adoption, LDIP, nom de famille, rattachement anticipé

La deuxième Cour civile du Tribunal fédéral¹ a récemment rendu un arrêt qui soulève le problème du *rattachement anticipé du nom de famille* au domicile suisse envisagé de l'adopté, dans un contexte d'adoption internationale. Le principe du rattachement anticipé, déjà connu en droit du mariage², trouve dans cet arrêt sa première (à notre connaissance) application au niveau fédéral dans le cadre de l'adoption.

I. Les faits de l'espèce

Par décision du 18 octobre 2000, l'autorité péruvienne compétente a prononcé l'adoption plénière de l'enfant M, par l'époux A «LB» de nationalité péruvienne, italienne et suisse, et sa femme C «WL» de nationalité suisse. La procédure d'adoption s'est exclusivement déroulée au Pérou. Dès lors, l'enfant a reçu le nom de M «LW» en conformité avec le droit péruvien. De par la nationalité italienne de son père adoptif, l'enfant a également été inscrit dans les registres de l'état civil italien sous le nom de M «LW».

Cette adoption pouvant être reconnue en Suisse en vertu de l'art. 78 LDIP, l'enfant a été inscrit dans le registre des familles de la Commune de X, du canton de Neuchâtel, dont le père adoptif est originaire par naturalisation. L'inscription de l'enfant y a été faite sous le nom de famille de «LW», tel qu'il ressortait de ses papiers d'identités établis au Pérou.

Deux ans après l'adoption, la deuxième partie du nom de l'adopté, «W», appartenant à la mère adoptive, a été biffé du registre communal suisse pour ne laisser subsister que le nom de «L», appartenant au père adoptif. L'office de surveillance de l'état civil du canton a avisé les parents adoptifs que le nom «L», à savoir le nom de la famille tel qu'il ressort du registre de l'état civil de la commune, devait s'appliquer à l'enfant en raison des art. 267 et 270 CC.

Par jugement du 25 août 2004, la Cour civile du Tribunal cantonal neuchâtelois a rejeté une action en rectification d'état civil au sens de l'art. 42 CC, visant à faire inscrire l'enfant sous le nom de «LW».

Par arrêt du 22 avril 2005, le Tribunal fédéral a rejeté le recours de droit administratif interjeté par l'enfant, représenté par ses parents, qui demandait le maintien du nom qu'il avait acquis par son adoption plénière au Pérou, à savoir «LW», nom qu'il porte également dans les registres italiens.

II. Les considérants du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral a rappelé que lorsqu'un événement d'état civil ayant un effet sur le nom entraîne un changement de domicile, le domicile antérieur perd alors sa valeur de référence, et même si la personne y séjourne encore, il n'y a plus de *domicile* à cet endroit au sens de la LDIP, dès le moment où le projet de l'abandonner a été mis à exécution³. Dans l'hypothèse où la modification qui intervient dans l'état civil affecte le changement du centre de vie, il se justifierait ainsi de se fonder sur un *rattachement anticipé au domicile imminent*⁴.

Or, poursuit le TF, le domicile d'un enfant en bas âge, adopté à l'étranger par des parents domiciliés en Suisse, est appelé à se trouver en Suisse, endroit où se focaliseront un maximum d'éléments touchant aux conditions de vie du mineur⁵. Notre Haute Cour en effet, se fondant sur un arrêt non publié⁶, a considéré que c'est *la perspective de la durée* d'établissement en un lieu, plus que la durée elle-même, qui est décisive pour déterminer l'intention d'une personne d'y constituer son domicile.

Dès lors, le domicile de l'enfant M «LW» se trouvant en Suisse, en dépit de son adoption au Pérou, qu'il n'avait pas quitté depuis sa naissance, les règles du code civil suisse régissent seules l'acquisition de son nom de famille. L'enfant ne pouvait ainsi acquies, en conformité avec le droit péruvien, le nom de «LW», formé des deux patronymes de ses parents adoptifs, mais seulement celui de «L», figurant seul au registre d'état civil communal.

III. Discussion

On l'a vu, l'arrêt résumé ci-dessus repose essentiellement sur les deux piliers suivants: d'une part, la sauvegarde du principe de l'unité du nom de famille, tel que le comprend le droit civil suisse, et d'autre part, l'application du principe du rattachement anticipé du nom au droit du domicile envisagé. Prônée par la thèse de M. Levante⁷, cette dernière figure juridique est récente en droit international privé suisse. Elle trouve ici une seconde consécration par notre Haute Cour, après une application dans le cadre du droit du divorce (arrêt précité). Elle paraît promise à de beaux jours. Son maniement n'est toutefois pas sans soulever certaines interrogations. Le cas d'espèce nous fournit l'occasion d'en aborder quelques-unes.

* Carlos Jaïco Carranza, lic. iur. (Fribourg).

** Sébastien Micotti, lic. iur. (Fribourg).

1 II^e Cour civile, 5A.34/2004, 20.04.2005, M. c. Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel.

2 ATF 116 II 202 consid. 2–4, p. 204ss.

3 ANDREAS BUCHER, L'enfant en droit international privé, ch. 678.

4 MARCO LEVANTE, Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im Internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, Thèse St.-Gall 1998, p. 123 let. c.

5 ATF 125 III 100 consid. 3 p. 102.

6 Arrêt du 21.09.1993, 5C 99/1993.

7 MARCO LEVANTE (note 4), p. 123 et passim.

La première difficulté surgit naturellement lorsqu'il s'agit de déterminer le domicile envisagé. A teneur de l'art. 20 al. 1 let. a LDIP, le domicile en droit international est formée d'une composante objective (la résidence dans un lieu donné) et d'une composante subjective (l'intention de s'y établir), ces deux conditions étant cumulatives. Cette définition recoupe celle de l'art. 23 CC. Le législateur a toutefois volontairement exclu la parallèle avec les articles suivants, notamment l'art. 25 CC.⁸

Le TF a considéré que «à l'heure actuelle et dans un futur prévisible, les centres d'intérêts de l'enfant se trouvent en Suisse». Cependant, lors de l'adoption plénière, l'autorité péruvienne était-elle en mesure de vérifier objectivement cet état de fait? Ce n'est qu'a posteriori qu'une telle assertion se confirmerait; tout pronostic laissant nécessairement une place au doute. Une conséquence juridique aussi importante que le nom d'une personne ne devrait toutefois pas dépendre de considérations futures incertaines.

En deuxième lieu, le truchement du rattachement anticipé au domicile suisse présumé (condition subjective) de l'adopté a permis de faire prévaloir le *principe de l'unité du nom de famille* en Suisse entre les parents et l'enfant sur celui de l'unité du nom de l'enfant sur le plan international. On assiste en effet à une situation dans laquelle l'enfant se trouve avoir, selon la nationalité à laquelle il se réfère, *un nom de famille différent* («L» en Suisse, mais «LW» au Pérou et en Italie). Cet état de choses est peu satisfaisant. Le principe précité mérite en outre d'être relativisé, car la famille de l'enfant en question ne porte de toute manière pas un nom unique pour chacun de ses membres: la mère adoptive a fait usage de la faculté que lui confère l'art. 160 al 2 CC de porter son nom de jeune fille, suivi du nom de son époux (en l'espèce «WL»).

C'est le lieu de rappeler que le droit suisse prévoit la reconnaissance en Suisse de l'adoption étrangère (cf. art. 78 al. 1 LDIP, dont les conditions étaient satisfaites en l'espèce) et sa transcription dans les registres d'état civil (art. 32 LDIP). Les effets de l'adoption plénière étrangère doivent donc en principe se déployer dans notre pays. Au nombre de ces effets figure également la détermination du nom de famille de l'adopté. Or, si l'on pousse le raisonnement du TF jusqu'à son terme, les autorités péruviennes d'adoption auraient dû appliquer le principe suisse de l'unité du nom de famille déjà au stade de l'inscription de l'adoption plénière dans les registres péruviens. Le nom de l'adopté aurait alors dû être déterminé en application des dispositions du droit suisse en la matière, eu égard à une présomption de domicile imminent en Suisse. Faute de cela, force est de constater que l'adoption plénière étrangère ne déploiera pas tous ses effets lors de sa transcription dans les registres suisses, comme pourrait pourtant le laisser croire la lecture de l'art. 78 LDIP.⁹

Cette solution paraît contradictoire avec le principe suisse de la reconnaissance des décisions d'adoption étrangère rendues en application du droit étranger. Notons qu'il suffirait d'ailleurs à l'enfant de solliciter du Pérou ou de l'Italie, dont il est ressortissant, un changement de nom puis de le faire reconnaître en

Suisse par le truchement de l'art. 39 LDIP, pour récupérer, en Suisse, le double nom qu'il a reçu lors de son adoption au Pérou. On aperçoit là les limites de la solution choisie par le TF.

Pour preuve que cette procédure n'est pas claire, l'autorité communale de l'état civil avait, dans un premier temps, reconnu l'adoption prononcée par les autorités péruviennes dans tous ses effets; elle avait ainsi inscrit l'adopté sous le nom qu'il avait acquis au Pérou, avant de revenir sur sa décision.

De deux choses l'une, soit il convient de partir du principe que les autorités étrangères d'adoption prennent en compte le domicile futur de l'adopté et de ses parents, et acceptent de déterminer le nom de l'adopté en vertu du droit suisse, soit il faut admettre que les autorités suisses d'état civil renoncent à une reconnaissance et une transcription intégrale de la décision étrangère, au motif que celle-ci ne correspond pas aux règles suisses en matière de nom de famille; une telle restriction ne figure cependant pas dans la loi (cf. art. 32 LDIP). La première alternative paraissant peu vraisemblable, la solution qui découle de l'arrêt examiné ici conduit concrètement à introduire une restriction supplémentaire au principe de la transcription des décisions étrangères d'état civil selon l'art. 32 LDIP. N'eut-il pas été préférable de laisser ce soin au législateur?¹⁰

Par ailleurs, on sait désormais qu'au regard du principe de l'égalité des sexes, la jurisprudence selon laquelle les doubles noms ou les noms à flexion ne peuvent être inscrits dans les registres suisses doit être abandonnée.¹¹ Rien ne s'oppose donc apparemment à ce qu'un double nom, tel que celui acquis par l'adopté dans son pays d'origine, soit transcrit dans les registres de l'état civil suisse.¹² A ce propos, l'initiative parlementaire Suzette Sandoz concernant le nom de famille des époux avait eu notamment le mérite d'ouvrir le débat sur le port d'un double nom, y compris pour l'enfant.¹³

IV. Conclusion

En dépit d'une solide motivation juridique, l'arrêt ici discuté entraîne un résultat pratique qui n'est pas entièrement satisfaisant. Nous attendons d'assister en Suisse à une avancée jurisprudentielle vers l'admission de l'inscription d'un double nom de famille. Par contre, une exclusion de cette possibilité devrait appartenir au seul législateur. Une clarification de la loi dans le sens proposé serait alors souhaitable.

10 Dans ce cas, la LDIP pourrait être complétée de la manière suivante:
Art. 32 al. 2^{bis} (nouveau) LDIP
Sont réservées les dispositions en matière d'adoption (art. 75 à 78^{bis}).
Art. 78^{bis} (nouveau) LDIP

En cas d'adoption plénière reconnue en Suisse, le nom de famille de l'enfant adopté à l'étranger est toutefois régi par le droit suisse si ses parents adoptifs ont leur domicile en Suisse au moment de l'adoption et ont l'intention de le conserver.

11 B. DUTOIT, Commentaire de la LDIP, n° 3 ad art. 40; A. BUCHER, Droit international privé, T. II, n° 263; Circulaire du DFJP du 11 octobre 1989, in: REC 1989, p. 384 n° 24.

12 Circulaire précitée, REC 1989, p. 385 et 388 notamment.

13 Proposition JEAN-PHILIPPE MAITRE: art. 270 al. 1^{bis}, «Lorsque les parents ne peuvent se mettre d'accord, l'enfant porte le double nom de ses père et mère», in: BO 2001, N° 270.

8 ATF 119 II 169 consid. 2b

9 Cf. art. 32 cum art. 25 à 27 LDIP.

Mathias Kummer*

E-Mail-Verschlüsselung in der Anwaltskanzlei

Stichworte: Vertrauen, Vertraulichkeit, Schutz, Information, Verschlüsselung, Berufsgeheimnis, Einwilligung, Lösungen

Einfach unsicher

Sie kennen die Vorzüge der E-Mail-Kommunikation. Auch die Schwächen und Auswüchse nehmen Sie wahr.¹ Von der Möglichkeit, dass E-Mail-Mitteilungen von unbefugten Dritten abgefangen, eingesehen und verändert werden können, haben sie auch schon gehört. Publik werden jedoch nur wenige Missbrauchsfälle.²

Verschlüsseln Sie Ihre vertraulichen E-Mail-Mitteilungen? Haben Sie schon einmal eine unverschlüsselte, vertrauliche E-Mail irrtümlich an einen «falschen» Empfänger gesendet?

Die Vertraulichkeit einer klassischen E-Mail wird derjenigen einer Postkarte gleichgesetzt. E-Mails werden im Klartext übertragen und können folglich mit einfachen Mitteln mitgelesen werden.

Risiken beim Versand unverschlüsselter E-Mail

Beim Versand von unverschlüsselten E-Mails bleiben mehrere IT-Sicherheitsanforderungen unerfüllt. Es fehlt vor allem an der *Vertraulichkeit* der Nachricht. Sie kann von Dritten eingesehen werden. Die *Integrität* der Nachricht ist nicht sichergestellt. Unbefugte Dritte können die Nachricht abfangen und verändern. Die *Authentizität* des Absenders ist nicht garantiert. Die Nach-

richt stammt unter Umständen nicht vom angegebenen Absender. Es besteht keine *Empfangskontrolle*. Der Absender kann nicht nachweisen, dass der Empfänger die Nachricht erhalten hat. Die wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen der fehlenden Vertraulichkeit der E-Mail-Kommunikation können einschneidend ausfallen.

Pflicht zur Verschwiegenheit und zum Schutz der Persönlichkeit

In vielen Geschäftsbeziehungen ist Vertraulichkeit die Basis der Zusammenarbeit. Die Verschwiegenheit kann vertraglich festgelegt oder von Gesetzes wegen vorgeschrieben sein. Bei Berufsgeheimnisträgern wie Ärzten oder Rechtsanwälten sind die Geheimhaltungspflichten so bestimmend, dass ihre Verletzung mit Busse oder Gefängnis geahndet wird.

Der unverschlüsselte E-Mail-Versand von personenbezogenen Informationen kann zudem die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen und Unternehmungen verletzen. Das Gesetz verlangt angemessene technische und organisatorische Massnahmen zur Datensicherheit (Art. 7 DSG).

Verschwiegenheitspflicht bei Berufsgeheimnisträgern

Berufsgeheimnisträger werden aufgrund ihres besonderen Vertrauensverhältnisses zu ihren Klienten gesetzlich und standesrechtlich in die Pflicht genommen. Es handelt sich dabei insbesondere um Rechtsanwälte, Ärzte, Apotheker, Revisoren, Geistliche etc. Die Verletzung des Berufsgeheimnisses wird strafrechtlich (Art. 321 StGB) mit Gefängnis oder Busse geahndet. Art. 321 StGB bedroht nur die vorsätzliche Offenbarung von anvertrauten Geheimnissen mit Strafe. Die Kenntnis um die fehlende Vertraulichkeit von unverschlüsselten E-Mails ist heute dem Allgemeinwissen zuzurechnen. Der Berufsgeheimnisträger handelt zumindest eventualvorsätzlich – und damit strafbar.

Die Wahrung der anvertrauten Geheimnisse wird für einzelne Berufsgruppen durch weitere gesetzliche, vertragliche oder standesrechtliche Regeln abgesichert.

Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA)³ hält in Art. 13 fest, dass das Berufsgeheimnis zeitlich unbeschränkt und gegenüber jedermann gilt und dass die Entbindung nicht zur Preisgabe von Anvertrautem verpflichtet. Für Verstösse sieht das BGFA Disziplinar massnahmen vor, die von einer Verwarnung, einem Verweis, einer Busse bis zu

* Lic. iur. Mathias Kummer, Weblaw GmbH, hat im Sommer 2005 einen Leitfaden zur E-Mail-Verschlüsselung verfasst. Der Leitfaden kann kostenlos per E-Mail an info@weblaw.ch bestellt werden.

1 Andernfalls lohnt sich die Lektüre des Beitrages von SARAH MONTANI und FRANZ KUMMER, Vor E-Mail sind wir alle gleich, Jusletter 21. Juni 2004, Anwaltsrevue 5/2004, S. 184 ff.

