

Peter von Ins	Editorial	423
	Thema/Question du jour	
Michael Guery	Wie weiter mit dem schweizerischen Al-Qaida Verbot?	427
Michael Guery	Qu'advientra-t-il de l'interdiction suisse d'Al-Qaïda?	437
Regula Kägi-Diener	Frau und Anwaltsberuf	439
	Anwaltspraxis/Pratique du barreau	
Pierre Kobel und Hubert Rüedi	Zehn Fragen zu den Richtlinien SAV für die Mediation	445
Hubert Rüedi et Pierre Kobel	Dix Questions concernant les Directives FSA pour la médiation	447
	Rechtsprechung/Jurisprudence	449
	Rechtsetzung/Législation	458
	Forum	
Adolf Lüchinger	Über die Beziehungen zwischen Richtern und Rechtsanwälten	462
Peter Zimmermann	Bericht über die 33. Tagung der DACH Europäische Anwaltsvereinigung e. V.	468
Bruno Glaus	Leserzuschrift zu «Mitgliedertest und Umfrage des «Beobachters»»	469
	SAV – Kantonale Verbände / FSA – Ordres cantonaux	
René Rall	Mitteilungen des Generalsekretärs	471
	Communications du Secrétaire général	472
	Agenda	475

Impressum

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

Zitervorschlag/Suggestion de citation
Anwaltsrevue 11–12/2005, 421 ff.
Revue de l'avocat 11–12/2005, 421 ss

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

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

**Verlag und Redaktion/
Edition et rédaction**
Helbing & Lichtenhahn Verlag
Lektorat Zeitschriften
Lic. 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
Abo-Service
Postfach 382, CH-6048 Horw
Tel. 041 349 17 70
Fax 041 349 17 18
helbing@edp.ch

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

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

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

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

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

Editorial

Weiterbildung

Redlich war wieder einmal auch dabei. Wie Huggentobler, Ries, Gemperle und laut Gästeliste 257 weitere Interessierte. Trotz noch zu überarbeitender Verträge, welche morgen mit der Klientschaft besprochen sein wollten. Trotz Entwurf der Verantwortlichkeitsklage, welche Mitarbeiter bereits vorgestern aufs Pult gelegt hatten. Trotz Kind, dessen schnellwachsende Füße gerade an diesem Mittwochnachmittag durch gemeinsamen Besuch Dutzender von Fachgeschäften mit dem angesagtesten Treter der aktuellen Sportschuhgeneration umhüllt werden sollten. Auf dass sich dieses Drama dann in gut einem halben Jahr aufs Neue wiederhole. Soll halt noch eine Woche im Vorjahresmodell rumlatschen, der Bengel, denn – Hand aufs Herz – was ermöglicht der Familie Redlich überhaupt, durch adäquaten Einkauf entsprechender Mainstream-Artikel für Adoleszente zum überrisenen (Marken-) Preis zukünftige traumatische Schädigungen aufgrund randständiger Kleidung in einer prägenden Lebensphase zu verhindern? Wer wohl? Schliesslich hätte man selbst ja auch noch andere Hobbies, als sich Morgen für Morgen mit Hundertschaften von Gleichgesinnten träge von Ampel zu Ampel in die Kanzlei zu kämpfen, um dort mit der Morgenpost stets wieder neu informiert zu werden, was denn im Wirtschaftsleben im Speziellen und im weiteren Leben generell so alles schief laufen kann. Die Jugend glaubt heute wohl, wenn Geld ausgeben schon so viel Spass bereiten kann, müsse dies beim Verdienen wohl auch stets der Fall sein. Hat sich wohl noch nie richtig in der Advokatur umgesehen! Ohne Weiterbildung läuft da nichts mehr! Fachanwälte, Spezialgebiete, Untersektionen von Spezialgebieten, nationale Gesetzgebungen, Kollisionsnormen, EU-Legislation, multilaterale Verträge usw. – hat der denn überhaupt eine Ahnung, der Bengel, womit sich sein Vater tagtäglich rumschlägt? Steht da und macht ein Affentheater, wenn die Turnschuhe einfach bloss passen und bequem sind, jedoch leider die aktuell bei der Jugend gerade «uncoole» Marke und Schnürung aufweisen. Sind das Probleme in einer Welt, welche vor der nächsten Pandemie zittert und wie eine Herde aufgeschreckter Hühner mit Panikkäufen die Börsenkurse einiger zufriedener Chemieexponenten rauffreibt. Soll ihm keiner sagen, er, Redlich, tue nichts für die Weiterbildung! Veranstaltungen wie diese gehören einfach zum Pflichtprogramm um à jour zu sein. Da zeigt sich halt, wer seine Termine im Griff hat. Und Fachgespräche unter Kolleginnen und Kollegen gehören zum Beruf des selbständigen Anwaltes wie die wiederkehrenden Geheimrezepte zum Verlieren selbst angefressener Festtagskilos in die Januarnummer sämtlicher Klatschpostillen.

Ries steht nach dem Vortrag vor Redlich, kämpft mit Teller, Glas und Zigarette und meint: «Gut». Gemperle darauf: «Die Krevetten im «Bellavista» sind jedoch knackiger im Biss und die Dips haben mehr Rasse». Ries: «Ich meinte nicht . . .», doch bevor er den Satz beenden kann, hat ihn Gemperles Aufmerksamkeit verlassen, da dieser nun überschwänglich Huggentobler begrüsst «So sieht man sich wieder, he, he, stets die gleichen Gesichter, zum Wohl». Huggentobler: «Zum Wohl allerseits, was trinken wir denn da?» «Wird wohl ein Pinot sein. Leider mit Barrique Ausbau, wie das heute so Trend ist allenthalben. Das nimmt dem Ganzen doch seine Persönlichkeit». Gemperle meint, dass Barrique, wenn zurückhaltend eingesetzt, einen Wein auch wirklich bereichern kann, während Ries sich mit dem Handrücken die Saucenreste aus dem Schnurrbart wischt. «Übrigens, die Frau Prof. Rieser, abgesehen vom Vortrag, die sieht dann für ihr Alter auch immer noch attraktiv aus!» wechselt nun Huggentobler das Thema. «Wird sich wohl auszahlen, dass sie mit dir im Tennisclub das gemischte Doppel beim Eröffnungstermin gespielt hat, he?» meint nun Gemperle, worauf sich Huggentobler mit einem «Sind wohl eher ihre jährlichen Wellnesswochen in Lech» dem soeben dazustehenden Dr. Harte zuwendet und sich nach dessen jüngsten Erfolgen auf dem Golfplatz erkundigt.

Beim Heimfahren in der Strassenbahn merkt Redlich verlegen, dass die zwei hübschen jungen Mädchen ihn nicht wegen seines Anzuges, auf den sie ständig starren, belächeln, sondern wegen des Plastikschildchens «Dr. Redlich, Redlich und Partner», welches immer noch an seinem Revers klemmt. Beim eiligen Entfernen gerät ihm noch die heutige Einladung in die Hände und beim Durchlesen «. . . und Sie werden im Anschluss an die Referate beim abschliessenden Stehapéro Berufserfahrungen und Fachwissen mit Personen aus Justiz und Wirtschaft austauschen können . . .» findet Redlich, dass Weiterbildungen eigentlich doch stets relativ kurz geraten.

Frohe Festtage

Peter von Ins, Fürsprecher

Michael Guery*

Wie weiter mit dem schweizerischen Al-Qaïda Verbot?