2 Für viel Wirbel hat um die Jahrtausendwende das amerikanische Abhörsystem «Echelon» gesorgt. Der damals eingerichtete Untersuchungsausschuss des Europäischen Parlaments hatte in einem Bericht aufgezeigt, dass Echelon mit grosser Wahrscheinlichkeit für Spionagezwecke an europäischen Unternehmen und Heimanwendern eingesetzt werde. Den Anwendern wurde geraten, ihre E-Mails zu verschlüsseln, um eine ungewollte Überprüfung der vertraulichen Korrespondenz zu vermeiden. Vgl. auch den NZZ-Beitrag «Wachsende Angst vor Echelon» 31. 5. 2001, Nr. 124, S. 5. Das Thema der «umfassenden Überwachung» ist auch in der Schweiz wieder aktuell. Im Beitrag «Die Spitzel der Gesellschaft» von URS PAUL ENGELER in der Weltwoche-Ausgabe 33/05 wird ein (vertraulicher) Gesetzesentwurf des Schweizer Dienstes für Analyse und Prävention (DAP) zur präventiven Überwachung möglicher Verbrecher publik gemacht. Die umfangreichen Überwachungs massnahmen betreffen auch den Post-, E-Mail- und Internetverkehr. Der auf http://www.weltwoche.ch/media/download/3305_bundesgesetz.pdf einsehbare Entwurf sieht in Art. 14 lit. h Abs. 4 folgende für Berufsgeheimnisträger einschneidende Regelung vor: Die Überwachung einer Person, die Trägerin eines Berufsgeheimnisses nach Art. 321 StGB ist, ist ausnahmsweise zulässig, wenn:

- a. gegen die Person selber der dringende Verdacht besteht, dass sie die Sicherheit gefährdet;
- b. auf Grund konkreter und aktueller Tatsachen angenommen werden muss, dass die Person oder Organisation, welche die Sicherheit gefährdet, ihre Postadresse oder ihrem Fernmeldeanschluss benutzt.

3 SR 935.61.

CHF 20 000.— hin zu einem befristeten oder dauernden Berufsausübungsverbot führen können (Art. 17 BGFA). Weitere Bestimmungen zum Berufsgeheimnis finden sich in den Berufs- und Standesregeln der kantonalen Anwaltsverbände. Als Beauftragter steht er auch vertraglich in der Pflicht, die ihm anvertrauten Geschäfte getreu und sorgfältig auszuführen. Die Nichteinhaltung der Verschwiegenheitspflicht stellt eine Verletzung der Treuepflicht im Auftragsverhältnis dar.

Es stellt sich die Frage, ob der Rechtsanwalt seine Geheimhaltungspflichten verletzt, wenn er mit seinen Klienten unverschlüsselt per E-Mail kommuniziert.⁴

Rechtlicher Schutz durch Bestrafung desjenigen, der fremde E-Mails unbefugt einsieht und abändert?

In der Schweiz wurde vor Jahren eine etwas seltsam anmutende Argumentationsschiene «pro» unverschlüsselte E-Mail-Kommunikation zwischen Anwalt und Mandanten geöffnet.⁵ Es wurde argumentiert, dass die unverschlüsselte E-Mail-Kommunikation zwar keinen umfassenden technischen, aber – allenfalls – einen starken rechtlichen Schutz genieße, nämlich dann, wenn das Abfangen, Einsehen und Abändern fremder E-Mails rechtlich verboten und gegebenenfalls mit Strafe bedroht würde.

Die vom Schweizerischen Fernmeldegesetz (FMG)⁶ erfassten Dienstleistungsanbieter sind verpflichtet, die von ihnen übermittelten Informationen geheim zu halten (Art. 43 FMG). Ein Verstoss würde nach Art. 321^{ter} StGB strafrechtlich geahndet. Für das Verhalten anderer (Sniffer, Spoofer, Cracker...) wird versucht, Strafbestimmungen beizuziehen, die meist nicht zum Sachverhalt passen.⁷ Erschwerend kommt in solchen Fällen die Anonymität im Netz und die Internationalität des Internets hinzu, was die Strafverfolgung vor erhebliche Probleme stellt. Von einem effektiven rechtlichen Schutz vor Dritten, die unbefugt E-Mail-Nachrichten abfangen und einsehen, kann nicht ausgegangen werden. Zudem zielt die Diskussion am eigentlichen Schutzzweck (Vertraulichkeit, Persönlichkeitsschutz) vorbei. Ein solcher Schutz ist präventiv – durch Verschlüsselung – erreichbar, nicht durch eine allfällige strafrechtliche Verfolgung desjenigen, der unbefugt in die vertrauliche Nachricht einsieht.

Einwilligung in die unverschlüsselte E-Mail-Kommunikation?

Ein gültiges Einverständnis des Mandanten in die unverschlüsselte E-Mail-Kommunikation setzt voraus, dass er sich über die Risiken bewusst ist. Dieses Bewusstsein ist in den letzten Jahren sicherlich gestiegen. Trotzdem kann der praktizierende Anwalt nicht in jedem Fall davon ausgehen, dass sich sein Gegenüber der fehlenden Vertraulichkeit, Integrität und Authentizität bewusst ist. Je nach Konstellation trifft den Anwalt diesbezüglich eine Aufklärungspflicht.⁸

Auf eine konkludente Einwilligung kann geschlossen werden, wenn die E-Mail-Kommunikation vom Mandanten initiiert wird und er dabei bereits geheime Inhalte elektronisch versendet.⁹

Um der Rechtsunsicherheit des Vorliegens eines gültigen Einverständnisses für den unverschlüsselten E-Mail-Einsatz vorzubeugen, sollte eine ausdrückliche Einwilligung des Klienten eingeholt werden.

Eleganter, überzeugender und jegliche Rechtsunsicherheit aus dem Weg schaffend ist jedoch die konsequente Verschlüsselung der sensitiven Nachricht. Der Mandant wird das sorgfältige Vorgehen schätzen.

Falscher Adressat – E-Mail-Disclaimer als Abhilfe?

E-Mail-Disclaimer erfreuen sich gerade unter Juristen zunehmender Beliebtheit:

«Diese E-Mail und ev. Anlagen können Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, dem Anwaltsgeheimnis unterliegende oder sonstige vertrauliche Informationen enthalten. Sollten Sie diese E-Mail irrtümlich erhalten haben, ist Ihnen der Status dieser E-Mail bekannt. Bitte benachrichtigen Sie uns in diesem Fall durch Antwort-Mail und löschen Sie diese Nachricht von Ihrem System. Wir machen Sie darauf aufmerksam, dass eine Veröffentlichung, Vervielfältigung, Verteilung oder Nutzung der Mitteilung und ev. Anlagen gegen Zivil- und/oder Strafrecht verstossen kann. Vielen Dank.»

E-Mail-Disclaimer begründen grundsätzlich keine zivilrechtlichen Verpflichtungen bei Empfängern fehlgeleiteter E-Mails. Die an den

4 Siehe auch VINCENZO AMBERG, Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), Anwaltsrevue 3/2002, S. 10 ff.; GERALD OTTO, Die e-Mail in der anwaltlichen Praxis – ein Widerspruch zum Standesrecht?, in: e-Mail, elektronische Post im Recht, IT-LAW. AT, Wien 2003, S. 121 ff.

5 Vgl. die Diskussion zwischen FRIDOLIN M. R. WALTHER, Das Anwaltsgeheimnis im E-Mail-Zeitalter – eine Problemskizze, SJZ 96, S. 357 ff., S. 361 ff., und OLIVER BLUM, Das Anwaltsgeheimnis im E-Mail-Zeitalter – eine Entgegnung aus der Praxis, SJZ 96, S. 550 ff., S. 551.

6 SR 784.10.

7 Insb. Art. 143 f. StGB. Viele der sog. Hacker-Tatbestände verlangen das Überwinden einer besonderen Sicherung, was bei unverschlüsselten E-Mail-Nachrichten gerade nicht der Fall ist.

8 Befürworter einer generellen Aufklärungspflicht WALTHER (FN 5), S. 365; dagegen BLUM (FN 5), S. 552. Nach WOLFGANG WIEGAND, Die Sorgfalts- und Informationspflichten bei der Erbringung von Rechtsdienstleistungen unter der Verwendung von Internet und E-Mail, Tagung für Informatik und Recht, 2000, Bern 2001, S. 149 ff., S. 167, wird nur dann eine Warnpflicht begründet, wenn die E-Mail-Kommunikation vom Anwalt initialisiert wird. Vgl. auch die Aussagen des eidgenössischen Datenschutzbeauftragten Hanspeter Thür im Interview, «Wenn der Mensch die Möglichkeit hat, etwas zu missbrauchen, dann tut er das normalerweise auch.», Jusletter, 8.8.2005. Der EDSB befürwortet eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Klienten.

9 So auch WIEGAND (FN 8), S. 167 ff., und SIMON SCHLAURI, «E-Kuriere»: Endlich sichere E-Mail für Anwälte?, Jusletter, 4.12.2000, Rz. 12. Schläuri fügt zu recht an, dass sich der Anwalt über die Identität des Versenders zu vergewissern hat; Walther sieht in der Kontaktaufnahme durch den Klienten hingegen noch keine implizite Einwilligung und fordert eine ausdrückliche Aufklärung und eine entsprechend klare Einwilligung (z. B. im Rahmen einer Vollmacht), S. 365.

Empfänger der E-Mail gerichtete Bitte, den Absender über den Irrtum zu informieren, verpflichtet den Empfänger nicht. Andere Äusserungen, wie das Festhalten eines Verbots der Verwendung des irrtümlich erhaltenen E-Mails, die Verpflichtung zur vertraulichen Behandlung, eine Rechtswahl und ein allfälliger Gerichtsstand sowie die Verpflichtung, das E-Mail zu löschen, stellen Willenserklärungen des Absenders dar. Vertragsrechtlich können sie allenfalls als Angebot angesehen werden. Damit sich der irrtümliche Empfänger bindet, braucht es seinerseits eine zustimmende Erklärung. Die meisten irrtümlich zugestellten E-Mails werden sofort gelöscht oder der Disclaimer ignoriert. Stillschweigen des unbekannten Empfängers kann nicht als Akzeptanz ausgelegt werden.

In manchen E-Mail-Disclaimern finden sich auch Hinweise auf zwingendes Gesetzesrecht, dessen Verstoss strafrechtlich relevant sein kann, z. B. das Verbot der Veröffentlichung urheberrechtlich geschützter Informationen, die irrtümlich zugestellt wurden. Solche Vorschriften gelten jedoch unabhängig davon, ob diese im Disclaimer der E-Mail erwähnt werden oder nicht. Eine Aufklärung über die Gesetzeslage kann als abschreckende Präventivmassnahme Sinn machen. Das Festhalten von möglichen zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen wird im E-Mail-Verkehr jedoch eher kontraproduktiv sein.

E-Mail-Disclaimer sind aus rechtlicher Sicht weitestgehend entbehrlich. Auf alle Fälle genügen sie nicht, um die Vertraulichkeitsanforderungen an Berufsgeheimnisträger zu erfüllen.¹⁰

Pflicht zur Verschlüsselung

Der unverschlüsselte E-Mail-Versand wird dem jeweils vorliegenden besonderen Vertrauensverhältnis und den Geheimhaltungspflichten des Anwalts nicht gerecht. Die Annahme einer konkludenten Einwilligung ist risikobehaftet, das Einfordern eines ausdrücklichen Einverständnisses umständlich. Auch Anforderungen an die Datensicherheit nach Art. 7 DSGVO verpflichten den Anwalt zur Verschlüsselung. Zudem können verschlüsselte E-Mails nicht von «falschen» Adressaten eingesehen werden.

Lösungen

Heute gibt es nutzerfreundliche, praktikable und trotzdem sichere Lösungen für verschlüsselte E-Mails. Die zur Verschlüsselung angewendeten Verfahren¹¹ und die auf dem Markt befindlichen Verschlüsselungsprodukte¹² haben dabei jeweils ihre Vor- und

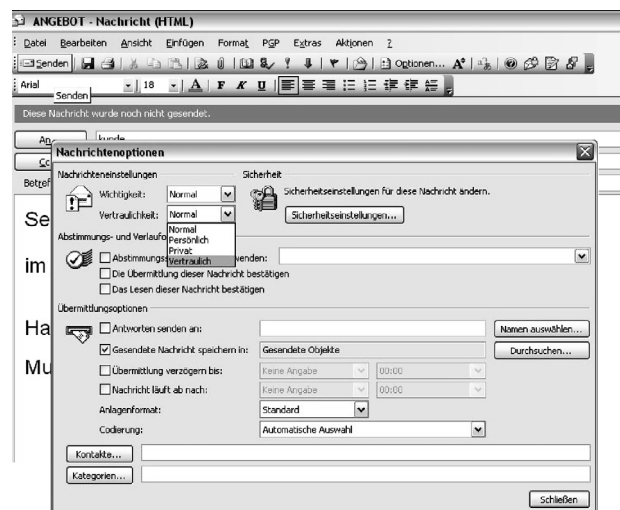
Nachteile. Oftmals besteht noch ein hoher Erklärungs- und Schulungsbedarf. Zudem verlangen die meisten Lösungen, dass auch der Empfänger der verschlüsselten Nachricht eine spezifische Software downloaden und installieren bzw. dass er über ein Zertifikat/Schlüsselpaar verfügen muss.

Im Folgenden wird das Verschlüsselungsprodukt «SEPP»¹³ der Onaras AG in Wettingen vorgestellt. Die Lösung kann in die bestehende Netzwerkinfrastruktur integriert werden und ermöglichen, den gesamten (oder ausgewählten) E-Mail-Verkehr der Kanzlei zu verschlüsseln. SEPP hebt sich aufgrund der besonderen Mandantenfreundlichkeit von anderen Lösungen ab. Der Mandant, Empfänger der verschlüsselten E-Mail, benötigt auf seiner Seite keine spezielle Software, Schlüssel oder Zertifikate. Er kann sogar ohne weiteres ein verschlüsseltes E-Mail an den Rechtsanwalt zurücksenden.

Einfach sicher

So funktioniert es: Sie erhalten den Anruf eines Mandanten, er schildert Ihnen kurz seinen Fall und bittet Sie um verschiedene Abklärungen. Für eine seriöse Beurteilung benötigen Sie jedoch weitere Informationen und Unterlagen. Da der Fall eilt, greifen Sie auf das Medium E-Mail zurück. Sie erklären Ihrem Mandanten, dass Sie ihm nun ein verschlüsseltes E-Mail senden und er Ihnen auf diese Nachricht eine verschlüsselte Antwort mit allen benötigten Attachments senden möchte:

Sie starten Ihr gewohntes E-Mail-Programm (z. B. Outlook) und schreiben Ihre Nachricht an den entsprechenden Empfänger. Sie markieren die Nachricht als vertraulich und versenden die Nachricht.



Die Nachricht gelangt als erstes an Ihre Secure E-Mail Appliance SEPP. Diese erkennt den Auftrag, die Nachricht zu verschlüsseln. In der Datenbank sucht sie nun nach dem entsprechenden Zerti-

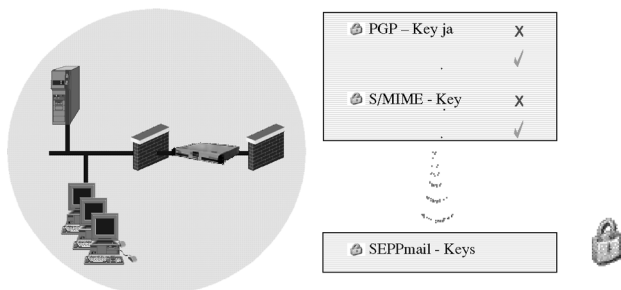
10 Vgl. zum Ganzen auch WOLFRAM R. J. PROKSCH, e-Mail-Disclaimer und ihre rechtliche (Un-) Wirksamkeit, in: e-Mail, elektronische Post im Recht, IT-LAW. AT, Wien 2003, S. 63 ff., sowie RAINER KNYRIM, Sind E-Mail-Disclaimer sinnvoll? Medien und recht 2/05, S. 136 ff. Online verfügbar unter: http://www.preslmayr.at/publikationen/ArtikelKnyrim_Sind_E-Mail-Disclaimer_sinnvoll_Medien_und_recht_02.2005.pdf.

11 Symmetrische, asymmetrische und hybride Verschlüsselungen; weiteres zu den Verfahren finden Sie im Leitfaden.

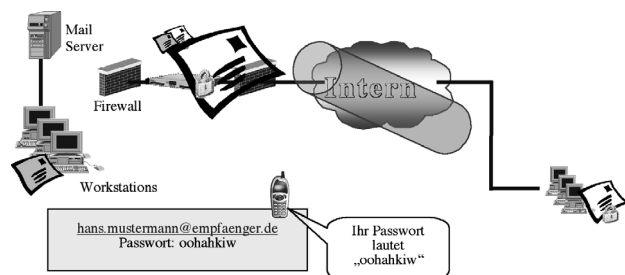
12 Anmerkung zur digitalen Signatur: Die qualifizierte elektronische Signatur (nach ZertES) ist kein Verschlüsselungsprodukt. Sie bezweckt und ermöglicht Integrität und Authentizität. Dem Empfänger der Nachricht wird bestätigt, dass die Mitteilung von einer bestimmten Person kommt und nicht durch einen Dritten abgeändert wurde. Die Vertraulichkeit wird nicht von der digitalen Signatur abgedeckt. Elektronisch signierte E-Mails sind nicht per se verschlüsselt und daher generell für Unbefugte einsehbar.

13 Weitere Informationen unter www.juristenware.ch, E-Mail-Verschlüsselung.

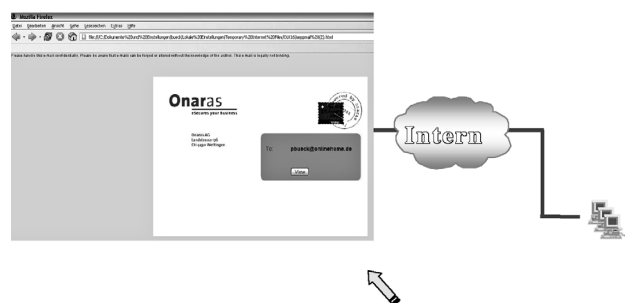
fikat (S/MIME) oder nach dem dazugehörigen Schlüssel. Falls ein öffentlicher Schlüssel vorhanden ist, wird die Nachricht damit verschlüsselt. Bei einem neuen Mandanten wird SEPP vermutlich weder noch vorfinden.



In einem solchen Fall generiert die Lösung selbständig und automatisch eine verschlüsselte Nachricht (SEPPMail) an Ihren Mandanten und versendet die komplette Nachricht inklusive all-fälliger Attachments. Als Absender der E-Mail erhalten Sie nun einmalig ein Passwort zugestellt. Dieses Passwort teilen Sie nun Ihrem Mandanten per Telefon oder SMS mit.

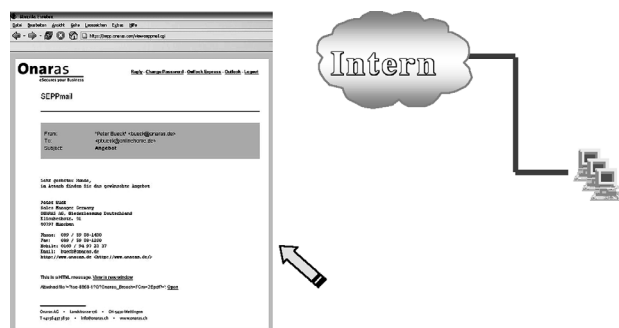


Der Empfänger erhält die Mitteilung, dass er eine verschlüsselte Nachricht erhalten habe und wie er diese entschlüsseln kann. Er klickt auf das mit der Nachricht zugestellte HTML-Attachment und erhält folgende Darstellung:



Anmerkung: Statt dem Onaras-Logo kann das Kanzlei-Logo eingebaut werden.

Er ergänzt das Eingabefeld mit dem erhaltenen Passwort und öffnet das Dokument. Die entschlüsselte Nachricht wird ihm am Bildschirm in seinem Internetbrowser (Internet Explorer, Netscape oder andere) dargestellt.



Innerhalb der nun folgenden Bildschirmseiten hat er die Möglichkeit, sein Passwort abzuändern. Dieses neue Passwort gilt für alle verschlüsselten Nachrichten, die er von Ihnen oder einem Ihrer Mitarbeiter empfängt.

Der Mandant kann auf diese Nachricht eine verschlüsselte Antwort mit weiteren Unterlagen als Attachment an Sie zurück senden. Dem Mandanten stehen verschiedene Exportmöglichkeiten zur Speicherung der verschlüsselten Nachricht in seinem E-Mail-Client offen.

Schlusswort

Auf der Basis der heute bestehenden Verschlüsselungsmöglichkeiten können die Kommunikationsteilnehmer Ihre E-Mail-Nachrichten einfach und zuverlässig verschlüsseln, womit das Einsehen und die Manipulation der E-Mails auf dem Weg zum Empfänger verunmöglicht wird. Die Verschlüsselung sensibler E-Mail-Nachrichten gewährleistet Vertraulichkeit und Integrität der übermittelten Informationen. In technischer Hinsicht gibt es heute bereits nutzerfreundliche Lösungen, die ein verschlüsseltes Versenden erlauben, ohne dass der Empfänger zusätzliche Hardware, Software oder Zertifikate braucht. Versender von sensiblen E-Mails im Allgemeinen und Berufsgeheimnisträger im Besonderen werden nicht darum herum kommen, solche Verschlüsselungslösungen einzusetzen.

Der Versand von verschlüsselten E-Mail-Nachrichten ist einfach und sicher. ■

■ Verfassungsrecht / Droit constitutionnel (I)

Art. 270 BStP (Art. 76 E BGG), Art. 87 und 97 Abs. 1 OG; Parteientschädigung (an den amtlichen Verteidiger), Beschwerdelegitimation

Art. 270 BStP bestimmt, welche Personen zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert sind. Diese Aufzählung ist nach Lehre und Rechtsprechung abschliessend (BGE 62 I 59 E. 2; Erhard Schwenri, a. a. O., S. 79 N 222; Gilbert Kolly, Le pourvoi en nullité à la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral, Bern 2004, S. 19 Ziff. 3.1; Martin Schubarth, Nichtigkeitsbeschwerde 2001, Bern 2001, S. 37 lit. k, wirft die Frage auf, ob der Katalog in Art. 270 BStP abschliessend ist und verweist dabei insbesondere auf Art. 76 des Entwurfs zum Bundesgerichtsgesetz [E BGG], dessen Wortlaut offen gehalten ist). Mit der Änderung des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (SR 313.0) vom 22. Dezember 1999, in Kraft seit 1. Januar 2002, steht nun die Nichtigkeitsbeschwerde in gewissen Fällen auch dem Bundesanwalt und der verfahrensbeteiligten Verwaltung offen.

Der amtliche Verteidiger ist in den erwähnten Bestimmungen nicht als Beschwerdeführer aufgeführt, weshalb er gestützt auf diese zur Nichtigkeitsbeschwerde auch nicht legitimiert ist. Die staatsrechtliche Beschwerde ist – abgesehen von hier nicht zutreffenden Ausnahmen – nur zulässig gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide (Art. 84 f. OG). Das Bundesstrafgericht ist keine kantonale Instanz, weshalb die Eingabe des Beschwerdeführers auch nicht als staatsrechtliche Beschwerde entgegengenommen werden kann.

Der Entscheid des Bundesstrafgerichts über die Parteientschädigung an den amtlichen Verteidiger ist eine behördliche Anordnung im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt (Reglement über die Entschädigungen in Verfahren vor dem Bundesstrafgericht vom 11. Februar 2004 [SR 173.711.31]). Es stellt sich deshalb die Frage, ob der amtliche Verteidiger Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben kann (Art. 97 Abs. 1 OG in Verbindung mit Art. 5 VwVG).

Doch bereits in den Reigen der möglichen Vorinstanzen gemäss Art. 98 OG liesse sich das Bundesstrafgericht nur schwerlich einordnen. Zudem ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig gegenüber Verfügungen auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafverfahrens, die nicht den Strafvollzug betreffen (Art. 100 lit. f OG; BGE 96 I 88 E. 1; 98 Ib 400 E. 2; 102 Ib 35 E. 1; 122 IV 365 E. 1 b/dd S. 371). Wenn sie in der Hauptsache nicht zulässig ist, ist sie es nach dem Grundsatz der Einheit des Prozesses auch nicht für Zwischenentscheide, Entscheide über Verfahrenskosten und Parteientschädigungen, die unentgeltliche Rechtspflege oder prozessdisziplinarische Massnahmen

(Art. 101 lit. a und b OG; BGE 119 Ib 412 E. 2a) und entsprechend auch nicht für die Festlegung des Honorars des amtlichen Verteidigers.

Das neue Bundesgerichtsgesetz umschreibt die Legitimation zur Erhebung der Beschwerde in Strafsachen offener als der heute anwendbare Art. 270 BStP (Art. 76 E BGG). Beschwerdeberechtigt ist danach, «wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat» und ein rechtliches Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheides hat, wobei der Kreis der Beschwerdeberechtigten in Anlehnung an die heutige Regelung umschrieben wird, allerdings nicht abschliessend, was sich aus der Verwendung des Wortes «insbesondere» ergibt. Eine Vorwirkung dieses noch nicht verabschiedeten Gesetzes fällt allerdings nicht in Betracht, weshalb offen bleiben kann, ob der amtliche Verteidiger Teilnehmer im Sinne von Art. 76 E BGG ist und ihm – obwohl nicht ausdrücklich erwähnt – die Beschwerdebefugnis zukommt.

Mit dem Erlass des Bundesstrafgerichtsgesetzes (SGG; SR 173.71) wurden verschiedene Änderungen bisherigen Rechts vorgenommen. Art. 270 BStP war davon nicht betroffen (vgl. Anhang zu Art. 32 Abs. 1 SGG). Als Übergangsbestimmung wurde festgelegt, dass gegen Entscheide der Strafkammer Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationshof des Bundesgerichts geführt werden kann, dass sich das Verfahren nach den Art. 268–278^{bis} BStP richtet, Art. 269 Abs. 2 jedoch keine Anwendung findet, und dass der Bundesanwalt zur Beschwerde berechtigt ist (Art. 33 Abs. 3 lit. b SGG). Handelt es sich um eine von der Rechtsprechung zu schliessende Lücke, wenn in der zitierten Bestimmung der amtliche Verteidiger nicht als beschwerdeberechtigte Person angeführt wird?

Dafür mag sprechen, dass der amtliche Verteidiger gegen die Festsetzung seines Honorars durch kantonale Gerichte immerhin staatsrechtliche Beschwerde erheben kann. Das Bundesgericht prüft dabei allerdings nur, ob verfassungsmässige Rechte verletzt worden sind, namentlich ob das Honorar willkürlich tief festgesetzt worden ist, während im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde die Anwendung von Bundesrecht frei zu prüfen wäre. Aus der Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde gegen kantonale Festsetzungen des Honorars lässt sich daher nicht zwingend folgern, dass dem amtlichen Verteidiger auch gegen die Festsetzung des Honorars durch das Bundesstrafgericht ein Rechtsmittel zustehen muss. Das ist um so weniger der Fall, als die Rechtsordnung weitere Beispiele kennt, wo gegen die Festsetzung des Honorars eines amtlichen Verteidigers oder unentgeltlichen Vertreters kein Rechtsmittel vorgesehen ist. So können entsprechende Entscheide im Asylrekursverfahren nicht angefochten werden, und wenn die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts das Honorar des amtlichen Verteidigers festlegt, ist

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

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

dagegen ebenfalls kein Rechtsmittel gegeben, weil Entscheide dieser Kammer nur anfechtbar sind, wenn es sich um Zwangsmassnahmen handelt (Urteil des Bundesgerichts 1S.3 und 4/2004 vom 13. August 2004). Es besteht demnach im Bundesrecht kein allgemeiner Grundsatz, wonach der amtliche Verteidiger die Festlegung seines Honorars müsste anfechten können. Von einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes, welche eine richterliche Lückenfüllung nötig machen würde, kann daher nicht gesprochen werden.

Schliesslich ist die rechtliche Situation des amtlichen Verteidigers wertungsmässig nicht gleichgelagert wie diejenige der nach Art. 270 BStP Legitimierten. Legitimiert zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde sind – mit Ausnahme der Behörden – ausschliesslich Personen, die durch Strafen und/oder Massnahmen des Strafurteils direkt betroffen sind. Demgegenüber stellt der Entscheid über die Entschädigung des amtlichen Verteidigers lediglich eine Nebenfolge des Strafverfahrens dar.

(Kassationshof, 6S. 15/2005, 12. 5. 2005, X c. Schweizerische Bundesanwaltschaft; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 9 und 29 Abs. 3 BV; unentgeltliche Prozessführung, Notbedarf, Novenverbot

Schon vor Obergericht hatte der Beschwerdeführer geltend gemacht, dass zu Lasten seines Notbedarfs als (zusätzliche) Arztkosten nicht nur Fr. 130.–, sondern Fr. 200.– im Monat und ferner Fr. 100.– im Monat (als Anteil des von ihm gegenüber der Krankenkasse zu tragenden Selbstbehaltes) zu berücksichtigen seien. Die kantonale Rekursinstanz trat auf diese Vorbringen nicht ein mit der Begründung, sie seien neu und deshalb unzulässig und überdies nicht belegt. Wie der Beschwerdeführer mit Recht vorbringt und das Obergericht in seiner Vernehmlassung zur Beschwerde unter Hinweis auf die Art. 361 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 349 Abs. 2 sowie auf Art. 177 Abs. 2 ZPO [SH] denn auch selbst anerkennt, kommt das Novenverbot in einem Fall der vorliegenden Art indessen nicht zum Tragen. Die vom Beschwerdeführer im Zusammenhang mit den beanspruchten zusätzlichen Gesundheitskosten erhobene Rüge der willkürlichen Anwendung kantonalen Zivilprozessrechts ist mithin begründet. Es geht sodann auch nicht an, die geltend gemachten Posten pauschal als unglaublich abzutun, zumal die wirtschaftliche Lage des Beschwerdeführers ohnehin äusserst knapp an der Grenze der Bedürftigkeit liegt und deshalb kleinste Abänderungen von Bedeutung sind.

Das Obergericht hat im angefochtenen Entscheid ferner dafür gehalten, dass in Anbetracht des von ihm ermittelten Freibetrags von monatlich Fr. 365.– die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege «praxisgemäss» ausgeschlossen sei. Indessen hat es unterlassen, die von ihm angerufene Praxis darzulegen. Auch seine Vernehmlassung enthält dazu keine näheren Angaben, obschon der Beschwerdeführer vorgebracht hat, eine Praxis, wonach sogar bei einem Freibetrag von wesentlich weniger als Fr. 500.– bzw. von weniger als Fr. 400.– im Kanton Schaffhausen das Armenrecht verweigert werde, sei ihm nicht bekannt. Es fehlt in diesem Punkt die aus der Sicht von Art. 29 Abs. 3 BV ge-

botene Auseinandersetzung der kantonalen Instanz mit den Umständen des konkreten Falles.

(II. Zivilabteilung, 5P.413/2004, 13. 5. 2005, X c. Obergericht des Kantons Schaffhausen; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 213 al. 1 et art. 214 al. 2 LIFD; déduction sociale pour enfant et barème pour famille monoparentale

La recourante et son ex-époux semblent être convenus, depuis l'année 2000, que leurs enfants communs vivraient une semaine chez leur père puis une semaine chez leur mère. Toutefois, il ne s'agit pas véritablement d'une garde alternée mais plutôt d'un arrangement à bien plaisir et à titre précaire entre les parents; le père n'a d'ailleurs pas attesté que la garde était alternée de manière égale.

Se pose la question de savoir si la recourante a droit – sur les plans fédéral ainsi que cantonal et communal – au barème applicable aux époux vivant en ménage commun ainsi qu'aux contribuables veufs, séparés, divorcés et célibataires qui vivent en ménage commun avec des enfants ou des personnes nécessiteuses dont ils assument pour l'essentiel l'entretien (ci-après: le barème pour couples). Le barème pour couples est plus avantageux que le tarif de base appliqué aux autres contribuables (art. 214 al. 2 LIFD et art. 37 al. 3 LICD/FR).

Accorder le barème pour couples à chacun des deux parents lorsqu'ils sont séparés ou divorcés reviendrait à faire bénéficier les contribuables concernés de plusieurs déductions de nature identique pour le même enfant. Les contribuables séparés ou divorcés – qu'ils soient ou non avec un nouveau partenaire – seraient ainsi placés dans une situation plus favorable qu'un couple marié qui ne peut prétendre qu'une seule fois au barème pour couples. Une telle interprétation du texte légal doit être rejetée, car elle ne correspond ni au but de la disposition, ni à la volonté du législateur.

Il n'y a pas lieu de s'écarter de la réglementation faisant foi sur le plan juridique, qui, en principe, seule doit être prise en compte. Il n'est donc pas possible de reprocher au Tribunal administratif, comme la recourante le fait, de s'en tenir strictement à la notion d'attribution de l'autorité parentale au sens du droit civil. En l'occurrence, le jugement de divorce du 27 février 1996 confirmé par la Cour d'appel le 28 mai 1997 ne donne à la recourante qu'un droit de visite sur ses enfants, l'autorité parentale ayant été attribuée à leur père; normalement ce dernier en a également la garde. Il peut prétendre aux déductions sociales accordées pour enfants (art. 213 al. 1 let. a LIFD) et assume vraisemblablement l'essentiel des dépenses liées aux enfants. Par tant, seul le père des enfants, à l'exclusion de la recourante, peut revendiquer le barème pour couples.