Rechtsgrundlagen für ein Verbot terroristischer Organisationen

Stichworte: Al-Qaïda, Innere Sicherheit, Parteienverbot, Polizeinotverordnung, Staatsgefährlichkeit, Terrorismus, Vereinigungsfreiheit, Versammlungsfreiheit

Einleitung

«Gestern wurde in Algerien ein Anschlag auf einen ranghohen Minister verübt. Die örtlichen Nachrichtendienste verdächtigen den algerischen Verein XY aus Genf, die Mittel für den Anschlag bereitgestellt zu haben. Dieser Verein scheint der algerischen Terrorgruppe «Groupe Islamique Armée» nahestehen.» Diese Zeilen könnten durchaus morgen so in der Presse stehen.¹ Was kann die Schweiz tun, damit Terrorakte nicht von ihrem Staatsgebiet aus vorbereitet werden? Aus juristischer Sicht steht ein Verbot terroristischer Organisationen im Vordergrund. Daher befasst sich der vorliegende Beitrag mit den schweizerischen Rechtsgrundlagen für ein Verbot von Terrorgruppen.

1. Ausgangslage

Seit den Anschlägen vom 11. September 2001 sind in Europa zahlreiche terroristische Organisationen verboten worden. Im Folgenden werden die Rechtsgrundlagen verschiedener europäischer Staaten für Verbote von Terrorgruppierungen untersucht. Danach werden sie mit den schweizerischen Rechtsnormen für eine Untersagung von Terrororganisationen verglichen.

1.1 Verbote terroristischer Organisationen in Europa

Der Fokus wird hier auf Verbote von Terrororganisationen in den beiden grössten Nachbarstaaten der Schweiz gerichtet, das heisst Frankreich und Deutschland.

1.1.1 Frankreich

In Frankreich besteht ein Nebeneinander von verwaltungsrechtlichen, zivilrechtlichen und strafrechtlichen Normen, welche sich auf die Auflösung terroristischer Organisationen beziehen. Auf verwaltungsrechtlicher Ebene ist die «Loi sur les groupes de combat et milices privées» von 10. Januar 1936 massgebend.²

* Dr. iur. Michael Guery ist Mitarbeiter der Forschungsstelle für Sicherheitspolitik der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich (ETHZ).

1 Vgl. beispielsweise Pressemitteilung der schweizerischen Bundesbehörden, *Der Bundesrat schränkt Mourad Dhinas politische Aktivitäten in der Schweiz ein*, Bern, 24. Oktober 2002: «Der Bundesrat hat deshalb am Mittwoch beschlossen, dem Chef des FIS-Exekutivbüros, Mourad Dhina, zu verbieten, von der Schweiz aus Propaganda zu betreiben, die Gewalt rechtfertigt, zu solcher aufruft oder diese unterstützt. Konkret wurde Mourad Dhina auch verboten, terroristische oder gewalt-extremistische Akte, welche namentlich zum Ziel haben, die staatliche Ordnung in Algerien gewaltsam zu stören (...), zu fördern oder materiell zu unterstützen.»

2 Loi sur les groupes de combat et milices privées du 10 janvier 1936, créé par loi du 10 janvier 1936 (JORF 11 janvier 1936), dernière modification par loi du 9 septembre 1986 art. 7 (JORF 10 septembre 1986).

Art. 1 Abs. 7 dieses Gesetzes bestimmt: «Seront dissous (. . .) toutes les associations ou groupements de fait qui se livreraient, sur le territoire français ou à partir de ce territoire, à des agissements en vue de provoquer des actes de terrorisme en France ou à l'étranger.» Der französische Präsident entscheidet, welche Organisationen gestützt auf dieses Gesetz aufgelöst werden. Gegen den Entscheid des Präsidenten kann beim «Conseil d'État» Beschwerde erhoben werden. Bis heute sind über 100 Vereinigungen gestützt auf das Gesetz von 1936 aufgelöst worden. An terroristischen Organisationen sind dabei zum Beispiel kurdische Gruppierungen und baskische Separatistengruppen zu nennen.

Weiter besteht die Möglichkeit, dass der Zivilrichter terroristische Vereine auflöst. Die «Loi relative au contrat d'association» vom 1. Juli 1901 bestimmt in ihrem Art. 3: «Toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement, est nulle et de nul effet.»³ Erfüllt ein Verein diese Voraussetzungen, so kann die Staatsanwaltschaft beim Zivilrichter die Auflösung des Vereins beantragen.

Schliesslich kennt Frankreich eine umfangreiche Terrorismus-Strafgesetzgebung:⁴ Die Art. 431–13 ff. Code pénal français (CP français)⁵ befassen sich ausführlich mit den Strafen bei Errichtung von oder Beteiligung an terroristischen Organisationen. Diese Strafartikel nehmen vielfach Bezug auf die oben erwähnte «Loi sur les groupes de combat et milices privées». Weiter ist vorgesehen, dass Vermögen und Waffen terroristischer Organisationen eingezogen werden.

Zusammenfassend verfügt Frankreich seit über hundert Jahren über eine umfangreiche Gesetzgebung, um sich vor staatsgefährlichen Vereinigungen zu schützen.

1.1.2 Deutschland

In Deutschland besteht seit 1964 ein Vereinsgesetz⁶, das ein Verbot terroristischer Organisationen ermöglicht. Vereine von

3 Loi relative au contrat d'association du 1^{er} juillet 1901, créé par loi du 1 juillet 1901 (JORF 2 juillet 1901), dernière modification par ordonnance du 19 septembre 2000 art. 3 (JORF 22 septembre 2000).

4 Art. 421–1 ff. Code pénal, créé par loi du 22 juillet 1992 (JORF 23 juillet 1992), dernière modification par loi du 15 novembre 2001 art. 33 (JORF 16 novembre 2001).

5 Art. 431–13 ff. Code pénal, créé par Loi du 22 juillet 1992 (JORF 23 juillet 1992).

6 Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (Vereinsgesetz) vom 5. August 1964, BGBl I 1964, S. 593, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. August 2002, BGBl I 2002, S. 3390.

Deutschen Bürgern können gestützt auf das Vereinsgesetz nur verboten werden, wenn sie strafrechtswidrig sind, die verfassungsmässige Ordnung stören oder sich gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten.⁷ Ausländervereine, das heisst Vereine mit mehrheitlich ausländischen Mitgliedern, können nach § 14 Abs. 2 des Vereinsgesetzes auch aus weiteren Gründen verboten werden. Lokale Vereinigungen werden durch die oberste Bundeslandesbehörde verboten, bundeslandübergreifende Vereinigungen hingegen durch den Bundesminister des Inneren.⁸ Der Vollzug eines Verbots kann beim Verwaltungsgericht angefochten werden.⁹ Das Gesetz sieht ferner die Beschlagnahmung und Einziehung von Vereinsvermögen vor.¹⁰ Zuwiderhandlungen gegen Vereinsverbote stellt § 20 des Vereinsgesetzes unter Strafe.

Seit 1964 sind rund 100 extremistische Vereine gestützt auf das Vereinsgesetz verboten worden. Im Nachgang zu den Anschlägen vom 11. September 2001 wurde das Religionsprivileg aus dem Vereinsgesetz gestrichen, wonach Religionsgemeinschaften nicht verboten werden durften.¹¹ Kurz danach wurde der sogenannte «Kalifenstaat» verboten, eine türkische Vereinigung mit insgesamt 36 örtlichen Vereinen. Im August 2002 wurde der Spendensammelverein «Al-Aqsa» verboten und im Januar 2003 die Organisation «Hizb ut-Tahrir».

Weiter kennt Deutschland eine Spezialregelung für politische Parteien. Parteien, welche die demokratische Grundordnung beeinträchtigen, können nach Art. 21 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG)¹² vom Bundesverfassungsgericht verboten werden. Der zentralen Rolle politischer Parteien in einer Demokratie versucht man dadurch Rechnung zu tragen, dass Parteien nur vom Bundesverfassungsgericht verboten werden dürfen, während staatsgefährliche Vereine durch den Bundesminister des Inneren oder die oberste Bundeslandesbehörde sanktioniert werden.