L'argument de la recourante qui prétend participer au moins autant que son ex-époux à l'entretien des enfants doit être rejeté. En effet, la recourante n'est astreinte à l'entretien de ses enfants que jusqu'à concurrence du montant de la contribution arrêté par le juge du divorce. Ce montant est de deux cents francs par mois et par enfant, puis de trois cents francs par mois et par enfant dès que ces derniers atteindraient l'âge de douze ans. Un

tel montant ne saurait couvrir l'essentiel de l'entretien des enfants, sans compter que la recourante n'a – semble-t-il – pas payé ces contributions. Il est vrai que la solution qu'elle a mise en place avec le père des enfants s'apparente à une garde alternée et qu'elle est plus coûteuse qu'un simple droit de visite. La recourante ne saurait toutefois se prévaloir de dépenses à bien plaisir qu'elle consent pour ses enfants. En tout cas, de telles dépenses ne permettent pas à la recourante d'être mise au bénéfice du barème pour couples.

Comme le droit fédéral, le droit cantonal fribourgeois prévoit que «la pension alimentaire versée au conjoint divorcé, séparé judiciairement ou de fait ainsi que les contributions d'entretien versées à l'un des parents pour les enfants sur lesquels il a l'autorité parentale, à l'exclusion toutefois des prestations versées en exécution d'une obligation d'entretien ou d'assistance fondée sur le droit de la famille» est déductible du revenu (art. 34 al. 1 lettre c LICD/FR). En contrepartie, «la pension alimentaire obtenue pour lui-même par le contribuable divorcé ou séparé judiciairement ou de fait ainsi que les contributions d'entretien obtenues par l'un des parents pour les enfants sur lesquels il a l'autorité parentale» est imposable (art. 24 lettre f LICD/FR). L'art. 37 al. 3 LICD/FR stipule que «le revenu global imposable des personnes mariées vivant en ménage commun et des contribuables veufs, séparés, divorcés ou célibataires qui font ménage commun avec des enfants ou des personnes nécessiteuses et dont ils assurent pour l'essentiel l'entretien est frappé au taux correspondant à 56 % de ce revenu. Le taux minimal de l'impôt reste applicable». Le droit cantonal fribourgeois a ainsi instauré le même système d'imposition des contributions d'entretien sous réserve du mode de réduction (splitting au lieu de barème pour couple). En conséquence, les considérations développées ci-dessus pour l'impôt fédéral direct s'appliquent également à l'impôt cantonal et communal. Partant, en accordant sur le plan cantonal le splitting (art. 37 al. 3 LICD/FR), non à la recourante, mais à son ex-époux, détenteur de l'autorité parentale, le Tribunal administratif a correctement appliqué le droit cantonal qui est conforme à la loi sur l'harmonisation.

(II^e Cour de droit public, 2A.256/2004, 26. 5. 2005, R. c/ Service cantonal des contributions du canton de Fribourg, Tribunal administratif du canton de Fribourg, cour fiscale; proposé à la publication dans le RO. – Condensé BÜ)

■ Verwaltungsrecht / Droit administratif (II)

Art. 8, 9, 29 Cst.; examen d'avocat

Le recourant X. invoque qu'il aurait été victime d'une inégalité de traitement, à un double titre. En premier lieu, en raison du refus de représenter ses examens de procédure et de déontologie; en second lieu, du fait du refus de l'autorité intimée de tenir compte du stress inhérent à la position du candidat se présentant à ses examens pour la dernière tentative.

Dans un (autre) arrêt du 5 août 2004 (ATA 604/2004), le Tribunal administratif a autorisé le recourant T. D. à se représenter aux épreuves orales de l'examen de fin de stage en raison d'une attente de plus cinq heures dans une salle de classe et d'autres inci-

dents ayant émaillé sa session d'examens. A propos de l'attente excessive, il a relevé que ce vice de procédure avait eu une influence sur ses prestations, en raison notamment du stress dû au fait qu'il présentait son ultime tentative mais que le vice en question ne suffisait pas en soi à annuler la décision constatant son échec.

C'est à tort que le recourant reproche au Tribunal administratif d'avoir violé le principe de l'égalité de traitement en ne faisant pas mention, pour ce qui le concerne, du stress inhérent à son ultime tentative d'obtenir le brevet d'avocat. Cette pression psychologique, dont l'autorité intimée était assurément consciente qu'elle touchait tous les candidats ayant déjà subi deux échecs, n'a été évoquée que pour souligner la gravité des vices ayant affecté les épreuves orales du candidat T. D. Indépendamment de l'attente excessive qui lui a été imposée lors de la seconde épreuve orale, ce candidat a été directement perturbé par l'alarme à l'incendie, puisque celle-ci s'est déclenchée pendant la préparation de son premier examen oral. Or le recourant n'a pas été victime d'une attente de plus de cinq heures et n'a pas été interrompu dans sa préparation par l'alarme à l'incendie, qui a retenti de 8.30 h. à 9.00 h., alors qu'il était convoqué pour 9.30 h. Sa situation ne peut pas être comparée à celle du candidat T. D., dont divers autres griefs analogues à ceux allégués par le recourant (fraudes, perte de feuilles) n'ont d'ailleurs pas été retenus. En outre, le Tribunal administratif n'a pas fait mention non plus du stress invoqué dans les autres arrêts du 5 août 2004 produits au dossier, la situation des intéressés étant différente de celle du candidat T. D. L'autorité intimée n'a donc pas violé le principe de l'égalité de traitement. (. . .)

Au sujet de la violation de son droit d'être entendu, le recourant soutient qu'il a été privé du droit de répliquer et de prouver par l'audition de témoins, les perturbations sonores résultant de la «fraude aux natels» lors de l'épreuve écrite; il n'a pas non plus été en mesure d'établir l'intensité de la perturbation occasionnée par l'irruption d'un tiers dans la salle d'examens, l'écoute de l'enregistrement de son épreuve orale du 5 novembre 2003 ayant été refusée. En outre, l'appréciation des épreuves orales n'a pas été valablement présentée par la Commission d'examens au Tribunal administratif.

Selon la jurisprudence, on ne saurait déduire de l'art. 29 al. 2 Cst. une obligation générale de transmettre dans tous les cas au recourant la réponse de l'autorité dont la décision est attaquée. Cependant, lorsque cette autorité n'a pas – ou pas suffisamment – motivé sa décision et n'a indiqué en détail les motifs de cette décision que dans sa réponse, l'autorité de recours viole le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par la Constitution fédérale, en refusant de transmettre au recourant cette réponse pour qu'il puisse répliquer (ATF 111 Ia 2 consid. 3 p. 3). Plus généralement, l'autorité a l'obligation de communiquer au recourant les écritures de l'intimé, quand ces déterminations contiennent des éléments nouveaux et importants, au sujet desquels le recourant n'a pas pu prendre position (ATF 114 Ia 84 consid. 3 p. 87, 307 consid. 4 b p. 314; 101 Ia 298 consid. 4 a p. 304).

Dans sa réponse du 2 mars 2004, la Commission d'examens, au travers de dix pages, s'est bornée à se déterminer succincte-

ment sur les moyens développés par le recourant. Cette écriture ne contient pas d'éléments nouveaux et importants qui auraient justifié le dépôt d'une réplique. Dans la mesure où il s'estimait suffisamment renseigné, le Tribunal administratif pouvait ainsi statuer sans ordonner un second échange d'écritures.

Pour le surplus, le recourant voit une violation du droit d'être entendu dans le refus du Tribunal administratif d'entendre des témoins pour confirmer l'existence d'échanges d'informations, au cours de l'épreuve écrite, entre certains candidats, au moyen de téléphones portables. Dans sa réponse au recours cantonal, la Commission d'examens a admis que certains sons, voire «sonneries» avaient retenti plusieurs fois et que la Secrétaire en charge de la Commission avait dû rappeler aux candidats l'interdiction de l'emploi de téléphones portables. L'existence de fraudes ou de tentatives de fraude était ainsi établie et seule l'intensité des nuisances divisait les parties. Le Tribunal administratif, sans trancher entre les versions divergentes des parties, a retenu que même si les fraudes évoquées par le recourant étaient avérées, elles seraient sans conséquence sur le résultat de l'épreuve. Bien que les considérants de l'autorité intimée soient sommaires sur ce point, il faut comprendre que l'audition de témoins ne l'aurait pas amenée à une conclusion différente, même si ces témoins avaient fait état de fraudes d'une certaine intensité. Cette appréciation anticipée des preuves ne peut pas être qualifiée d'arbitraire, dans la mesure où les nuisances sonores de téléphones portables pendant un laps de temps limité, si elles sont de nature à perturber passagèrement la concentration de certains candidats, ne sauraient les déconcentrer au point d'influer sur la qualité d'une épreuve d'une durée de cinq heures. (. . .)

Se référant à l'art. 70 LPA relatif à la jonction des causes, le recourant se plaint du refus de l'autorité intimée de donner suite à ses demandes de jonction de causes. Il ne précise pas les causes dont il requerrait la jonction, mais il s'agit vraisemblablement des autres recours de candidats ayant subi un échec à la session d'examens de novembre 2003. Une telle mesure procédurale aurait permis d'objectiver la gravité des vices comme l'alarme à l'incendie et la fraude aux téléphones portables.

Une jonction de causes ne présente d'utilité que si elle permet de simplifier la procédure; elle se justifie en présence de situations identiques. En matière d'examens professionnels, il est exceptionnel que la situation des candidats soit la même. Les motifs invoqués varient d'un candidat à l'autre et la qualité de leurs épreuves n'est pas semblable. Une jonction de causes ne pourrait se concevoir que si les recourants invoquaient de manière exclusive les mêmes vices formels. Or, tel n'est manifestement pas le cas des recours qui ont donné lieu aux différents arrêts du Tribunal administratif produits au dossier. En outre, dans la mesure où certains d'entre eux font mention de l'alarme à l'incendie et de la fraude aux téléphones portables, le Tribunal administratif était en mesure de saisir la portée objective des vices allégués sans ordonner la jonction des causes.

(II^e Cour de droit public, 2P.232/2004, 28.4.2005, X. c/ Commission d'examens des avocats du Canton de Genève, Tribunal administratif du canton de Genève; non publié dans le RO. – Condensé Bû

Art. 9 et 29 Cst.; procédure civile valaisanne

Aux termes de l'art. 262 al. 1 CPC val., tout demandeur, lorsqu'il en est requis, est tenu de fournir des sûretés suffisantes pour les frais et dépens. L'art. 263 CPC val. réserve des exceptions à l'obligation de fournir des sûretés; ainsi, des sûretés ne peuvent être exigées «en cas d'octroi de l'assistance judiciaire» (let. c). En vertu de l'art. 264 al. 3 CPC val., «la requête de sûretés suspend la cause».

Dans ses observations sur le recours de droit public, le magistrat intimé admet, en citant un passage de l'acte de recours, que, si l'effet suspensif avait été accordé au pourvoi en nullité, «la procédure se trouverait au stade d'une requête d'assistance judiciaire pendante». Citant l'art. 263 let. c CPC val., susmentionné, il ajoute que, selon la pratique des tribunaux, une demande d'assistance judiciaire suspend une requête de sûretés déjà pendante ou fait obstacle à une requête de sûretés déposée postérieurement à la demande d'assistance judiciaire. Le Président de la Cour de cassation civile se réfère, à ce sujet, à un article de Pierre Gapany intitulé: «Assistance judiciaire et administrative dans le canton du Valais» et publié dans la Revue valaisanne de jurisprudence [RVJ] 2000p. 117ss, 139. Il en déduit que «l'octroi de l'effet suspensif ne pouvait faire renaître les effets de la requête de sûretés et entraîner la suspension de la procédure en application de l'art. 264 al. 3 CPC».

L'avis exprimé par le magistrat cantonal est déjà incompatible avec le texte clair de la loi de procédure applicable. En effet, selon les termes mêmes de l'art. 263 let. c CPC val., ce n'est pas la demande d'assistance judiciaire qui suspend ou fait obstacle au dépôt d'une requête à fins de sûretés, mais bien l'octroi de l'assistance judiciaire. Le Président de la Cour de cassation civile ne cite d'ailleurs aucun précédent dont il résulterait que selon une jurisprudence cantonale fermement établie, le terme octroi de l'assistance judiciaire devrait être interprété dans le sens de demande d'assistance judiciaire. Quant à l'auteur invoqué dans les observations présidentielles, il ne professe pas du tout l'opinion qui lui est prêtée. Le passage topique de son article a la teneur suivante: «Durant le traitement de la requête d'assistance judiciaire, aucun délai n'est imparti au requérant pour effectuer des avances ou verser des sûretés: si de tels délais ont été fixés, ils sont suspendus avec effet au jour de la requête et reprendront leur cours pour le nombre de jours restant à courir, sans décision particulière, en cas de rejet de l'assistance». Le passage cité n'autorise en aucun cas à soutenir qu'une demande d'assistance judiciaire pendante fait obstacle à une requête de sûretés déposée postérieurement à ladite demande. Semblable opinion est d'ailleurs infirmée, à tout le moins de manière implicite, par la jurisprudence cantonale publiée (RVJ 1986p. 190ss; 1997p. 164 s.).

D'où il suit que si l'effet suspensif avait été accordé au pourvoi en nullité, la procédure au fond se trouverait au stade d'une requête d'assistance judiciaire déposée le 14 février 2005 et d'une requête en fourniture de sûretés présentée le 2 mars 2005, autrement dit dans la situation où les deux requêtes déposées successivement seraient toujours pendantes. En pareil

cas, l'art. 264 al. 3 CPC val. serait applicable et entraînerait la suspension ex lege de la cause au fond, si bien que la recourante n'aurait plus à se plier, jusqu'à droit connu sur la question de l'assistance judiciaire et, le cas échéant, jusqu'à la fourniture des sûretés, à l'injonction qui lui a été faite de déposer son mémoire-réponse. C'est dire qu'en déniaut à la recourante tout intérêt à l'octroi de l'effet suspensif au pourvoi en nullité déposé par elle, le magistrat intimé a rendu une décision arbitraire qui a pour conséquence d'obliger cette partie à répondre à la demande, sous peine de jugement contumacial, alors qu'elle ne dispose d'aucune garantie de couverture de ses frais et dépens.

(1^{re} Cour civile, 4P.96/2005, 31. 5. 2005, A. c/ B., intimé, Président de la Cour de cassation civile du Tribunal cantonal du canton du Valais; non publié dans le RO. – Condensé BÜ)

Art. 104 lit. a OG, Art. 61 lit. b ATSG und § 18 Abs. 3 GSVGer; Nachfrist zur Verbesserung einer Beschwerde, überspitzter Formalismus

Überspitzter Formalismus ist eine besondere Form der Rechtsverweigerung. Eine solche liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsvorschriften überspannte Anforderungen stellt und den Bürgern und Bürgerinnen den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt (BGE 120 V 417 Erw. 4b). Wohl sind im Rechtsgang prozessuale Formen unerlässlich, um die ordnungsgemässe und rechtsgleiche Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten. Nicht jede prozessuale Formstrenge steht demnach mit Art. 29 Abs. 1 BV im Widerspruch. Überspitzter Formalismus ist nur gegeben, wenn die strikte Anwendung der Formvorschriften durch keine schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder verhindert (BGE 130 V 183 Erw. 5.4.1, 128 II 142 Erw. 2a, 125 I 170 Erw. 3a).

Aus dem Wortlaut von Art. 61 lit. b ATSG und § 18 Abs. 3 GSVGer allein ergibt sich nicht, dass im Falle der Einreichung einer Beschwerde, die keine Begründung enthält, dem Beschwerdeführer nur unter bestimmten Voraussetzungen eine Nachfrist zur Begründung anzusetzen ist. Ob eine solche einzuräumen ist, steht nicht im Belieben des kantonalen Gerichtes. Denn nach der Rechtsprechung darf dies vielmehr nur im Falle eines offensichtlichen Rechtsmissbrauchs unterbleiben. Auf einen solchen Missbrauch läuft es hinaus, wenn ein Anwalt eine bewusst mangelhafte Rechtsschrift einreicht, um damit eine Nachfrist zur Begründung zu erwirken (RKUV 1988 Nr. U 34 S. 31; ferner BGE 108 Ia 212). Entscheidender Gesichtspunkt für diese Gesetzesinterpretation ist die Rechtskundigkeit. Mit diesem Vorgehen würde Satz 1 von Art. 61 lit. b ATSG wirkungslos, wenn sich jeder Beschwerdeführer dadurch, dass er die Beschwerde ohne Begründung einreicht, über die Nachfrist von Satz 2 eine zusätzliche Begründungsfrist erwirken könnte. Insbesondere derjenige Beschwerdeführer kann nicht die Nachfrist beanspruchen, wel-

cher die Erfordernisse von Art. 61 lit. b Satz 1 ATSG bewusst nicht erfüllt in der Absicht, sich auf Satz 2 berufen zu können.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt ein Abweichen vom Anspruch auf Nachfristansetzung nur im Falle eines offensichtlichen Rechtsmissbrauchs zu und bejaht einen solchen insbesondere bei rechtskundigen Personen, namentlich Rechtsanwälten und Rechtsberatern (Juristen ohne Anwaltspatent, usw.). Aus der blossen Tatsache, dass in einer Rechtsmittelbelehrung auf das Formerfordernis der Beschwerdebegründung hingewiesen wird, darf nicht abgeleitet werden, jedes Einreichen einer Eingabe mit Antrag, aber ohne Begründung, sei unabhängig von einer Rechtskundigkeit daher stets offensichtlich rechtsmissbräuchlich. Eine derartige Auslegung des Gesetzestextes führte dazu, dass der Anspruch auf die Gewährung einer Nachfrist praktisch aufgehoben würde. Das blosses Nichtbeachten des Formerfordernisses der kurzen Begründung der Beschwerde stellt noch keinen Rechtsmissbrauch dar, schon gar nicht einen offensichtlichen. Die Vorinstanz wirft der rechtsunkundigen Beschwerdeführerin zwar ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen vor. Sie legt aber nicht dar, inwiefern dieses in qualifizierter Form als offensichtlich zu würdigen ist. Indem auf das Kriterium der Offensichtlichkeit verzichtet wird, wird eine rechtsunkundige Person strenger beurteilt als eine rechtskundige. Dies geht nicht an. Hinzu kommt ein Weiteres: Auf Nichteintreten darf nach dem Gesetzeswortlaut – auch wieder unter Vorbehalt des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs – nur dann erkannt werden, wenn dieser Rechtsnachteil zuvor angedroht worden ist, was vorliegend offensichtlich nicht erfolgt ist.

(EVG I 126/05, 6. 6. 2005, X c. Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

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

Art. 35 und 405 OR, Art. 16 i. V. m. Art. 8 ZGB; aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Beendigung der Vollmacht

Die Lehrmeinung, welche die dispositive Natur der Beendigung der Vollmacht im Falle der (dauernden) Urteilsunfähigkeit des Vollmachtgebers befürwortet, kann sich nicht nur auf den Gesetzeswortlaut berufen, sondern führt zutreffend auch praktische Gründe an (Chappuis, Commentaire romand, N 11 ad art. 35 CO). Es kann im Interesse des Vollmachtgebers liegen, dass die durch Rechtsgeschäft erteilte Vollmacht mit dem Verlust seiner Urteilsfähigkeit nicht ohne weiteres erlischt; in den Formularen des kantonalen Anwaltsverbandes ist der Weiterbestand aufgrund der typischen Interessenlage des Mandanten nach den Erwägungen im angefochtenen Urteil denn auch vorgesehen (vgl. Watter, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 35 OR; vgl. auch BGE 75 II 190 E. 1 für den Tod des Auftraggebers). Der Vollmacht liegt meist ein Auftragsverhältnis zugrunde. Dafür bestätigt Art. 405 OR die in der römisch- und gemeinrechtlichen Tradition stehende Regelung, dass der Vertrag ohne gegenteilige Vereinbarung erlischt,

wenn der Auftraggeber handlungsunfähig wird (Fellmann, Berner Kommentar, N 32 zu Art. 405 OR). Gleichzeitig bestätigt diese Norm aber auch die dispositive Natur mit dem Vorbehalt «sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäftes gefolgert werden kann» («à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte de la nature de l'affaire»; «salvo che risulti il contrario dalla convenzione o dalla natura dell'affare»). Damit kann dem allenfalls gewichtigen Interesse des Auftraggebers am Weiterbestand des Auftragsverhältnisses gerade auch für den Fall der Urteilsunfähigkeit Rechnung getragen werden, während ein Widerruf durch den gesetzlichen Vertreter ohnehin vorbehalten bleibt (Fellmann, a. a. O., N 31/91 zu Art. 405 OR).

Nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil erteilte der (ursprüngliche) Kläger am 23. August 1999 seinem Rechtsvertreter eine Vollmacht zur Führung des Prozesses, wobei vereinbart wurde, dass die Vollmacht unter anderem auch mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers nicht erlösche. Die Vollmachterteilung erfolgte danach vor dem Schlaganfall des Klägers im Januar/Februar 2000 und somit vor Eintritt der von den Beklagten behaupteten Urteilsunfähigkeit des Klägers. Da gemäss Art. 35 Abs. 1 OR gültig vereinbart werden konnte, dass die Vollmacht über den Eintritt einer allfälligen Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers hinaus bestehen solle, konnte der Rechtsvertreter die Klage einreichen und den Prozess als gültig bestellter Vertreter des Klägers führen. Es stellt sich daher die Frage nicht, ob ein entsprechender Mangel durch die Genehmigung der Klägerin als Rechtsnachfolgerin geheilt werden konnte, wie die Vorinstanz eventualiter begründet und was die Beklagten bestreiten. Die Vorinstanz hat die Prozessfähigkeit des Klägers bundesrechtskonform bejaht, ohne dass sie Abklärungen zu dessen Urteilsfähigkeit nach dem erlittenen Schlaganfall hätte vornehmen müssen. Denn Art. 8 ZGB verleiht keinen Anspruch, zum Beweis unerheblicher Tatsachen zugelassen zu werden (BGE 129 III 18 E. 2.6). Die entsprechende Rüge ist unbegründet.

(I. Zivilabteilung, 4C.263/2004, 23. 5. 2005, X und Y c. Z und Obergericht des Kantons Zürich; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung Be)

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

Art. 173 Ziff. 1 StGB; Ehrverletzung im Rahmen der anwaltlichen Interessenvertretung

Dass [eine ehrverletzende] Bemerkung im Rahmen der anwaltlichen Interessenvertretung anlässlich des Plädoyers geäußert wurde, ist für die Frage der Ehrenrührigkeit unerheblich. Die Wahrnehmung von Parteiinteressen durch einen Anwalt in einem Rechtsstreit kann entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht mit einer öffentlich geführten politischen Auseinandersetzung gleichgesetzt werden. Seine Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach in der politischen Debatte eine strafrechtlich relevante Ehrverletzung nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen ist (vgl. BGE 128 IV 53 E. 1 a; 118 IV

248 E. 2 b mit Hinweisen), geht insofern an der Sache vorbei. [...]

Tatbestandsmässige Äusserungen in einem Gerichtsverfahren können gemäss Art. 32 StGB in Verbindung mit den Vorschriften des massgebenden Prozessrechts gerechtfertigt sein, sofern sie den gebotenen Sachbezug haben und nicht über das Notwendige hinausgehen, der Täter nicht wider besseres Wissen handelt und bloss Vermutungen als solche bezeichnet. Diese Rechtsprechung gilt namentlich auch für Anwälte, die sich im Rahmen der ihnen obliegenden prozessualen Darlegungs- und Begründungspflichten äussern müssen (BGE 118 IV 153 E. 4 a und 252 E. 2 c; 116 IV 211 E. 4 a). Innerhalb dieser Grenzen sollen die Anwälte die Interessen ihrer Mandanten auch pointiert vertreten dürfen, um die zu erläuternden Rechtspositionen nachhaltig auf den Punkt zu bringen. Hinzunehmen ist dabei ein gewisses Mass an übertreibenden Bewertungen und gar Provokationen, soweit sich die anwaltlichen Äusserungen weder als völlig sachwidrig noch als unnötig beleidigend erweisen (noch weitergehend für die deutsche Literatur: Herbert Tröndle/Thomas Fischer Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Beck'sche Kurz-Kommentare, 52. Aufl., München 2004, § 193 N. 28; Hans-Joachim Rudolph, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, Band 2, 6. Aufl., 2001, § 193 N. 7). Diese «rhetorische Freiheit» ist den Anwälten mit Rücksicht auf ihre berufsrechtliche Verpflichtung zur einseitigen Interessenwahrung ihrer Auftraggeber zuzubilligen. Sie sind zur Parteilichkeit, nicht zur Objektivität berufen (vgl. Peter Noll, Die Strafverteidigung und das Disziplinarrecht der Rechtsanwälte, in ZStrR 98/1981, S. 179–188).

(Kassationshof, 6S. 453/2004 [und 6P.174/2004], 2. 5. 2005, X c. Obergericht des Kantons Thurgau; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 251 et 253 CP; obtention frauduleuse d'une constatation fausse

Pour qu'il y ait faux intellectuel, le titre doit avoir une valeur probante accrue, qui peut découler par exemple de l'autorité de celui qui l'a établi ou de la valeur que la loi accorde à l'écrit. Selon la jurisprudence, le procès-verbal de l'assemblée générale réunissant tous les actionnaires d'une société anonyme a un caractère probant accru dans la mesure où il constitue le document nécessaire à une inscription au registre du commerce et réalise ainsi un faux intellectuel dans les titres lorsqu'il constate un fait faux (ATF 120 IV 199; ATF 123 IV 132). En effet, le procès-verbal de l'assemblée générale est destiné avant tout au registre du commerce. Le préposé peut partir de l'idée que les renseignements ainsi fournis sont exacts et ne doit procéder à des vérifications, avec un pouvoir d'ailleurs limité, qu'en cas de doute. Il existe donc un rapport particulier de confiance entre le préposé et l'auteur du procès-verbal.

Le recourant soutient que le procès-verbal de l'assemblée générale du 23 janvier 2002 ne contiendrait aucune constatation fausse. En effet, le recourant et C. auraient formé une société simple dans laquelle ce dernier aurait amené comme apport l'entier du capital-actions de D. SA et le second son aide technique, juridique et opérationnelle.

Or, selon les faits retenus, le recourant et C. n'ont pas manifesté de volonté de former une société simple (. . .). Il est ainsi faux de constater que l'entier du capital-actions était valablement représenté à la prétendue assemblée générale du 23 janvier 2002, puisqu'en réalité aucune action de D. SA n'y était valablement représentée. La déclaration du procès-verbal, que «l'entier du capital-actions est ainsi valablement représenté et que la présente assemblée universelle des actionnaires de D. SA peut valablement délibérer», est donc fausse et remplit l'élément objectif de l'infraction de faux dans les titres au sens de l'art. 251 CP.

L'élément objectif de l'infraction définie à l'art. 251 CP aurait été également réalisé si le recourant avait formé une société simple avec C.. Le recourant soutient que le capital-actions aurait ainsi appartenu en main commune aux deux associés de la société simple (art. 544 al. 1 CO), au sens des art. 652 ss CC. Pour que cette conception puisse être suivie, il faudrait cependant que les actions en cause aient été apportées en pleine propriété à la société simple (et non seulement en jouissance) (cf. ATF 105 II 204 et la doctrine citée dans le présent arrêt). Or, un tel transfert de propriété n'a pas été établi. En outre, même dans l'hypothèse où le capital-actions de D. SA aurait appartenu en main commune aux deux associés, ceux-ci n'auraient pu exercer les droits attachés à leur titre, en particulier le droit de vote, que par un représentant commun (art. 690 al. 1 CO). Or, le recourant n'a pas soutenu agir comme représentant d'une société simple C-Z. lors de la prétendue assemblée générale du 23 janvier 2002.

Pour le surplus, les éléments subjectifs du faux dans les titres sont réalisés. Ce que l'auteur savait, voulait ou ce dont il s'accommodait relève des constatations de fait (ATF 125 IV 242). En l'espèce, l'autorité cantonale a constaté, d'une manière qui lie la cour de céans, que le recourant connaissait la fausseté des déclarations faites au procès-verbal de l'assemblée générale. Le dessein d'enrichissement illégitime et l'atteinte aux droits d'autrui sont réalisés, puisque l'arrêt attaqué retient que le recourant a voulu s'approprier le capital-actions de D. SA au détriment de C.

Les conditions de l'infraction d'obtention frauduleuse d'une constatation fautive selon l'art. 253 CP sont également réalisées, puisque le recourant a amené le préposé au registre du commerce, en l'induisant en erreur au moyen d'un procès-verbal d'assemblée générale qui mentionnait faussement que l'entier du capital-actions était valablement représenté, à constater de manière erronée que E. avait été révoqué comme administrateur de D. SA et remplacé par X.

(Cour de cassation pénale, 6P.43/2005 et 6S.118/2005, 22.6.2005, Z. c/ Ministère public du canton de Vaud; non publié dans le RO. – Condensé BÜ)

DIE PRAXIS

BUNDESGERICHT

EVG

EGMR

Neben weiteren, nicht in der Amtlichen Sammlung publizierten Entscheidungen sowie umfassenden Hinweisen auf die aktuellsten Leitentscheide des Bundesgerichts und des EVG, die innerhalb des letzten Monats im Internet zugänglich gemacht worden sind, enthalten die letzten beiden Ausgaben der **Praxis** Übersetzungen der unten aufgeführten BGE ins Deutsche.

BGE	Praxis	Gegenstand
130 II 329	Nr. 124	Internationale Rechtshilfe in Strafsachen; Kontensperre/Beschlagnahme mit einer Zwischenverfügung; Begriff des unmittelbaren und nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils
130 II 509	Nr. 114	Anforderungen, die Verwaltungsgerichtsbeschwerden, wenn sowohl die direkte Bundessteuer als auch Kantons- und Gemeindesteuern betroffen sind; Verhältnis Bundesrecht/kantonales Recht; Abzugsfähigkeit von Unterhaltsleistungen
131 III 61	Nr. 121	Haftung nach Sprengstoffgesetz; Begriff des Inhabers; Kenntnis des Ersatzpflichtigen; Beginn der Verjährungsfrist bei Unklarheit über die Ursache des Schadens
131 III 91	Nr. 116	Rückweisung im Ehescheidungsprozess (Unterhalt); Umfang der Bindung der Vorinstanz an den bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid
131 III 141	Nr. 122	Betreibung auf Grundpfandverwertung; Voraussetzungen für dringliche Sicherheitsmassnahmen nach Art. 94 VZG
131 III 222	Nr. 118	Standby-Akkreditiv; Dokumentenfälschung; Zahlung einer Nichtschuld
131 III 300	Nr. 117	Bauhandwerkerpfandrecht; Gerüstbauvertrag
130 V 335	Nr. 125	Anspruch auf eine Altersrente; in Frankreich lebenden französischen Staatsangehörigen, der in der Schweiz während weniger als einem Jahr Beiträge geleistet hat; Rechtslage nach FZA etc.
130 V 433	Nr. 127	Unfallversicherung; Ansprüche des Arbeitnehmers bei Berufskrankheit; Überentschädigung
130 V 441	Nr. 126	Invalidenversicherung; Übernahme der Transportkosten im Zusammenhang mit der Teilnahme am Volksschulunterricht; nicht körper- oder sehbehindertes Kind

Die Praxis. 94. Jg. 2005 – ISSN 1017-8147 – Erscheint monatlich
www.legalis.ch

Rechtsetzung des Bundes (12. August – 8. September 2005)*
Législation fédérale (12 août – 8 septembre 2005)***I. In-Kraft-Treten****Bundesgesetze/Bundesbeschlüsse/Verordnungen****1. Staat – Volk – Behörden**

Änderung vom 18. März 2005 des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) (AS 2005 4099, SR 171.10); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. September 2005.

Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz, VIG) (AS 2005 4099, SR 172.061); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. September 2005.

Verordnung vom 17. August 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsverordnung, VIV) (AS 2005 4103, SR 172.061.1); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. September 2005.

Aufhebung vom 17. August 2005 der Verordnung vom 17. Juni 1991 über das Vernehmlassungsverfahren (AS 2005 4103, SR 172.062); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. September 2005.

7. Öffentliche Werke – Energie – Verkehr

Änderung vom 17. August 2005 der Verordnung vom 14. November 1973 über die Luftfahrt (Luftfahrtverordnung, LFV) (AS 2005 4243, SR 748.01); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 5. September 2005.

Verordnung vom 17. August 2005 über den Lufttransport (LTrV) (AS 2005 4243, SR 748.411); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 5. September 2005.

Aufhebung vom 17. August 2005 des Lufttransportreglements vom 3. Oktober 1952 (LTrR) (AS 2005 4243, SR 748.411); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 5. September 2005.

Änderung vom 22. Juni 2005 der Verordnung vom 31. Oktober 2001 über Fernmeldedienste (FDV) (AS 2005 3555, SR 784.101.1); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. September 2005.

8. Gesundheit – Arbeit – Soziale Sicherheit

Änderung vom 18. März 2005 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) (AS 2005 4099, SR 814.01); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. September 2005.