Das Vereinsgesetz und das Grundgesetz werden ergänzt durch Bestimmungen im deutschen Strafgesetzbuch (deutsches StGB).¹³ § 85 des deutschen StGB stellt den Verstoss gegen ein Vereinigungsverbot unter Strafe, während § 129a des deutschen StGB die Bildung terroristischer Vereinigungen sanktioniert. Daneben bestehen zahlreiche weitere Strafbestimmungen, die sich gegen verfassungswidrige Organisationen richten.¹⁴

Gesamthaft verfügt Deutschland über eine umfangreiche Gesetzgebung, um staatsgefährliche Vereinigungen verbieten zu können.

1.1.3 Europäische Union

Im Bereich der *Terrorfinanzierung* hat auch die Europäische Union (EU) Rechtsnormen erlassen. Mit Beschluss vom Februar 2001 froh die EU Vermögenswerte der Al-Qaïda ein, unterband die Erbringung von Finanzdienstleistungen an diese Organisation und untersagte die Lieferung von Rüstungsgütern an die Al-Qaïda.¹⁵

Ende 2001 beschloss die EU die Vermögenswerte weiterer Terrororganisationen einzufrieren und die Erbringung von Finanzdienstleistungen durch Banken oder Versicherungen an diese Organisationen zu untersagen. So wurden unter anderem die terroristischen Vereinigungen Continuity Irish Republican Army, Real IRA, Ulster Defence Association, Euskadi Ta Askatasuna (ETA) und die al-Qassem Brigaden sanktioniert.¹⁶ Seit Ende 2001 ist die EU-Liste sanktionierter terroristischer Vereinigungen mehrfach erweitert worden, unter anderem um folgende Organisationen: Aum Shinrikyo, Brigade Rosse, Herri Batasuna, International Sikh Youth Federation, Revolutionäre Armee Kolumbiens (FARC), Sendero Luminoso, Kurdische Arbeiterpartei, Al-Aqsa Märtyrerbrigade und Hamas.¹⁷ Gesamthaft sind mittlerweile rund 50 terroristische Organisationen sanktioniert.

Bei all diesen Massnahmen der EU darf aber nicht vergessen werden, dass es sich bloss um Wirtschaftsmassnahmen gegen terroristische Organisationen handelt. Terroristische Organisationen werden nicht verboten, sondern nur in finanzieller Hinsicht eingeschränkt. Die Vereinigungs-, Versammlungs- und Meinungsäusserungsfreiheit dieser Organisationen werden durch die EU Massnahmen nicht tangiert.

1.2 Schweizerisches Al-Qaïda Verbot

Im November 2001 erliess der schweizerische Bundesrat eine Verordnung über das Verbot der Terrorgruppierung Al-Qaïda (Al-Qaïda Verordnung).¹⁸ Dieses Verbot umfasst auch Nachfolge-

7 § 3 Abs. 1 Vereinsgesetz.

8 § 3 Abs. 2 Vereinsgesetz.

9 § 6 Abs. 1 Vereinsgesetz.

10 § 10 f. Vereinsgesetz.

11 Gesetz zur Änderung des Vereinsgesetzes vom 4. Dezember 2001, BGBl 2001 I, S. 3319.

12 Grundgesetz (GG) für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, BGBl 1949 I, S. 1.

13 Deutsches Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871, Reichsgesetzblatt 1871, S. 127, in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998, BGBl I, S. 3322, zuletzt geändert durch Gesetz vom 11. Februar 2005, BGBl I, S. 239.

14 § 84 ff. deutsches StGB.

15 Art. 4 des Gemeinsamen Standpunkts 2001/154/GASP des Rates vom 26. Februar 2001 über weitere restriktive Massnahmen gegen die Taliban und zur Änderung des Gemeinsamen Standpunkts 96/746/GASP, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 57/1 vom 27. Februar 2001.

16 Gemeinsamer Standpunkt 2001/931/GASP des Rates vom 27. Dezember 2001 über die Anwendung besonderer Massnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 344/93 vom 28. Dezember 2001. Dieser gemeinsame Standpunkt wurde durchgeführt mittels der Verordnung Nr. 2580/2001 des Rates vom 27. Dezember 2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Massnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 344/70 vom 28. Dezember 2001.

17 Gemeinsamer Standpunkt 2004/500/GASP des Rates vom 17. Mai 2004 zur Aktualisierung des Gemeinsamen Standpunkts 2001/931/GASP über die Anwendung besonderer Massnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus und zur Aufhebung des Gemeinsamen Standpunkts 2004/309/GASP, Amtsblatt L 196/12 vom 3. Juni 2004. Zudem besteht der Beschluss des Rates vom 2. April 2004 zur Durchführung von Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2580/2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Massnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus und zur Aufhebung des Beschlusses 2003/902/EG, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 99/28 vom 3. April 2004.

18 Bundesverordnung über Massnahmen gegen die Gruppierung Al-Qaïda und verwandte Organisationen vom 7. November 2001, SR 122.

und Hilfsvereinigungen der Al-Qaïda.¹⁹ Art. 2 Abs. 1 der Al-Qaïda Verordnung untersagt, sich an der Al-Qaïda Gruppierung zu beteiligen, sie zu unterstützen, für sie Propaganda zu betreiben oder für sie anzuwerben. Nach Art. 3 der Al-Qaïda Verordnung werden überdies Vermögenswerte dieser Organisation eingezogen.

In der Schweiz besteht kein Gesetz, auf welches ein Verbot terroristischer Organisationen gestützt werden kann. Der schweizerische Bundesrat erliess die Al-Qaïda Verordnung deshalb als selbständige Polizeinotverordnung basierend auf der polizeilichen Generalklausel von Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV).²⁰ Polizeinotverordnungen der Exekutive sind möglichst rasch demokratisch zu untermauern, indem ihr Inhalt in ein formelles Gesetz des Parlaments überführt wird. Polizeinotverordnungen dürfen deshalb nur befristet zur Überbrückung einer Gefahrensituation erlassen werden. Die Al-Qaïda Verordnung beispielsweise wurde bis zum 31. Dezember 2003 befristet und im Dezember 2003 nochmals verlängert bis zum 31. Dezember 2005. In zwei neueren Leitentscheiden zur Verordnung über den Erwerb und das Tragen von Schusswaffen durch jugoslawische Staatsangehörige hielt das Bundesgericht fest, dass die zweimalige Verlängerung einer Polizeinotverordnung um je zwei Jahre die Grenze des Zulässigen erreicht.²¹ Für die Al-Qaïda Verordnung bedeutet dies, dass sie höchstens noch bis Ende 2007 verlängert werden darf.

Bis Ende 2007 ist eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn zu schaffen, falls das Al-Qaïda Verbot nicht ersatzlos dahinfallen soll. Beispielsweise könnte im Rahmen der laufenden Revision des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine gesetzliche Grundlage für ein Verbot terroristischer Organisationen geschaffen werden.²² Als Vorbild für eine solche gesetzliche Grundlage könnten die oben dargestellten Gesetzgebungen in Frankreich und Deutschland dienen.²³

Die Schaffung einer Gesetzesgrundlage für ein Verbot terroristischer Organisationen wirft verschiedene Fragen auf: Ist ein solches Verbot mit der Verfassung vereinbar? Liegt die Zuständigkeit für ein Verbot terroristischer Organisationen beim Bund oder bei den Kantonen? Auf welche Rechtsgrundlage stützten sich die zahlreichen Verbote politischer Gruppierungen während des Zweiten Weltkriegs? Im Folgenden wird eine Antwort auf diese Fragen gesucht.

2. Verbote politischer Gruppierungen zu Zeiten des Zweiten Weltkriegs

Die Schweiz verfügt aus der Periode des Zweiten Weltkriegs über reiche Erfahrung mit Verboten politischer Vereinigungen. Damals

untersagten Bund und Kantone eine Vielzahl kommunistischer und auch nationalsozialistischer Gruppierungen. Der Bund fasste sich mit Verboten gesamtschweizerischer Vereinigungen, während die Kantone lokale Gruppierungen sanktionierten.