Änderung vom 18. März 2005 des Bundesgesetzes vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG) (AS 2005 4099, SR 814.20); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. September 2005.

9. Wirtschaft – Technische Zusammenarbeit

Änderung vom 23. August 2005 der Allgemeinen Verordnung vom 7. Dezember 1998 über die Einfuhr von landwirtschaftlichen Erzeugnissen (Agrareinfuhrverordnung, AEV) (AS 2005 4429, SR 916.01); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. September 2005.

Änderung vom 17. August 2005 der Verordnung vom 8. Mai 1934 über die Kontrolle des Verkehrs mit Edelmetallen und Edelmetallwaren

I. Entrée en vigueur**Lois fédérales/Arrêtés fédéraux/Ordonnances****1. Etat – Peuple – Autorités**

Modification du 18 mars 2005 de la loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, LParl) (RO 2005 4099, RS 171.10); entrée en vigueur: 1^{er} septembre 2005.

Loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (Loi sur la consultation, LCo) (RO 2005 4099, RS 172.061); entrée en vigueur: 1^{er} septembre 2005.

Ordonnance du 17 août 2005 sur la procédure de consultation (Ordonnance sur la consultation, OCo) (RO 2005 4103, RS 172.061.1); entrée en vigueur: 1^{er} septembre 2005.

Abrogation du 17 août 2005 de l'ordonnance du 17 juin 1991 sur la procédure de consultation (RO 2005 4103, RS 172.062); entrée en vigueur: 1^{er} septembre 2005.

7. Travaux publics – Energie – Transports et communications

Modification du 17 août 2005 de l'ordonnance du 14 novembre 1973 sur l'aviation (OSAv) (RO 2005 4243, RS 748.01); entrée en vigueur: 5 septembre 2005.

Ordonnance du 17 août 2005 sur le transport aérien (OTrA) (RO 2005 4243, RS 748.411); entrée en vigueur: 5 septembre 2005.

Abrogation du 17 août 2005 du règlement de transport aérien du 3 octobre 1952 (RTA) (RO 2005 4243, RS 748.411); entrée en vigueur: 5 septembre 2005.

Modification du 22 juin 2005 de l'ordonnance du 31 octobre 2001 sur les services de télécommunication (OST) (RO 2005 3555, RS 784.101.1); entrée en vigueur: 1^{er} septembre 2005.

8. Santé – Travail – Sécurité sociale

Modification du 18 mars 2005 de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (Loi sur la protection de l'environnement, LPE) (RO 2005 4099, RS 814.01); entrée en vigueur: 1^{er} septembre 2005.

Modification du 18 mars 2005 de la loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LEaux) (RO 2005 4099, RS 814.20); entrée en vigueur: 1^{er} septembre 2005.

9. Economie – Coopération technique

Modification du 23 août 2005 de l'ordonnance générale du 7 décembre 1998 sur l'importation de produits agricoles (Ordonnance sur les importations agricoles, OIAgr) (RO 2005 4429, RS 916.01); entrée en vigueur: 1^{er} septembre 2005.

Modification du 17 août 2005 de l'ordonnance du 8 mai 1934 sur le contrôle du commerce des métaux précieux et des ouvrages en métaux

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

(Edelmetallkontrollverordnung, EMKV) (AS 2005 4317, SR 941.311); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. September 2005.

Verordnung vom 17. August 2005 über die Gebühren für die Edelmetallkontrolle (AS 2005 4317, SR 941.319); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. September 2005.

Aufhebung vom 17. August 2005 der Verordnung vom 30. Oktober 1985 über die Gebühren für die Edelmetallkontrolle (AS 2005 4317, SR 941.319); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. September 2005.

Änderung vom 15. August 2005 der Verordnung vom 29. November 2002 über den internationalen Handel mit Rohdiamanten (Diamantenverordnung), (AS 2005 4389, SR 946.231.11); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. September 2005.

III. Vernehmlassungen

Bundesgesetz über die Kulturförderung und Revision des Pro Helvetia-Gesetzes

Mit dem Kulturförderungsgesetz will der Bund primär die Partnerschaften mit den Kantonen, Gemeinden, Städten und Privaten stärken, Schwerpunkte der Kulturförderung bilden sowie Aufgaben und Zuständigkeiten der verschiedenen Bundesakteure entflechten. Die Revision des Pro Helvetia-Gesetzes hat zum Hauptziel, die Organisationsstrukturen der Stiftung Pro Helvetia zu modernisieren. Frist: 31. 10. 2005. (Quelle: <http://www.admin.ch/ch/d/egg/pc/pendent.html>)

Bundesgesetz über die Psychologieberufe (Psychologieberufegesetz; PsyG)

Das Psychologieberufegesetz (PsyG) bezweckt den Gesundheitsschutz sowie den Schutz gegen Täuschung und Irreführung bei der Ausübung von Psychologieberufen. Frist: 31. 10. 2005. (Quelle: <http://www.admin.ch/ch/d/egg/pc/pendent.html>)

Änderung des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege: Abgeltung der ausserordentlichen Kosten kantonaler Organe bei ihrer Tätigkeit als gerichtliche Polizei des Bundes

Mit der vorliegenden Regelung soll der Bund die Möglichkeit erhalten, die ausserordentlichen Kosten abzugelten, die den Kantonen beim Einsatz ihrer Organe als gerichtliche Polizei des Bundes anfallen. Um eine mehrfache Abgeltung derselben Kosten auszuschliessen, soll der Bundesrat zudem regeln, wie die Auferlegung von Kosten an Parteien oder eine anderweitige Deckung – etwa über Einziehungen – zu berücksichtigt ist. Frist: 30. 10. 2005. (Quelle: <http://www.admin.ch/ch/d/egg/pc/pendent.html>)

Änderung des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege: Aufsicht über die Bundesanwaltschaft

Die Vorlage vereinigt die Aufsicht über die Bundesanwaltschaft beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement. Dies soll es dem Departement insbesondere ermöglichen, bei der Prüfung der personellen und finanziellen Aufwendungen auf die tatsächliche Auslastung der verschiedenen Ermittlungseinheiten und die Besonderheiten der bearbeiteten Fälle Bezug zu nehmen. Um die Unabhängigkeit der Strafverfolgung zu wahren, sollen hinsichtlich der Verfahren keine Weisungen im Einzelfall zugelassen werden und die aufsichtsrechtlichen Kompe-

präcieux (Ordonnance sur le contrôle des métaux précieux, OCMP) (RO 2005 4317, RS 941.311); entrée en vigueur: 1^{er} septembre 2005.

Ordonnance du 17 août 2005 sur les taxes du contrôle des métaux précieux (RO 2005 4317, RS 941.319); entrée en vigueur: 1^{er} septembre 2005.

Abrogation du 17 août 2005 de l'ordonnance du 30 octobre 1985 sur les taxes du contrôle des métaux précieux (RO 2005 4317, RS 941.319); entrée en vigueur: 1^{er} septembre 2005.

Modification du 15 août 2005 de l'ordonnance du 29 novembre 2002 sur le commerce international des diamants bruts (Ordonnance sur les diamants) (RO 2005 4389, RS 946.231.11); entrée en vigueur: 1^{er} septembre 2005.

III. Procédures de consultation en cours

Loi sur l'encouragement de la culture et révision de la loi Pro Helvetia

Par le biais de la loi sur l'encouragement de la culture, la Confédération entend d'abord renforcer son partenariat avec les cantons, les communes, les villes et le secteur privé, fixer des priorités et désenchevêtrer les compétences entre les différents acteurs fédéraux. La révision de la loi Pro Helvetia a pour objectif principal de moderniser l'organigramme de la fondation. Date limite: 31. 10. 2005. (Source: <http://www.admin.ch/ch/d/egg/pc/pendent.html>)

Loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie (loi fédérale sur les professions de la psychologie; LPsy)

La loi sur les professions de la psychologie (LPsy) vise à garantir la protection de la santé et la protection contre la tromperie et les actes frauduleux dans le cadre de l'exercice des professions de la psychologie. Date limite: 31. 10. 2005. (Source: <http://www.admin.ch/ch/d/egg/pc/pendent.html>)

Modification de la loi fédérale sur la procédure pénale: Indemnisation des frais extraordinaires engagés par des organes cantonaux lors de leur activité en qualité de police judiciaire de la Confédération

La présente réglementation donne à la Confédération la possibilité d'indemniser les frais extraordinaires qui incombent aux cantons lors de l'engagement de leurs organes en tant que police judiciaire de la Confédération. Afin d'exclure que les mêmes frais soient indemnisés plusieurs fois, le Conseil fédéral devra régler la manière dont on prendra en considération les frais mis à la charge des parties ou d'autres modes de couverture des frais – par exemple par des confiscations. Date limite: 30. 10. 2005. (Source: <http://www.admin.ch/ch/d/egg/pc/pendent.html>)

Modification de la loi fédérale sur la procédure pénale: Surveillance du Ministère public de la Confédération

Le projet attribue au Département fédéral de justice et police la surveillance indivise sur le Ministère public de la Confédération. Cela devrait permettre au Département de tenir compte de la charge de travail des diverses unités d'enquête et des particularités des cas traités lors de l'examen des dépenses, y compris en matière de personnel. Pour garantir l'indépendance de la poursuite pénale, il est prévu d'une part qu'aucune instruction ne pourra être donnée à propos d'une procédure particulière en cours et d'autre part que les compétences du Dépar-

tenzen des Departements sollen klar umschrieben werden. Im Interesse der Rechtssicherheit sollen die Stellung des Bundesanwalts und der Staatsanwälte sowie die bundesanwaltschaftsinternen Weisungsrechte im Gesetz verankert werden. Frist: 30. 10. 2005.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983 (KHG)

Ziel ist, den Opferschutz im Fall von nuklearen Schäden zu verbessern. Zu diesem Zweck soll die heute geltende obligatorische Versicherungsdeckung für Kernanlagen von einer Milliarde auf 2,25 Milliarden Franken erhöht werden. Zudem sollen die internationalen Übereinkommen zur Haftung auf dem Gebiet der Kernenergie ratifiziert werden. Frist: 31. 10. 2005.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Ergänzende Massnahmen im Bereich des Strafrechts zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs

Im Vordergrund dieser Vorlage steht die Einführung eines Tatbestands der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie eine ausdrückliche Nennung der schwersten Kriegsverbrechen im Strafgesetz. Im Weiteren soll die Zuständigkeit zur Strafverfolgung neu geregelt werden (Zivil- und/oder Militärjustiz sowie Bund und/oder Kantone). Weiter sollen Anpassungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vorgenommen werden (u. a. Geltungsbereich des Strafgesetzes bei Auslandstaten). Frist: 31. 12. 2005.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Bundesgesetz über Geoinformation (Geoinformationsgesetz, GeolG)

Mit dem neuen Gesetz soll eine einheitliche Rechtsgrundlage für die Landesvermessung, die Amtliche Vermessung und für alle weiteren aufgrund verschiedener Bundesrechtserlasse erhobenen Informationen über Grund und Boden geschaffen werden. Es soll insbesondere sichergestellt werden, dass den Behörden von Bund, Kantonen und Gemeinden sowie der Wirtschaft, der Gesellschaft, der Wissenschaft und der Forschung Geodaten über das Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft für eine breite Nutzung, nachhaltig, aktuell, in der richtigen Qualität und zu tragbaren Kosten zur Verfügung stehen. Frist: 30. 11. 2005.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Teilrevision des Bundesgesetzes über den Wald (Waldgesetz)

Mit der Teilrevision des Waldgesetzes sollen insbesondere jene Leistungen des Waldes und der Waldwirtschaft sichergestellt werden, die der Allgemeinheit zu Gute kommen. Zusätzlich soll das revidierte Gesetz Impulse für die Steigerung der Effizienz der Waldwirtschaft liefern. Zudem muss der Umgang mit der laufenden Zunahme der Waldfläche geregelt und die Ausbildungsartikel müssen der heutigen Entwicklung an den Hochschulen angepasst werden. Frist: 31. 10. 2005.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

IV. Aus den Räten

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

temen in matière de surveillance seront clairement circonscrites. Pour garantir la sécurité du droit, la position du Procureur général de la Confédération et les pouvoirs d'instruction au niveau interne seront déterminés par la loi. Date limite: 30. 10. 2005.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Loi fédérale du 18 mars 1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire (LRCN)

Il s'agit de mieux protéger les victimes en cas de dommages d'origine nucléaire. Pour ce faire, la couverture d'assurance actuellement en vigueur pour les installations nucléaires doit passer de un milliard à 2,25 milliards de francs. Par ailleurs, les conventions internationales en matière de responsabilité dans le domaine de l'énergie nucléaire doivent être ratifiées. Date limite: 31. 10. 2005.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Mesures complémentaires dans le domaine du droit pénal nécessaires à la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale

Le projet s'articule essentiellement autour de l'introduction de la notion de crimes contre l'humanité ainsi que de l'énumération expresse des crimes de guerre les plus graves dans la législation pénale. On saisit en outre l'occasion pour procéder à une nouvelle répartition des compétences en matière de poursuite pénale (entre la juridiction militaire et la juridiction ordinaire ainsi qu'entre la Confédération et les cantons). Une adaptation de la Partie générale du code pénal et du code pénal militaire est également prévue (notamment en ce qui concerne le champ d'application de la législation pénale pour les crimes commis à l'étranger). Date limite: 31. 12. 2005.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Loi fédérale sur la géoinformation (Loi sur la géoinformation, Lgéol)

Cette nouvelle loi doit mettre à disposition une base légale uniforme pour la mensuration nationale, pour la mensuration officielle et pour toutes les autres informations sur les territoires basés sur différents arrêtés fédéraux. On veut en particulier garantir que les administrations fédérales, cantonales et communales de même que l'économie, la société, la science et la recherche disposent durablement de géodonnées actuelles, d'un niveau de qualité adéquat et d'un coût acceptable, couvrant le territoire de la Confédération suisse en vue d'une large utilisation. Date limite: 30. 11. 2005.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Révision partielle de la loi fédérale sur les forêts (loi sur les forêts)

La présente révision partielle garantit en particulier de fournir les prestations de la forêt et de l'économie forestière qui profitent à la collectivité. De plus, la loi révisée permettra une économie forestière plus efficiente. Il faut en outre résoudre le problème de l'extension constante de la surface forestière tout comme il faut adapter la loi à l'évolution des hautes écoles. Date limite: 31. 10. 2005.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

IV. Activités des Conseils et des commissions parlementaires

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

René Rall

Mitteilungen des Generalsekretärs Communications du Secrétaire général

Mitgliedertest und Umfrage des «Beobachters»

Der in diesem Sommer von der Konsumentenzeitschrift «Der Schweizer Beobachter» durchgeführte Anwaltstest fand im September 2005 seine Fortsetzung in einer Umfrage bei den Gerichten über die Qualität der Anwältinnen und Anwälte. Dem SAV wurden in beiden Fällen die Resultate der Erhebungen mit entsprechenden Fragen zur Stellungnahme unterbreitet. Der Vorstand SAV möchte den SAV-Mitgliedern seine Antworten an die Redaktion des Beobachters nicht vorenthalten (vgl. nachstehend). Der aufmerksame Leser wird sich seine eigene Meinung dazu bilden können.

Antworten des SAV zu den vom «Beobachter» im Zusammenhang mit dem Anwaltstest gestellten Fragen¹

Fragen zur Testanlage

1. Wie beurteilen Sie die Testanlage generell? (beurteiltes Verhalten, Punktwertung allgemein). Konkret:
Die Idee des Testens ist grundsätzlich gut und zu begrüßen. Auch Anwälte haben sich dem Markt und entsprechenden Untersuchungen zu stellen. Die Testanlage/Auswertung ist jedoch zu einseitig auf die Bewertung des telefonischen Erstkontaktes ausgerichtet.
Die Personalunion von Testanleger, Tester, Testauswerter und verantwortlichem Redaktor/Kommentator des Tests birgt die Gefahr bewusster oder unbewusster Beeinflussung. Ein seriöses Testen mit 20 «Probanden» bedingt eine perfekte Vorbereitung inkl. Drehbuch, da die latente Gefahr vorhanden ist, grössere Unterschiede zwischen dem 1. und 20. Gespräch zu provozieren, da der Tester immer mehr Vergleichsmöglichkeiten hat und situativ bewusst oder unbewusst vom Leitfaden abgleiten kann.
2. Teilt der Schweizerische Anwaltsverband die Meinung des Beobachters, dass ein Anwalt beim telefonischen Erstkontakt
 - 2.1. nach dem ungefähren Ablauf der Ereignisse fragen **muss**, um zu erkennen, ob die dreimonatige Strafantragsfrist verstrichen ist oder demnächst verstreichen wird, also dringender Handlungsbedarf besteht?
Die telefonische Beratung ist problematisch. Gerade im Bereich des Strafrechts lässt sich hin und wieder feststellen, dass der potentielle Klient sich nach ersten telefonischen Auskünften nie mehr meldet.
Eine umfassende Sachverhaltsaufnahme und allfällige erste Rechtsbeurteilung ist beim ersten telefonischen Kontakt

1 Vgl. Artikel im «Der Schweizer Beobachter» vom 19.8.2005 zum Thema «Kasse statt Klasse».

Test des membres et sondage du «Beobachter»

Le «Test des avocats» de cet été de la revue des consommateurs «Der Schweizer Beobachter» a été reconduit en septembre 2005 avec, cette fois-ci, un sondage effectué auprès des tribunaux sur la qualité des prestations fournies par les avocats. Dans les deux parties du test, les résultats des données avec les questions correspondantes ont été soumis à la FSA pour prise de position. Le Conseil de la FSA ne souhaite pas priver les membres FSA des réponses qu'il a fait parvenir à la rédaction du Beobachter (voir ci-dessous). Le lecteur attentif pourra se forger sa propre opinion à ce sujet. ■

kaum realisierbar. Normalerweise dient das erste Telefongespräch der Festlegung eines Besprechungstermins in der Kanzlei des Anwalts.