2.1 Kommunisten- und Nationalsozialistenverbote auf Bundesebene

Der Bund richtete seine Verbotstätigkeit primär gegen kommunistische Vereinigungen. Den Auftakt bildete ein Bundesratsbeschluss von 1936 über ein Verbot der Organisation «Rote Hilfe Schweiz».²⁴ Von diesem Zeitpunkt an wurden laufend kommunistische Gruppierungen verboten. Mit Bundesratsbeschluss vom August 1940 wurde die Kommunistische Partei (KP) in der Schweiz generell untersagt.²⁵ Im November 1940 ging der Bundesrat noch einen Schritt weiter, indem er die KP und sämtliche in der Schweiz bestehenden kommunistischen Organisationen auflöste.²⁶

Ab Ende 1940 begann der Bund auch gegen nationalsozialistische Gruppierungen vorzugehen. Im November 1940 beschloss der Bundesrat, die Organisationen «Freunde einer autoritären Demokratie» und «Volksbund» zu verbieten und aufzulösen.²⁷ Am 1. Mai 1945, also am Tag der Kapitulation des Dritten Reichs, beschloss der Bundesrat schliesslich die generelle Auflösung der Landesgruppe Schweiz der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (NSDAP) und zwölf anverwandter Gruppierungen, wie der «Deutsche Reichsverein» oder die «Deutsche Kolonie in der Schweiz».²⁸

Aus heutiger Sicht sind vor allem die Rechtsgrundlagen dieser Verbote kommunistischer und nationalsozialistischer Gruppierungen interessant. Die frühen Verbote politischer Vereinigungen stützten sich alleine auf die polizeiliche Generalklausel von Art. 102 Ziff. 9 und 10 der alten Bundesverfassung (aBV). Ende 1938 erliess sich der Bundesrat gestützt auf die Polizeigeneralklausel selber eine Verordnung gegen staatsgefährliche Umtriebe.²⁹ Art. 5 dieser Verordnung lautete folgendermassen:

«Der Bundesrat kann Vereinigungen oder Unternehmungen, die die äussere oder innere Sicherheit des Landes gefährden, auflösen oder ihre politische Tätigkeit einschränken oder verbieten und ihr Vermögen einziehen. Der Bundesrat kann nötigenfalls einzelne Formen einer gegen die politischen oder kulturellen Grundlagen der Schweiz gerichteten Propaganda besonders verbieten.»

24 Bundesratsbeschluss betreffend Massnahmen gegen die kommunistischen Umtriebe in der Schweiz vom 3. November 1936, AS 52, S. 819.

25 Bundesratsbeschluss über Massnahmen gegen die kommunistische und anarchistische Tätigkeit vom 6. August 1940, AS 56, S. 1336.

26 Bundesratsbeschluss betreffend die Auflösung der kommunistischen Partei der Schweiz vom 26. November 1940, AS 56, S. 1861.

27 Bundesratsbeschluss über die Auflösung der Gesellschaft der Freunde einer autoritären Demokratie und des Volksbundes vom 8. November 1940, AS 56, S. 1748.

28 Bundesratsbeschluss über die Auflösung der NSDAP Landesgruppe Schweiz vom 1. Mai 1945, AS 61, S. 295.

29 Bundesratsbeschluss betreffend Massnahmen gegen staatsgefährliche Umtriebe und zum Schutze der Demokratie vom 5. Dezember 1938, AS 54, S. 856.

19 Art. 1 Abs. 2 der Al-Qaïda Verordnung.

20 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999, SR 101.

21 BGE 122 IV 258 ff. und BGE 123 IV 29 ff.

22 Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) vom 21. März 1997, SR 120.

23 Kapitel 1.1.1. und 1.1.2.

Fortan wurden Verbote politischer Vereinigungen teilweise auf diese Verordnung gestützt. Im Übrigen ist diese Verordnung grundsätzlich bis heute rechtskräftig, da sie nie aufgehoben wurde. Zwei Tage vor Beginn des Zweiten Weltkriegs erliess das schweizerische Parlament schliesslich den sogenannten Vollmachtenbeschluss³⁰, welcher dem Bundesrat stark erweiterte Regierungsvollmachten erteilte. Ab diesem Zeitpunkt wurden Verbote politischer Vereinigungen vielfach auf den Vollmachtenbeschluss gestützt. Da der Bundesrat viele auf den Vollmachtenbeschluss gestützte Erlasse auch nach Kriegsende nicht aufhob, kam es 1946 zur Volksinitiative «Für eine Rückkehr zur direkten Demokratie». 1949 wurde diese Initiative von Volk und Ständen angenommen. In der Folge wurde 1950 der Vollmachtenbeschluss aufgehoben.³¹

Abschliessend ist noch zu erwähnen, dass das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) im August 1945 eine Richtlinie betreffend die Tätigkeit politischer Vereinigungen von Ausländern in der Schweiz erliess.³² Danach konnten Vereinigungen von Ausländern verboten und aufgelöst werden, wenn sie die innere oder äussere Sicherheit und die Neutralität der Schweiz gefährdeten.

2.2 Kantonale Kommunisten- und Nationalsozialistenverbote

Auch die Kantone untersagten zahlreiche politische Gruppierungen in den Jahren vor dem Zweiten Weltkrieg. Diese Verbote wurden verschiedentlich beim Bundesgericht angefochten. So beispielsweise in folgenden Fällen:

1934 wurde Beschwerde beim Bundesgericht erhoben, weil die zürcherische Polizeidirektion den «Kampfbund gegen Faschismus» sowie den nationalsozialistischen «Harst» verboten und aufgelöst hatte.³³ Bei beiden Gruppierungen handelte es sich um paramilitärische Schutz- und Angriffsformationen politischer Parteien. Ausrüstung, Waffen und Munition dieser Gruppierungen wurden polizeilich eingezogen.

1937 nahm das Neuenburger Stimmvolk ein Gesetz über das «Verbot kommunistischer oder subversiver Organisationen» an, welches beim Bundesgericht angefochten wurde.³⁴ Dieses Gesetz bevollmächtigte den Regierungsrat zur Auflösung der kantonalen KP und untersagte Propaganda dieser Partei.

Ebenfalls 1937 stimmte das Genfer Stimmvolk einem Verfassungsartikel zu, welcher die kantonale KP untersagte. Gegen diesen Artikel wurde staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht erhoben.³⁵

Aus heutiger Sicht erstaunt es, dass die kantonalen Exekutiven und der Bundesrat politische Vereinigungen in vielen Fällen

nicht nur untersagten, sondern auch auflösten. Nach Art. 78 des Zivilgesetzbuchs (ZGB)³⁶ sind nur Gerichte zur Auflösung widerrechtlicher Vereine befugt und zwar auf Klage der Exekutive hin. Art. 57 Abs. 3 ZGB bestimmt ferner, dass das Vermögen einer gerichtlich aufgelösten Vereinigung an das Gemeinwesen fällt. Die Exekutive ist somit nur befugt, eine Vereinstätigkeit zu verbieten. Die Auflösung politischer Vereinigungen durch kantonale Exekutiven und den Bundesrat während des Zweiten Weltkrieges verletzte Art. 78 ZGB.

3. Bundes- oder Kantonskompetenz zum Verbot von Terrorgruppierungen?

Wie soeben dargestellt, erfolgten die Verbote extremistischer Vereinigungen während des Zweiten Weltkrieges sowohl durch den Bund als auch durch die Kantone. Besteht im heutigen Recht eine Trennlinie, wann diese Kompetenz dem Bund oder den Kantonen zusteht?

Art. 56 aBV bestimmte, dass die Kantone Regelungen gegen den Missbrauch der Vereinsfreiheit durch rechtswidrige oder staatsgefährliche Vereinigungen treffen.³⁷ In der neuen Bundesverfassung wurde dieser Verweis auf die kantonale Kompetenz gestrichen. Heute richtet sich die Zuständigkeit zum Verbot gewaltextremistischer Vereinigungen nach den Bundes- und Kantonszuständigkeiten im Bereich der äusseren und inneren Sicherheit.

Der Bund verfügt über eine umfassende, ursprünglich derogatorische Rechtsetzungskompetenz im Bereich der äusseren Sicherheit.³⁸ Die Wahrung der äusseren Sicherheit ist damit ausschliesslich Sache des Bundes. Droht eine terroristische Gruppierung die aussenpolitischen Beziehungen der Schweiz zu belasten oder die schweizerische Neutralitätspolitik zu kompromittieren, so ist der Bund zum Verbot dieser Gruppierung zuständig.³⁹ Dasselbe gilt, wenn die Schweiz durch Duldung einer Gruppierung ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen verletzen würde.

Die Wahrung der inneren Sicherheit, das heisst der landesinternen Ordnung, ist primär Aufgabe der Kantone.⁴⁰ Wenn indessen die Bewältigung einer Störung die Kräfte der Kantone übersteigt, so ist subsidiär der Bund für die innere Sicherheit zuständig. Zudem verfügt der Bund über eine primäre Zuständigkeit im Bereich der inneren Sicherheit, wenn die gesamte

35 Vgl. ERICH BRUNNER, Die Problematik der verfassungsrechtlichen Behandlung extremistischer Parteien in den westeuropäischen Verfassungsstaaten, Zürich 1965, S. 261.

36 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

37 Zum Wortlaut von Art. 56 aBV siehe Abschnitt 4.1.

38 ALEXANDER RUCH, Äussere und innere Sicherheit, in: Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Hrsg. Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Zürich 2001, § 56 N 26.

39 Vgl. BGE 63 I 289.

40 KURT EICHENBERGER, Art. 102 Ziff. 10 aBV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Hrsg. Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René Rhinow/Dietrich Schindler, Basel/Zürich/Bern 1996, N 156.

30 Bundesbeschluss über Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität vom 30. August 1939, AS 55, S. 769.

31 Bundesbeschluss über die Aufhebung der ausserordentlichen Vollmachten des Bundesrats vom 18. Dezember 1950, AS 66, S. 1493.

32 Richtlinien betreffend die Tätigkeit politischer Vereinigungen von Ausländern in der Schweiz vom 7. August 1945, BBl 1945 I, S. 951 ff.

33 BGE 60 I 349.

34 BGE 63 I 281.

Schweiz gefährdet ist oder Bundesinstitutionen bedroht sind.⁴¹ Übertragen auf ein Verbot terroristischer Organisationen bedeutet dies, dass bei lokal tätigen Gruppierungen die Kantone zuständig sind. Sind Gruppierungen hingegen in verschiedenen Regionen der Schweiz aktiv oder gefährden sie Bundesorgane, so kann sie der Bund verbieten.

Problematisch ist, dass heute äussere und innere Sicherheit nicht mehr durchgehend getrennt werden können.⁴² Ist beispielsweise eine Terrorgruppe lokal in Genf tätig, um von dort aus Anschläge im Ausland zu planen, so sind die innere *und* die äussere Sicherheit angesprochen. In den letzten Jahrzehnten zeichnet sich ein Trend zur Internationalisierung oder gar Globalisierung des Terrorismus ab. Daher dürfte es im Zweifel sinnvoll sein, der äusseren Sicherheit den Vorrang zu geben und damit eine Bundeszuständigkeit zum Verbot von Terrororganisationen anzunehmen.

4. Involvierte Grundrechte

Erlassen Bund oder Kantone gestützt auf die polizeiliche Generalklausel ein Verbot terroristischer Organisationen, so sind sie dabei an die Verfassung gebunden.⁴³ Folglich ist zu fragen, welche verfassungsmässigen Grundrechte durch ein Verbot terroristischer Organisationen tangiert sein könnten.

Zwar steht bei einem Verbot terroristischer Organisationen eine Beeinträchtigung der Vereinigungs-, Versammlungs- und Meinungsfreiheit im Vordergrund. Aber auch andere Grundrechte sind relevant, wie die persönliche Freiheit, die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit. Deshalb ist nachfolgend auf all diese Grundrechte einzugehen.

4.1 Vereinigungsfreiheit

Ein Verbot von Terrorgruppierungen betrifft allem voran die Vereinigungsfreiheit. Aus welchen Bestimmungen ergibt sich der Schutz dieses Grundrechts?

Art. 56 Satz 1 aBV lautete: «Die Bürger haben das Recht, Vereine zu bilden, sofern solche weder in ihrem Zweck noch in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich sind.» In der neuen Bundesverfassung garantiert nun Art. 23 die Vereinigungsfreiheit. Auf das ausdrückliche Verbot rechtswidriger oder staatsgefährlicher Vereine wurde in Art. 23 BV verzichtet, nach herrschender Lehre hat sich dadurch aber keine Änderung der Rechtslage ergeben.⁴⁴ Auf internationaler Ebene

stipuliert Art. 11 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁴⁵ die Vereinigungsfreiheit.

Weiter stellt sich die Frage, was die Vereinigungsfreiheit schützt. Nach Art. 23 Abs. 2 BV ist das Recht geschützt, Vereinigungen zu bilden, solchen beizutreten und anzugehören sowie sich an deren Tätigkeit zu beteiligen. Unter Vereinigungen wird dabei ein dauerhafter Zusammenschluss von Personen zu einem ideellen Zweck verstanden, wie namentlich einem politischen Ziel.⁴⁶ Terrororganisationen werden gemeinhin definiert als Personenverbindungen, die gewaltsam politische Veränderungen herbeizuführen suchen.⁴⁷ Betrachten wir ferner Art. 2 Abs. 1 der Al-Qaida Verordnung, so wird dort untersagt, sich an der Al-Qaida Gruppierung zu beteiligen, sie zu unterstützen oder ihre Tätigkeit anderweitig zu fördern. Ein Verbot von Terrorgruppierungen tangiert damit grundsätzlich das Schutzobjekt der Vereinigungsfreiheit.

Die zentralste Frage bei einem Verbot terroristischer Organisationen ist, ob staatsgefährliche Ausländervereine⁴⁸ Rechtsträger der Vereinigungsfreiheit sind. Zur Beantwortung dieser Frage sind die Komponenten «Staatsgefährlichkeit» und «Ausländerverein» auseinanderzuhalten:

Betreffend Ausländervereine gilt folgendes: Die ältere Lehre gestand Ausländern das Recht zur Vereinsbildung nur für unpolitische Vereinigungen zu.⁴⁹ Die politische Vereinstätigkeit wurde als den Schweizer Staatsbürgern vorbehaltenes Recht verstanden. Die neuere Lehre hingegen betrachtet die Freiheit zur Bildung politischer Vereinigungen als Menschenrecht, das auch den Ausländern zukommt. Allerdings kann die politische Vereinstätigkeit von Ausländern leichter eingeschränkt werden, als diejenige von Schweizern.⁵⁰ Dieser Gedanke, wonach die politische Tätigkeit von Ausländern vereinfacht beschränkt werden kann, findet sich übrigens auch in Art. 16 EMRK. Zusammenfassend können sich also Ausländervereine mit politischer Zielsetzung auf die Vereinigungsfreiheit berufen.

Wie sieht es indessen mit staatsgefährlichen und rechtswidrigen Vereinigungen aus? Hier ist nochmals in Erinnerung zu rufen, dass Art. 56 aBV die Vereinsfreiheit gegenüber rechtswidrigen und staatsgefährlichen Vereinen versagte. Dieses Prinzip gilt auch im aktuellen Recht. Rechtswidrig sind Vereinigungen vor allem, wenn sie gewaltsame Mittel zur Erreichung ihres politischen Ziels in Kauf nehmen.⁵¹ Staatsgefährlich ist eine Vereini-

41 BRUNNER (FN 35), S. 256, m.w.H.: «Nach allgemeiner Ansicht wird dem Bund ein – die missbräuchliche Ausübung der Vereinsfreiheit betreffendes – Legiferierungsrecht eingeräumt, sofern die Interessen des Bundes es verlangen oder sofern die Kantone der ihnen durch die Verfassung eingeräumten Befugnis nicht nachkommen oder nicht nachzukommen in der Lage sind.»