Die Meinung des Beobachters kann nicht geteilt werden, da nach dem Verständnis der seriösen Berufsausübung das erste Kontakttelefon primär der Prüfung der Anhandnahme des Mandates (Interessenkollisionen etc) und der Terminabsprache dient.

- 2.2. es **gut wäre**, wenn er das Gesetz nennen könnte, in dem der Pflanzabstand zwischen Grundstücken geregelt ist?
In Bezug auf die im Test gestellte Frage nach dem Grenzabstand/Pflanzabstand teilt der Schweizerische Anwaltsverband die Meinung des Beobachters. Dies kann jedoch nicht grundsätzlich auf sämtliche Fragen nach Quellen so gehalten werden, da je nach Spezialisierung und Spezialgesetzgebung eine entsprechende Antwort nicht immer gleich beim ersten Telefonat erfolgen kann. Wesentlich ist, dass der Anwalt die Quelle kennt, um selber nachzuforschen.
- 2.3. er die Kosten einer Erstberatung nennen **sollte**.
Da es beim ersten (normalerweise kostenlosen) Telefonat um eine Terminabsprache geht (der Anwalt empfängt seine Klienten üblicherweise in seinem Büro) muss nicht zwingend ein Hinweis auf die Kosten erfolgen. Die Kosten sind eines der Themen der ersten Besprechung, nicht jedoch des telefonischen Erstkontaktes. Je nach Situation (wenn der Anwalt den Fall nicht übernimmt oder der Klient aus bescheidenen Verhältnissen stammt) kann auch die erste Konsultation in der Kanzlei des Anwalts kostenlos sein.
3. Teilt der Schweizerische Anwaltsverband die Meinung des Beobachters, dass ein Anwalt bei einer 60-minütigen Erstberatung zu einem allfälligen Ehrverletzungsverfahren und einer Klage wegen getöteter Katze
 - 3.1. nach Beweismitteln fragen **muss**.
Ja.
 - 3.2. wissen **sollte**, dass für Tiere nicht nur Schadenersatz, sondern auch eine Genugtuung verlangt werden kann.
Nicht zwingend. Es darf in der ersten Konsultation nicht er-

wartet werden, dass der Anwalt ohne Einsichtnahme in Gesetze etc. bereits auf sämtliche Fragen eine abschliessende Antwort abgibt (beispielsweise bezüglich der Genugtuung für den Tod der Katze).

- 3.3. während der Beratung über seinen Stundentarif aufklären **muss** (besonders, wenn es auch um allfällige Kosten beim Weiterverfolgen der Klage geht)
Die Frage der Kosten/der Honorierung muss Gegenstand der Erstberatung (nicht der ersten telefonischen Kontaktnahme) sein. Dabei geht es um die individuelle, dem Fall angepasste Festlegung des Honorars (Honorarvereinbarung).
- 3.4. bei Nachbarstreitigkeiten auf Alternativen zu Ehrverletzungsklagen hinweisen **sollte** (Brief schreiben, Mediation etc.)
Ja, unbedingt. Gerade im Bereich von Nachbarschaftsstreitigkeiten ist es wichtig, Alternativen zur prozessualen Durchsetzung von Ansprüchen zu prüfen, um auch künftig das Zusammenleben zwischen den Nachbarn auf einer einigermassen vernünftigen Basis festlegen zu können.

Fragen zu den Resultaten

1. Was meint der SAV dazu, dass Anwälte dem telefonischen Erstkontakt mit dem Klienten wenig Beachtung schenken und nur ein Viertel nach dem Datum des problematischen Vorfalls fragt, obwohl es sich um ein Antragsdelikt handelt, das der dreimonatigen Strafantragsfrist unterliegt?
*Die telefonische Rechtsberatung ist grundsätzlich problematisch. Verlangt eine rechtssuchende Person von einer Anwältin oder einem Anwalt eine Rechtsauskunft, wird vorausgesetzt, dass diese Beratung umfassend und zuverlässig erfolgt. Es gilt zu vermeiden, dass der Anwalt wegen ungenügender Sachverhaltsabklärungen (keine Akten etc.) am Telefon unrichtige oder unklare Ratschläge erteilt. Die Auskunft muss grundsätzlich vollständig sein und den Umständen des Falles Rechnung tragen. Diesem Qualitätsanspruch, der von der Rechtsordnung ausschliesslich an die einer staatlichen Aufsicht unterstellten Rechtsanwälte gestellt wird, kann nicht genügt werden, ohne dass der Anwalt sich gründlich mit den Tatsachen auseinandersetzt, auf denen das ihm unterbreitete Problem beruht. Dies setzt Kenntnis des genauen Sachverhalts voraus, Aktenstudium, Rücksprachen etc. Am Telefon kann sich der Anwalt oftmals nicht ein genügendes Bild machen. Hierzu braucht es das direkte Gespräch und vor allem Zeit. Vorkommnisse, welche für den Klienten unwichtig sind, können für den Anwalt wichtig sein und umgekehrt. Der Test beweist es.
Die eigentliche Erstberatung sollte nur persönlich und in der Kanzlei (oder dann schriftlich) stattfinden. Ein telefonischer Erstkontakt dient der Festlegung eines Besprechungstermins. Die vom Klienten gewünschte und durch den Anwalt zu garantierende absolute Vertraulichkeit kann einzig in den Räumlichkeiten des Anwalts sichergestellt werden. Auch das Bundesgericht hat im Entscheid vom 28. August 1998 im Zusammenhang mit Telebusiness das Bedürfnis des Publikums, an Auskünfte von Rechtsanwälten erhöhte Anforderungen stellen zu dürfen, zum Anlass genommen, um das von einer kantonalen Behörde erlassene Verbot kommerziel-*

ler (telefonischer) Rechtsauskünfte durch Rechtsanwälte zu bestätigen.

2. Was meint der SAV dazu, dass Anwälte ihre Klienten schlecht über die Kosten aufklären? (Niemand nannte die Kosten für eine Erstberatung am Telefon, nur ein Drittel nannte beim Beratungsgespräch den Stundentarif).
Die Kosten sind beim ersten Beratungsgespräch zwingend zu thematisieren. Dies muss jedoch nicht beim telefonischen Erstkontakt stattfinden, welcher meistens nur dazu dient, festzustellen, ob der Anwalt den Auftrag annehmen will oder nicht und ob der potentielle Klient eine Beratung wünscht und hierzu einen ersten Besprechungstermin vereinbaren möchte. Eine Kostenschätzung setzt genaue Kenntnis des Sachverhalts voraus. Der Ansatz für ein erstes Beratungsgespräch kann durchaus kommuniziert werden, kann jedoch nicht zwingend vorausgesetzt werden. Zur Frage der Honorierung braucht es grundsätzlich mehr Offenheit von beiden Seiten. Oftmals getrauen sich Klienten nicht, diese Fragen zu stellen, weshalb der erste Schritt vom Anwalt zu unternehmen ist. Damit wird er auch seiner Pflicht, klare Verhältnisse gegenüber der Klientschaft zu schaffen, gerecht. Die Honorierung ist anlässlich des ersten Beratungsgesprächs zu thematisieren (Honorarvereinbarung), auch wenn der Anwalt damit riskiert, den (falschen) Eindruck zu wecken, einzig am Verdienst interessiert zu sein.
- 3.1. Was meint der SAV dazu, dass rund ein Drittel aller getesteten Anwältinnen und Anwälte beim Beobachtertest eine ungenügende Note erreichen?
Das Resultat des Beobachter-Tests ist bedauerlich, hängt jedoch auch von der vom Beobachter kreierten Testanlage und den subjektiv festgelegten Kriterien für die Notengebung ab.
- 3.2. Was meint der SAV dazu, dass rund ein Viertel aller getesteten Anwältinnen und Anwälte nicht wussten, dass für Tiere eine Genugtuung gefordert werden kann (Dieses neue Recht ist bereits seit mehr als zwei Jahren in Kraft)?
Die Kenntnis des aktuellen Rechts gehört grundsätzlich zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung. Ein guter Anwalt ist jedoch nicht zwingend derjenige, welcher sofort einen Ratschlag in einem Bereich erteilt, in welchem er nicht spezialisiert ist. Der Anwalt soll sich nach vollständiger Aufnahme des Sachverhaltes Zeit nehmen, um eine (allenfalls schriftliche) rechtliche Beurteilung (mit Hinweisen zum weiteren Vorgehen) abzugeben. Die Testanlage scheint hier von der Realität abzuweichen, in dem sie das Nichtwissen in der ersten Konsultation zwingend als Mangel qualifiziert.
- 3.3. Fehlt es bei Anwältinnen und Anwälten an Weiterbildungsanstrengungen?
Diese Frage kann nicht generell beantwortet und vom Schweizerischen Anwaltsverband auch nicht umfassend überprüft werden. Grundsätzlich gehört die Weiterbildung zur Pflicht der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung. Der SAV bietet seinen Mitgliedern anlässlich des Kongresses ein reiches Angebot an Weiterbildungsmöglichkeiten an. Überdies sind die Universitäten respektive deren Institute jedes Jahr mit einem umfangreichen Weiterbildungsprogramm auf dem Markt, welches nach Wissen des

SAV auch von einem nicht unbedeutenden Anteil seiner Mitglieder genutzt wird.

4. Wie erklärt sich der SAV, dass die Kosten für eine Erstberatung so stark variieren? (80 Franken in Willisau, 361.55 Franken in Zürich)

Es gibt keine Vorgaben für die Vergütung der anwaltlichen Dienstleistungen. Das Kartellgesetz verbietet zwingende Tarife, die auch nicht im Interesse des Klienten wären. Seit der Aufgabe der Anwaltstarife besteht ein freier Markt mit grundsätzlich freier Preisgestaltung. Der Klient soll das Honorar frei mit dem Anwalt verhandeln können. Kriterien für die Bemessung des Honorars sind der Zeitaufwand, die Bedeutung des Falles für den Klienten, die Schwierigkeit der Sache, die damit verbundene Verantwortung etc.

5. Welchen Handlungsbedarf sieht der SAV aufgrund der geschilderten Resultate?

Im Schweizerischen Anwaltsverband sind rund 7 000 Anwältinnen und Anwälte vereinigt. Die Testresultate an 20 Probanden lassen keinen Handlungsbedarf für den SAV erkennen. Mittelfristig wird sich jedoch die Frage stellen, inwieweit die Weiterbildung im Sinne einer Pflichtfortbildung zu institutionalisieren ist.

- 5.1. Wäre es nicht sinnvoll Grundsätze für die Erstberatung von Mandanten festzuhalten (Abfragen des Ereignisdatums am Telefon, Kostenaufklärung)?

Grundsätzlich trägt der Anwalt die Verantwortung für seine Mandatsführung, und er muss daher auch in der Wahl seiner Mittel frei bleiben können. Es ist deshalb wenig sinnvoll, wenn der SAV Grundsätze für die Erstberatung von Mandanten herausgeben würde. Die Anwälte haben bezüglich der Verantwortung und der Mandatsführung den standesrechtlichen Vorgaben zu genügen. Darin sind die sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung sowie Mandatsführung enthalten.

- 5.2. Sollte zu Erstberatungen nicht allenfalls Weiterbildungen gemacht werden?

Es gibt einzelne kantonale Verbände und/oder Universitäten, welche lokale Angebote für Anwaltspraktikanten und Berufseinsteiger machen. Es bestehen Bestrebungen, diese Angebote noch zu erweitern. Im Rahmen des vom SAV organisierten Kongresses zur fachlichen Weiterbildung kann dieses Thema ein nächstes Mal aufgenommen werden.

- 5.3. Wie sichert der SAV die Qualität der Anwältinnen und Anwälte in der Schweiz?

Die Qualität der Anwältinnen und Anwälte in der Schweiz wird durch den SAV auf verschiedenen Ebenen gefördert. So gibt es einerseits Fachausschüsse, in welchen Spezialisten für diverse Rechtsgebiete vereinigt sind, sich intern weiterbilden und ihr Wissen zu Gunsten des SAV und dessen Mitglieder einsetzen. Andererseits finden neben dem Kongress punktuelle Weiterbildungsveranstaltungen statt, insbesondere im Zusammenhang mit dem Prozessrecht, und im Rahmen des Anwaltskongresses. Darüber hinaus ist das Projekt «Fachanwalt» derzeit kurz vor Realisation der ersten Ausbildungslehrgänge, deren erfolgreicher Abschluss mit dem Diplom «Fachanwalt (Tätigkeitsgebiet) SAV» bestätigt wird.

Bern im Juli 2005

Stellungnahme des SAV zur Umfrage des Beobachter bei den Gerichten über die Qualität der Anwältinnen und Anwälte²

Vorbemerkung

Der SAV erwartet von einer seriösen Umfrage eine objektive Fragestellung. Der Fragenkatalog zur Umfrage unter den Gerichten erfüllt diese Anforderung nicht. Die Fragen 2, 3, 6 und 8 sind so gestellt, dass die Antworten zwangsläufig negativ ausfallen müssen.

Zu den einzelnen Fragen

Frage 1: Bringen Anwälte oft auch von vornherein aussichtslose Fälle ans Gericht? 83 % der Richter sagen klar nein auf diese Frage. Für 11 % trifft dies teilweise zu und 3 % bejahen es klar.

Stellungnahme SAV: Der SAV sieht sich in seiner Beurteilung bestätigt, wonach die überwiegende Mehrheit der Anwälte keine aussichtslosen Prozesse führt. Sie folgen damit den Grundsätzen des BGFA und der Standesregeln über die sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung. Es kann jedoch Fälle geben, wo ein Klient darauf insistiert, dass «sein Fall» trotz Aussichtslosigkeit durchgezogen wird. Bei absolut aussichtslosen Fällen ist die Niederlegung oder Nichtannahme des Mandates durch den Anwalt angezeigt. In einem Zwischenbereich kann das Mandat geführt werden, da es sonst auch keine Praxisänderungen der Gerichte gäbe.

Frage 2: Sind die zwischenmenschlichen Kontakte mit den Anwälten immer gut? 79 % der Richter bejahen diese Frage klar. Für 18 % trifft dies teilweise zu und 3 % der Richter verneinen die Frage klar.

Stellungnahme SAV: Die Mehrheit der Richter bestätigt, dass die zwischenmenschlichen Kontakte zwischen Richtern und Anwälten immer gut sind; das heisst, dass die Anwälte gegenüber den Gerichten mit dem gebotenen Anstand auftreten (und seitens der Gerichte die gleiche Haltung erwarten). Der SAV betrachtet dieses Befragungsergebnis als gutes Zeugnis für den Anwaltstand.

Frage 3: Setzen sich Anwälte vorbehaltlos für ihre Klienten ein? 66 % der Richter bejahen diese Frage klar. 24 % sagen teilweise ja. Bloss 3 % verneinen die Frage.

Stellungnahme SAV: Es ist Aufgabe der Anwälte, die Parteiinteressen zu vertreten. Aus der Sicht der Gerichte setzen sich 66 % aller Anwälte vorbehaltlos für die Klienten ein. Nur gerade 3 % verneinen diese Frage. Der Klient darf somit beim Gros der Anwälte darauf vertrauen, dass seine Interessen bestmöglich und im Einklang mit der Rechtsordnung vertreten werden. Für den SAV ist diese Fragestellung jedoch tendenziös. Wäre in der Frage der Begriff «vorbehaltlos» weggelassen worden, hätten weit mehr als 66 % der Richter positiv geantwortet. Es kann für den Anwalt Grenzen geben, ausserhalb derer er sich nicht mehr «vorbehaltlos» für den Klienten einsetzen kann.

² Vgl. Artikel im «Der Schweizer Beobachter» vom 16.9.2005 zum Thema «Der Anwalt und sein Richter».

Frage 4: Verlangen Anwälte allzu häufig Fristverlängerungen? Für 66 % der Richter trifft dies voll oder teilweise zu. Für 33 % stimmt dies wenig bis gar nicht.

Stellungnahme SAV: Fristverlängerungsgesuche sind überwiegend Ausdruck starker beruflicher Belastung, eines ungenügenden Zeitmanagements oder der Taktik. Die seriöse Aufarbeitung eines Prozessstoffes oder Vergleichsverhandlungen zur ausserprozessualen Streitbeilegung benötigen oftmals mehr Zeit, als die Gerichte oder die Gesetze den Anwälten für die Ausarbeitung der Eingaben zur Verfügung stellen. Dies hat Fristerstreckungsgesuche zur Folge. Es ist jedoch festzustellen, dass rund ein Drittel aller Richter der Auffassung ist, dass Fristerstreckungsgesuche nicht zu häufig erfolgen.

Frage 5: Sind die Eingaben manchmal zu lang oder zu ausführlich? Für 60 % trifft dies voll oder teilweise zu, 40 % verneinen es.

Stellungnahme SAV: Der SAV glaubt, dass die Antworten der Richter die Sachlage richtig wiedergibt. Die Behauptungslast und häufig auch die Beweislast liegen beim Anwalt. Ohne Kenntnis der Argumentation der Gegenpartei ist es gefährlich, nicht alles aufzuführen, was von Bedeutung sein kann. Sorgfältige und seriöse Prozessführung ruft danach, den Sachverhalt umfassen aufzuarbeiten, was hin und wieder zu umfangreichen Rechtschriften führen kann. Der SAV ist jedoch der Meinung, dass Rechtschriften nicht ausschweifend sein sollten.

Frage 6: Sind die Eingaben stets gut gemacht? 25 % bejahen diese Frage ganz klar; 49 % der Richter teilweise. 24 % der Richter sind klar der Meinung, dass die Eingaben nicht stets gut gemacht sind.

Stellungnahme SAV: Rund 74 % aller Richter beurteilen die Eingaben der Anwälte mehrheitlich als gut. Damit sieht sich der SAV bestätigt, dass sich die überwiegende Mehrheit der Anwälte seriös mit dem Anliegen des Klienten auseinandersetzt und Eingaben entsprechend ausarbeitet. Die Wertung der Eingaben durch die Gerichte ist subjektiv und folgt in Unkenntnis der verschiedensten Faktoren wie Verlauf der Mandatsinstruktion, Zeitdruck, Recherchen etc. Stets gute Eingaben eines Anwaltes – wie es der Beobachter in seiner Fragestellung formuliert – kann es nicht geben. Ein Querschnitt durch die Anwaltschaft wird kein anderes Ergebnis zeigen, als bei allen anderen Berufen.

Frage 7: Müssen Honorarrechnungen immer wieder mal gekürzt werden? 18 % der befragten Richter bejahen dies klar, 19 % teilweise und 62 % verneinen die Frage.

Stellungnahme SAV: Nach der überwiegenden Meinung der Richter müssen die Honorarnoten nicht immer wieder gekürzt werden. Die Anwälte verlangen somit nicht zu viel für ihre Arbeit und erfassen ihren Aufwand korrekt. Die Höhe des Honorars bestimmt sich nicht allein nach dem Stundensatz sondern vor allem auch nach der Anzahl benötigter Stunden. Seitens der Gerichte wird vielfach übersehen, dass ein wesentlicher Teil des Aufwandes des Anwalts die vom Klienten in Anspruch genommenen Stunden sind (Besprechungen, Telefonate etc.). Der Anwalt ist Dienstleister.

Frage 8: Sind die Auftritte und Argumentationen vor Gericht immer überzeugend? 18 % der Richter bejahen dies ganz, 46 % teilweise und 35 % der Richter verneinen dies klar.

Stellungnahme SAV: Auftritt und Argumentation vor Gericht hängen von verschiedensten Faktoren ab. Nicht jeder Anwalt, welcher ausgezeichnete Dienstleistungen erbringt, ist im Auftritt vor Gericht überzeugend, weil ihm gewisse rhetorische Fähigkeiten abgehen. Andere, überzeugende Redner, sind inhaltlich nicht immer überzeugend. Dieses Bild widerspiegelt den Querschnitt der Bevölkerung. Die Einschätzung des SAV bestätigt sich jedoch, in dem rund 64 % der Richter Auftritt und Argumentation der Anwälte als gute, überzeugende Arbeit qualifizieren.

Zusammenfassung

Der SAV stellt zusammenfassend fest, dass der überwiegenden Mehrheit der Anwälte durch die Gerichte ein gutes Zeugnis ausgestellt wird. Der SAV teilt die Beurteilung des Beobachter nicht, wonach die Mehrheit der Anwälte mittelmässig sind. Der Durchschnitt ist per Definitionen das Mass. Durchschnittlich heisst jedoch nicht mittelmässig. Der SAV beurteilt die überwiegende Mehrheit der Anwälte als (durchschnittlich) gut. Dies entspricht überdies dem Ergebnis der Umfrage unter den Gerichten. So wie es nur wenig herausragende Richter, Ärzte und Journalisten gibt, so gibt es auch nur wenige herausragende Anwälte. Die Mehrheit der Anwälte hat ein Niveau, das zu keinerlei Beunruhigung Anlass gibt. Die Aufgabe des Anwaltsstandes und des SAV ist es, das Niveau ständig zu heben. Dazu gehört die laufende Fortbildung um die Qualität der Dienstleistungen zu garantieren. Der SAV arbeitet derzeit am Projekt «Fachanwalt», das eine vertiefte Ausbildung in einzelnen Fachgebieten vorsieht. Ein erfolgreicher Abschluss der Lehrgänge wird mit dem Diplom «Fachanwalt (Tätigkeitsgebiet) SAV» bestätigt.

Bern im August 2005 ■

Eintrag in die Telefonregister und Adressenverzeichnisse

Der SAV empfiehlt aus Marketingüberlegungen, bei der Eintragung in die Telefonregister und Adressenverzeichnisse der diversen Telekommunikationsanbieter dringend auch den (meistens im Briefpapier bereits verwendeten) Hinweis «eingetragen im Anwaltsregister des Kantons . . .» anzubringen.

Inscription dans les annuaires téléphoniques et les répertoires d'adresses

A des fins de marketing, la FSA recommande vivement, lors d'une inscription dans les annuaires téléphoniques et les répertoires d'adresses auprès de différents opérateurs, de faire également figurer la mention (qui existe déjà sur la plupart des papiers à lettres) «Inscrit au registre cantonal des avocats . . .». ■

Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

Zivilrecht/Droit civil

04.11.2005	Vortrag: Ist das schweizerische Erbrecht revisionsbedürftig?	Bern	Bernischer Juristenverein, Postfach 2485, 3600 Thun, Tel. 033 223 27 29, Fax 033 223 44 77, mueller@roost-thun.ch
25.11.2005	Vortrag: Aktuelle Fragen zum Scheidungsrecht	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.unizh.ch, www.eiz.unizh.ch
15.12.2005	Aktuelle Fragen des Eherechts	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 244 24 24, Fax 041 224 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch

Handelsrecht/Droit commercial

02.11.2005	Journée 2005 de droit bancaire et financier	Genève	Centre de droit bancaire et financier, M. Gervais Muja, Université de Genève, Uni-Mail, Bd. du Pont-d'Arve 40, 1211 Genève 4, Tél. 022 379 86 52, Fax 022 379 86 62, Gervais.Muja@droit.unige.ch, www.unige.ch/cdbf
03.11.2005	Praxis der Kreditsicherung – alte und neue Fragen	St. Gallen	Weiterbildungsseminare HSG, WBZ Holzweid, 9010 St. Gallen, Tel. 071 224 25 70, Fax 071 224 25 69, wbshsg@unisg.ch, www.wbs.unisg.ch
08./09.11.2005	Steueroasen und Offshore-Strukturen	Pfäffikon	ZfU, International Business School, Zentrum für Unternehmensführung AG, Im Park 4, 8800 Thalwil, Tel. 01 722 85 85, Fax 01 722 85 86, info@zfu.ch, www.zfu.ch
10.11.2005	Kapitalmarkttransaktionen	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.unizh.ch, www.eiz.unizh.ch
17.11.2005	Aktuelle Rechtsentwicklung in der Vermögensverwaltung und Anlagenberatung	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 244 24 24, Fax 041 224 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
17.11.2005	Finanzmarktrecht – aktuelle Probleme	Zürich	Weiterbildungsseminare HSG, WBZ Holzweid, 9010 St. Gallen, Tel. 071 224 25 70, Fax 071 224 25 69, wbshsg@unisg.ch, www.wbs.unisg.ch
24./25.11.2005 (19./20.06.2006)	Internationale Steuerplanung	Opfikon	ZfU, International Business School, Zentrum für Unternehmensführung AG, Im Park 4, 8800 Thalwil, Tel. 01 722 85 85, Fax 01 722 85 86, info@zfu.ch, www.zfu.ch
25.11.2005	Verantwortlichkeit im Unternehmen aus zivil- und strafrechtlicher Sicht	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 244 24 24, Fax 041 224 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
28./29.11.2005	Treuhand-Kammer Seminar – Nachfolgeregelung in den KMU	Wettingen	Kammer-Seminar, Jungholzstrasse 43, Postfach, 8050 Zürich, Tel. 044 305 368 61
Janvier – décembre 2006	Compliance Management	Genève	Université de Genève, Compliance Management, Centre de droit bancaire et financier, Uni-Mail, 1211 Genève 4, Tél. 022 379 86 51, Fax 022 379 86 62, maud.genton@droit.unige.ch, www.compliance-management.ch
27.02.2006	Vortrag: La reconnaissance des trusts par l'ordre juridique suisse	Bern	Bernischer Juristenverein, Postfach 2485, 3600 Thun, Tel. 033 223 27 29, Fax 033 223 44 77, mueller@roost-thun.ch
04./05.04.2006	Die Holding-Gesellschaft in der Schweiz	Pfäffikon	ZfU, International Business School, Zentrum für Unternehmensführung AG, Im Park 4, 8800 Thalwil, Tel. 01 722 85 85, Fax 01 722 85 86, info@zfu.ch, www.zfu.ch

Strafrecht/Droit pénal

24.11.2005	Unternehmen im Strafrecht	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.unizh.ch, www.eiz.unizh.ch
10.02.2006	Internet und Wirtschaftskriminalität	Basel	Universität Basel, Advanced Study Centre, Petersgraben 35, 4003 Basel, Tel. 061 267 30 08, Fax 061 267 30 09, info@uniweiterbildung.ch

Vertragsrecht/Droit des contrats

02.11.2005	Aktuelle Rechtsfragen zu IT-Verträgen	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 244 24 24, Fax 041 224 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
25.11.2005	Praxisorientierte Ausbildung in Vertragsgestaltung	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 244 24 24, Fax 041 224 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
29.11.2005	Arbeitsrecht – aktuelle Fragen und Entwicklungen	Zürich	Weiterbildungsseminare HSG, WBZ Holzweid, 9010 St. Gallen, Tel. 071 224 25 70, Fax 071 224 25 69, wbshsg@unisg.ch, www.wbs.unisg.ch

Haftpflicht- und Versicherungsrecht/Droit de la responsabilité civile et des assurances

16.11.2005	5. IV-Revision – Die neuen Frühinterventions- und Reintegrations-Massnahmen	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 244 24 24, Fax 041 224 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
17.11.2005	Sozialversicherungsrechtliche Leistungskoordination	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 244 24 24, Fax 041 224 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
29.11.2005	Arbeitsrecht – aktuelle Fragen und Entwicklungen	Zürich	Weiterbildungsseminare HSG, WBZ Holzweid, 9010 St. Gallen, Tel. 071 224 25 70, Fax 071 224 25 69, wbshsg@unisg.ch, www.wbs.unisg.ch
12.12.2005	Vortrag: Grenzen des Schadenersatzes im Haftpflichtrecht	Bern	Bernischer Juristenverein, Postfach 2485, 3600 Thun, Tel. 033 223 27 29, Fax 033 223 44 77, mueller@roost-thun.ch

Immaterialgüterrecht/Droit de la propriété intellectuelle

16.11.2005	Aktuelle Fragen des Immaterialgüterrechts	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 244 24 24, Fax 041 224 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
------------	---	--------	---

Internationales Recht/Droit international

09.11.2005	International Trust and Inheritance Law Practise	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.unizh.ch, www.eiz.unizh.ch
09.01.2006	Vortrag: Schengen/Dublin – Relevanz für Gerichte und Anwälte	Bern	Bernischer Juristenverein, Postfach 2485, 3600 Thun, Tel. 033 223 27 29, Fax 033 223 44 77, mueller@roost-thun.ch
06.02.2006	Vortrag: Neueste Entwicklungen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit	Bern	Bernischer Juristenverein, Postfach 2485, 3600 Thun, Tel. 033 223 27 29, Fax 033 223 44 77, mueller@roost-thun.ch

Diverses/Divers

04.11.2005	5. Tagung zur Einführung des neuen Bundesgerichtsgesetzes in den Kantonen	Zürich	Zentrum für Rechtssetzungslehre, Rämistrasse 74/46, 8001 Zürich, Tel. 044 634 44 41, Fax 044 634 49 38, zfr@rwi.unizh.ch, www.rwi.unizh.ch
06.–09.11.2005	Lawinen und Recht	Davos	Eidgenössisches Institut für Schnee- und Lawinenforschung (SLF), Barbara Miller, Flüelastrasse 11, 7260 Davos Dorf, Fax 081 417 08 23, miller@slf.ch, www.slf.ch
15.11.2005	Abschlussstagung des Fonds Projekte gegen Rassismus und für Menschenrechte	Bern	Fachstelle für Rassismusbekämpfung, Generalsekretariat EDI, 3003 Bern, Tel. 031 324 10 33, Fax 033 322 44 37, www.edi.admin.ch/ara
15.11.2005	Formation de base LBA de l'OAR FSA/FSN	Lugano	OAR FSA/FSN, Marktgasse 4, Case postale 8321, 3001 Berne, tél. 031 313 06 00, sro.sav.snv@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
16.11.2005	Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 244 24 24, Fax 041 224 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
16.11.2005	Schiedsgericht: Swiss Rules of International Arbitration – 1 Jahr Erfahrungen	Olten	Handels- und Industrieverein des Kantons Bern, Gutenbergstrasse 1, Postfach 5464, 3001 Bern, Tel. 031 388 87 87, Fax 031 388 87 88, priska.schnieper@bern-cci.ch, www.bern-cci.ch
17.11.2005	VUR-Herbsttagung – Kooperation mit Branchen und Unternehmen im Vollzug	Luzern	Vereinigung für Umweltrecht (VUR), Postfach 2430, 8026 Zürich, Tel. 044 241 76 91, Fax 044 241 79 05, Sekretariat@vur-ade.ch, www.vur-ade.ch
18.11.2005	Praktische Fragen im dienstrechtlichen Alltag	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 244 24 24, Fax 041 224 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
21.11.2005	Vortrag: Das Unmittelbarkeitsprinzip im Spannungsfeld zwischen Rechtsstaatlichkeit und Verfahrensökonomie	Bern	Bernischer Juristenverein, Postfach 2485, 3600 Thun, Tel. 033 223 27 29, Fax 033 223 44 77, mueller@roost-thun.ch
22.11.2005	Formation de base LBA de l'OAR FSA/FSN	Genève	OAR FSA/FSN, Marktgasse 4, Case postale 8321, 3001 Berne, Tél. 031 313 06 00, sro.sav.snv@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
27./28.01.2006	Seminar SAV/TAS – Das Verfahren vor dem Tribunal Arbitral du Sport Séminaire FSA/TAS – La procédure devant le Tribunal Arbitral du Sport	Lausanne	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com

Verschiedene Veranstaltungen/Autres manifestations**International**

25.02.–04.03.2006	Winter Seminar: International Civil Litigation and the USA	Breckenridge, Colorado, USA	UIA, 25 Rue du Jour, 75001 Paris, France, Tél. +33 1 44 88 55 66, Fax +33 1 44 88 55 77, uiacentre@uianet.org, www.uianet.org
-------------------	--	-----------------------------	---

PAGANINI SOFTWARE**Professionelle Informatik-Lösungen für Anwälte und Notare****PAGANINI SOFTWARE AG**

Tel. 091 943 15 03

Fax 091 943 35 50

info@paganinisoftware.ch

www.paganinisoftware.ch

Wir stehen gerne für eine kostenlose Demo bei Ihnen zur Verfügung.