42 RAINER SCHWEIZER/GABRIELA KÜPPER, Art. 57 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, Hrsg. Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer Schweizer/Klaus Vallender, Lachen/Zürich 2002, N 5.

43 Vgl. BGE 122 IV 258 und BGE 123 IV 34 f.

44 ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, N 559, sowie PASCAL MAHON, Art. 23, in: Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Hrsg. Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Zürich 2003, N 10.

45 Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), SR 0.101.

46 CHRISTOPH ROHNER, Art. 23, in: Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, Hrsg. Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer Schweizer/Klaus Vallender, Lachen/Zürich 2002, N 6.

47 MICHAEL GUERY, Biologischer Terrorismus in Bezug auf die Schweiz – unter besonderer Berücksichtigung rechtlicher Aspekte, Zürich 2004, S. 31.

48 Zum Begriff des Ausländervereins siehe § 14 des deutschen Vereinsgesetzes.

49 HANS-RUDOLF ARTA, Die Vereins-, Versammlungs- und Meinungsäusserungsfreiheit der Ausländer, Diss., St. Gallen 1983, S. 53, m.w.H.

50 GIORGIO MALINVERNI, Art. 56 aBV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Hrsg. Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René Rhinow/Dietrich Schindler, Basel/Zürich/Bern 1996, N 23, m.w.H.

51 MALINVERNI (FN 50), N 13, sowie MAHON (FN 44), N 10.

gung, wenn sie die verfassungsmässige Ordnung gewaltsam beseitigen will.⁵² Zur verfassungsmässigen Ordnung zählen die Grundrechte und die demokratische Ordnung (Verfassungsschutz) sowie der Bestand des Staates, seine Unabhängigkeit und seine Institutionen (Staatschutz).⁵³ Sollen sich nun solche Vereinigungen, die Gewalt anwenden und die verfassungsmässige Ordnung beseitigen wollen auf das Verfassungsrecht berufen können, sich in Vereinigungen zu organisieren? Das Bundesgericht gibt hier eine klare Antwort: Es ist rechtsmissbräuchlich, wenn sich eine terroristische Organisation auf die Vereinigungsfreiheit stützt.⁵⁴ Dahinter steht folgender Gedanke: Wer die verfassungsmässigen Grundrechte abschaffen will, soll sich nicht auf die verfassungsrechtliche Vereinigungsfreiheit berufen können, denn dies käme einem «venire contra factum proprium» im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB gleich. Dieser Gedanke findet sich übrigens auch in Art. 17 EMRK, wonach Handlungen von Gruppierungen nicht geschützt werden, wenn sie die Abschaffung der europäischen Menschenrechtsgarantien bezwecken.⁵⁵ Zusammenfassend sind terroristische Organisationen nicht Rechtsträger der Vereinigungsfreiheit. Sie können sich nicht auf dieses Grundrecht berufen.

4.2 Versammlungsfreiheit

Die soeben dargestellte Vereinigungsfreiheit schützt das Recht auf dauerhaften und organisierten Zusammenschluss von Personen. Wie ist indessen die Rechtslage, wenn sich Terroristen bloss ein- oder zweimal beispielsweise in einem Restaurant versammeln?

Die Versammlungsfreiheit wird durch Art. 22 BV und auf europäischer Ebene durch Art. 11 Abs. 1 EMRK garantiert. Art. 22 Abs. 2 BV bestimmt: «Jede Person hat das Recht, Versammlungen zu organisieren, an Versammlungen teilzunehmen oder Versammlungen fernzubleiben.» Wie weit erstreckt sich jedoch der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit? Sind vorübergehende Versammlungen von Mitgliedern terroristischer Organisationen durch Art. 22 BV geschützt?

In der Lehre findet sich eine klare Antwort auf diese Fragen:⁵⁶ Staatsgefährliche Zusammenkünfte sind vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit ausgeschlossen. Unter staatsgefährlichen Zusammenkünften sind dabei Versammlungen zu verstehen, welche die verfassungsmässige Ordnung gewaltsam beseitigen wollen.⁵⁷ Der Grund für diesen Ausschluss staatsgefährlicher Versammlungen vom Grundrechtsschutz ist einleuchtend: Die

Versammlungsfreiheit soll nicht missbraucht werden, um die verfassungsmässige Ordnung auf rechtswidrigem respektive gewaltsamem Weg abzuschaffen. Die Versammlungsfreiheit geht also nicht soweit, dass sie ihre eigene gewaltsame Abschaffung garantieren würde.

Das Bundesgericht hat ebenfalls in diesem Sinn entschieden im Zusammenhang mit einer Versammlung im Jahre 1935 unter dem Kommunistenführer Jules Humbert-Droz: Gemäss höchstgerichtlicher Rechtsprechung entfällt der Schutz der Versammlungsfreiheit, wenn an Propaganda-Veranstaltungen direkt zu militärstrafrechtswidrigem oder gewaltsamem Verhalten aufgerufen wird.⁵⁸

Terroristische Organisationen werden gemeinhin definiert als Gruppen, die gewaltsam politische Veränderungen herbeiführen wollen.⁵⁹ Sie geniessen deshalb keinen Schutz der Versammlungsfreiheit.

4.3 Meinungsfreiheit

Art. 2 Abs. 1 der Al-Qaida Verordnung bestimmt, dass wer im Dienste der Al-Qaida Propagandaaktionen organisiert, mit Gefängnis oder Busse bestraft wird. Diese Norm zeigt, dass Aufrufe zum gewaltsamen Umsturz der verfassungsmässigen Ordnung ein typisches Merkmal terroristischer Organisationen sind. Zu fragen ist deshalb, ob ein Verbot von terroristischen Gewaltaufrufen die Meinungsfreiheit tangiert.

Die Meinungsfreiheit wird durch Art. 16 BV und Art. 10 EMRK garantiert. Nach Art. 16 Abs. 2 BV hat jede Person das Recht, Informationen frei zu bilden, sie ungehindert zu äussern und sie zu verbreiten. Wird einer terroristischen Vereinigung verboten, gewaltverherrlichende Informationen zu verbreiten, so wird das Schutzobjekt von Art. 16 Abs. 2 BV zweifellos tangiert. Aber sind staatsgefährliche Ausländervereine auch Träger der Meinungsfreiheit?

Zunächst zur Meinungsfreiheit von Ausländern: Im Jahre 1948 erliess der Bundesrat eine Polizeinotverordnung betreffend politische Reden von Ausländern, durch welche die politische Meinungsäusserungsfreiheit von Ausländern stark eingeschränkt wurde.⁶⁰ Heute ist hingegen anerkannt, dass politische Äusserungen von Ausländern durch die Meinungsfreiheit geschützt sind.⁶¹ Nach Art. 16 EMRK müssen sich Ausländer nur entgegenhalten lassen, dass ihr politisches Äusserungsrecht leichter eingeschränkt werden kann, als dasjenige von eigenen Staatsbürgern. Ausländervereine können sich für ihre politischen Äusserungen also grundsätzlich auf die Meinungsfreiheit berufen.

Wie steht es jedoch mit staatsgefährlichen Organisationen? Nach Art. 275^{bis} StGB wird staatsgefährliche Propaganda, das heisst ein Aufrufen zum gewaltsamen Umsturz der verfassungsmässigen Ordnung, mit Gefängnis bestraft. Aus dieser Strafnorm

52 BRUNNER (FN 35), S. 297 f.

53 ANDREAS KELLER, Die politische Polizei im Rahmen des schweizerischen Staatsschutzes, Diss., Basel/Frankfurt a. M. 1996, S. 246 ff. und 286 ff.

54 BGE 63 I 283 f.

55 Art. 17 EMRK lautet: «Verbot des Missbrauch der Rechte: Diese Konvention ist nicht so auszulegen, als begründe sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, die darauf abzielt, die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder sie stärker einzuschränken, als es in der Konvention vorgesehen ist.»

56 ADRIAN RÜESCH, Die Versammlungsfreiheit nach schweizerischem Recht, Diss., Zürich 1983, S. 179 ff., m. w. H.

57 Vgl. Abschnitt 4.1.

58 BGE 61 I 269 ff.

59 Vgl. Abschnitt 4.1.

60 Bundesratsbeschluss betreffend politische Reden von Ausländern vom 24. Februar 1948, SR 126, aufgehoben im Jahre 1998.

61 BGE 96 I 273 und ARTA (FN 49), S. 88 ff., m. w. H.

lässt sich eine entscheidende Frage ableiten: Soll sich eine Gruppierung, die für den gewaltsamen Umsturz der verfassungsmässigen Ordnung wirbt, auf die verfassungsmässige Meinungsfreiheit berufen können? Leider scheint diese Frage in der Rechtsprechung und Lehre bisher noch nicht behandelt worden zu sein. Analog zu den obigen Ausführungen zur Vereinigungsfreiheit⁶² ist aber davon auszugehen, dass es rechtsmissbräuchlich ist, wenn sich eine Organisation einerseits auf die verfassungsrechtliche Meinungsfreiheit beruft und gleichzeitig für die gewaltsame Abschaffung der Verfassung wirbt. Aus diesem Grund können staatsgefährliche und terroristische Organisationen nicht Rechtsträger der Meinungsfreiheit sein.

4.4 Persönliche Freiheit, Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit

Die schweizerische Al-Qaida Verordnung sieht bei Unterstützung oder Beteiligung an der Al-Qaida Gefängnisstrafe vor.⁶³ Der EU Standpunkt betreffend restriktive Massnahmen gegen die Al-Qaida ordnet an, dass die Ein- und Durchreise von Al-Qaida Mitgliedern verhindert werden sollen.⁶⁴ Diese Regelungen der Schweiz und der EU zeigen, dass ein Verbot von Terrororganisationen regelmässig die Bewegungsfreiheit und damit die persönliche Freiheit tangiert. Die persönliche Freiheit wird durch Art. 10 BV garantiert. Sie ist ein derart zentrales Menschenrecht, dass sie auch Mitgliedern terroristischer Organisationen zustehen muss. Anhänger terroristischer Organisationen können sich deshalb auf die persönliche Freiheit berufen.

Was die Eigentumsgarantie betrifft, so untersagte der Bundesrat im November 2001 der tamilischen Organisation «Liberation Tigers of Tamil Eelam» Geldsammlungen in der Schweiz durchzuführen am sogenannten «Heroes' Day».⁶⁵ Die schweizerische Al-Qaida Verordnung sieht vor, dass Vermögenswerte der Al-Qaida eingezogen werden.⁶⁶ Schliesslich blockiert die Schweiz gestützt auf das Geldwäschereigesetz⁶⁷ Vermögenswerte von terroristischen Organisationen, wenn diese in den sogenannten Bush-Listen der USA oder in der oben geschilderten EU-Liste⁶⁸ figurieren. All diese Massnahmen fallen an sich in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie von Art. 26 BV. In der Lehre ist allerdings umstritten, ob eine rechtswidrige und Terror fördernde Ausübung von Eigentumsrechten durch Art. 26 BV ge-

schützt wird.⁶⁹ Fest steht zumindest, dass die Einziehungen von Vermögenswerten zum Schutz der öffentlichen Sicherheit oder anderer Polizeigüter keine Entschädigungspflicht des Staates begründet.⁷⁰

Bereits in Abschnitt 1.1.3 wurde geschildert, dass die EU im Februar 2001 einen Beschluss erliess, wonach die Erbringung von Finanzdienstleistungen durch Banken und Versicherungen sowie die Lieferung von Rüstungsgütern an die Al-Qaida verboten ist. Auch die Schweiz hat eine ähnliche Verordnung erlassen.⁷¹ Durch solche Wirtschaftssanktionen werden Drittpersonen, wie Banken und Versicherungen, in ihrer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit eingeschränkt. Art. 27 BV schützt die Wirtschaftsfreiheit, das heisst insbesondere das Recht des Einzelnen, frei von staatlichen Einschränkungen jegliche privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit ausüben zu können. Ein Verbot terroristischer Organisationen kann somit auch die Wirtschaftsfreiheit von Drittpersonen tangieren.

5. Einschränkung von Grundrechten

Das vorstehende Kapitel hat gezeigt, dass sich Mitglieder terroristischer Organisationen und unter Umständen auch Terrorgruppierungen bei einem Verbot ihrer Organisation auf die persönliche Freiheit und allenfalls auf die Eigentumsgarantie berufen könnten. Zudem könnte ein Verbot terroristischer Organisationen die Wirtschaftsfreiheit von Drittpersonen, wie Banken oder Finanzintermediäre, tangieren. Um diese Grundrechte rechtmässig einzuschränken, bedarf es dreier Voraussetzungen: Eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse und Proportionalität. Diese drei Bedingungen sollen nachfolgend näher betrachtet werden.

Zuvor ist aber noch eine allgemeine Bemerkung betreffend Einschränkung von Grundrechten anzubringen: In den Abschnitten 4.1 und 4.3 wurde erörtert, dass terroristische Organisationen keine Rechtsträger der Vereinigungs- und Meinungsfreiheit sind. Aber selbst wenn sie Träger dieser Verfassungsrechte wären, so könnten ihre Grundrechte dennoch leicht eingeschränkt werden. Bei terroristischen Organisationen handelt es sich nämlich regelmässig um Ausländervereine⁷², da ihre Mitglieder meist Ausländer sind. Nach herrschender Lehre kann die politische Betätigung von Ausländervereinen einfacher eingeschränkt werden, als diejenige von Schweizervereinen.⁷³ Art. 16 EMRK geht

62 Siehe Abschnitt 4.1.

63 Art. 2 Abs. 1 der Al-Qaida Verordnung.

64 Art. 4 des Gemeinsamen Standpunkts 2002/402/GASP des Rates vom 27. Mai 2002 betreffend restriktive Massnahmen gegen Osama bin Laden, Mitglieder der Al-Qaida-Organisation und die Taliban sowie andere mit ihnen verbündete Personen, Gruppen, Unternehmen und Einrichtungen zur Aufhebung der Gemeinsamen Standpunkte 96/746/GASP, 1999/727/GASP, 2001/154/GASP und 2001/771/GASP, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 139/4 vom 29. Mai 2002.

65 Pressemitteilung der schweizerischen Bundesbehörden, *Bundesrat verbietet den Tamil-Tigers Geldsammel- und Propagandaaktion*, Bern, 30. November 2001.

66 Art. 3 der Al-Qaida Verordnung.

67 Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz), SR 955.0.

68 Siehe Abschnitt 1.1.3.

69 GEORG MÜLLER, Art. 22^{ter} aBV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Hrsg. Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René Rhinow/Dietrich Schindler, Basel/Zürich/Bern 1996, N 3: «Nicht geschützt ist die rechtswidrige Ausübung der Eigentümerbefugnisse.»

70 MÜLLER (FN 69), N 47, m. w. H.

71 Schweizerische Verordnung über Massnahmen gegenüber Personen und Organisationen mit Verbindungen zu Usama bin Laden, der Gruppierung Al-Qaida oder den Taliban vom 2. Oktober 2000, SR 946.203.

72 Zum Begriff des Ausländervereins vgl. § 14 des deutschen Vereinsgesetzes.

73 HÄFELIN/HALLER (FN 44), N 556; ROHNER (FN 46), N 10; GIORGIO MALINVERNI, Versammlungsfreiheit, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Hrsg. Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René Rhinow/Dietrich Schindler, Basel/Zürich/Bern 1996, N 42.

sogar soweit, für die Einschränkung der Vereinigungs-, Versammlungs- und Meinungsfreiheit von politisch tätigen Ausländern weder eine gesetzliche Grundlage noch ein spezifisches öffentliches Interesse zu verlangen. Die Lehre bemerkt deshalb, dass Ausländer für ihre politische Betätigung de facto keinen Schutz der EMRK geniessen.⁷⁴

5.1 Polizeiliche Generalklausel

5.1.1 Allgemeines

Die Al-Qaïda Verordnung wurde vom Bundesrat in Form einer selbständigen Verordnung zur Wahrung der äusseren Interessen der Schweiz nach Art. 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 BV erlassen. Auf Art. 184 Abs. 3 BV kann sich der Bundesrat stützen, wenn er aussenpolitische Ziele verfolgt, wie den Schutz schweizerischer Interessen im Ausland, die Wahrung ungestörter Beziehungen zu anderen Staaten oder die Sicherung der schweizerischen Neutralitätspolitik.⁷⁵ Wenn neben aussenpolitische auch sicherheitspolitische Ziele treten, so sind zusätzlich die Voraussetzungen für den Erlass einer Polizeinotverordnung nach Art. 185 Abs. 3 BV zu beachten.

Die Terminologie zur Polizeinotverordnung ist uneinheitlich: Wenn der Bundesrat gestützt auf die polizeiliche Generalklausel von Art. 185 Abs. 3 BV Verordnungen erlässt, so wird meist von Polizeinotverordnungen gesprochen, manchmal aber auch von Polizeiverordnungen. Da der Erlass einer Verordnung nach Art. 185 Abs. 3 BV einen Polizeinotstand erfordert, soll hier der Begriff der «Polizeinotverordnung» verwendet werden.

Gestützt auf die polizeiliche Generalklausel kann der Bundesrat sowohl generell-abstrakte Polizeinotverordnungen als auch individuell-konkrete Polizeinotverfügungen erlassen.⁷⁶ Die Al-Qaïda Verordnung ist generell-abstrakten Charakters, da sie sich an eine unbekannte Anzahl von Al-Qaïda Mitgliedern in einer unbestimmten Anzahl Fälle richtet. Im vorliegenden Artikel stehen deshalb Polizeinotverordnungen und nicht Polizeinotverfügungen im Zentrum.

Polizeinotverordnungen kann sowohl der Bundesrat nach Art. 185 Abs. 3 BV als auch die Bundesversammlung nach Art. 173 Abs. 1 Ziff. c BV erlassen. Die Erlasskompetenz des Parlaments ist allerdings subsidiär zu derjenigen des Bundesrates, da der Bundesrat als geeigneter erscheint, um in Ausnahmesituationen rasch Polizeinotverordnungen zu erlassen.⁷⁷ Dementsprechend war es auch der Bundesrat, der die Al-Qaïda Verordnung erliess.

Die polizeiliche Generalklausel dient dem Bundesrat als Rechtsgrundlage für rasche Massnahmen zum Schutz der äusseren und inneren Sicherheit. Sie ist Grundlage zur Bewältigung

ausserordentlicher Gefahren. Gerade bei terroristischen Bedrohungen räumt sie dem Bundesrat den notwendigen Handlungsspielraum ein, um zügig zu reagieren.⁷⁸

Gewöhnliche polizeiliche Massnahmen dürfen sich nur gegen unmittelbare Störer der öffentlichen Sicherheit richten, man spricht auch vom Störerprinzip.⁷⁹ Gestützt auf die polizeiliche Generalklausel können bei einer ausserordentlichen Situation indessen auch Massnahmen gegen unbeteiligte Dritte, also Nicht-Störer, getroffen werden.⁸⁰ Dies ist im Zusammenhang mit einem Verbot terroristischer Organisationen von besonderer Bedeutung: Bei einem Verbot terroristischer Organisationen wird nämlich oft auch unbeteiligten Drittpersonen – wie Banken oder Finanzintermediäre – untersagt, Finanzdienstleistungen an Terrorgruppierungen zu erbringen. Da die polizeiliche Generalklausel ein Abweichen vom Störerprinzip erlaubt, sind solche Massnahmen gegenüber Drittpersonen möglich.

5.1.2 Anwendungsvoraussetzungen der polizeilichen Generalklausel

Die polizeiliche Generalklausel ist ein extremes Instrumentarium, da sie das Erfordernis der besonderen gesetzlichen Grundlage durchbricht. Um einen Missbrauch der polizeilichen Generalklausel zu verhindern, bestehen strikte Voraussetzungen für den Erlass einer Polizeinotverordnung:

Nach Art. 36 Abs. 1 und Art. 185 Abs. 3 BV bedarf es einer drohenden schweren Gefährdung oder einer eingetretenen ernstlichen Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, um gestützt auf die Polizeigeneralklausel Massnahmen zu treffen. Bekanntlich wurde die Schweiz von einzelnen Attentätern der Anschläge vom 11. September 2001 als Transitland missbraucht.⁸¹ Damit ging von schweizerischem Territorium eine schwere Störung der öffentlichen Sicherheit aus, welche den Erlass der Al-Qaïda Verordnung rechtfertigte.

Weiter darf eine Polizeinotverordnung nur im Falle zeitlicher Dringlichkeit erlassen werden, ansonsten ist ein Erlass im gewöhnlichen Gesetzgebungsverfahren zu schaffen.⁸² Da es nach den Anschlägen vom 11. September im Interesse der Schweiz lag, nicht nochmals als Transit- oder Logistikkraum von Al-Qaïda Mitgliedern missbraucht zu werden, war eine Dringlichkeit für den Erlass der Al-Qaïda Verordnung im November 2001 zu behaupten.

Das Bundesgericht entschied bereits in seinem Urteil zur Bundesratsverordnung über ein Verbot der Teilnahme am spanischen Bürgerkrieg von 1936, dass Polizeinotverordnungen zu befristen sind.⁸³ Fällt die Bedrohung vor Auslauf der Frist dahin, so ist die

74 ARTA (FN 49), S. 88.

75 DIETRICH SCHINDLER, Art. 102 Ziff. 8 aBV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Hrsg. Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René Rhinow/Dietrich Schindler, Basel/Zürich/Bern 1996, N 115 ff.

76 ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, N 2450 ff.

77 BGE 64 I 371 und RUCH (FN 38), § 56 N 35.

78 URS SAXER, Art. 185 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, Hrsg. Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer Schweizer/Klaus Vallender, Lachen/Zürich 2002, N 51.

79 HÄFELIN/MÜLLER (FN 76), N 2488.

80 HÄFELIN/MÜLLER (FN 76), N 2520.

81 Überprüfung des Systems der inneren Sicherheit (USIS), Frequently asked questions – Haben die Terrorattaken vom 11. September 2001 in den USA die Konzeption von USIS verändert?, Online in Internet: www.usis.ch/deutsch/faq/faq.html (Stand 31.3.2005).

82 BGE 122 IV 262 und BGE 123 IV 34.

83 BGE 64 I 373.

Polizeinotverordnung aufzuheben. Dauert die Bedrohung hingegen über die Frist hinaus an, so ist ein formelles Gesetz zu erlassen. Entsprechend dem Befristungsfordernis wurde auch die Al-Qaïda Verordnung vom November 2001 auf zwei Jahre beschränkt bis Ende 2003. Im Dezember 2003 wurde diese Verordnung verlängert bis Ende 2005.⁸⁴

Polizeinotverordnungen dürfen nicht erlassen werden zur Bewältigung vorhersehbarer und immer wieder auftretender Gefahren.⁸⁵ Polizeinotverordnungen dienen bloss zur raschen Handhabung ausserordentlicher Situationen. Mit den Anschlägen vom 11. September 2001 ist eine solche unvorhersehbare und ausserordentliche Situation eingetreten, was den Erlass der Al-Qaïda Verordnung rechtfertigte.

Die polizeiliche Generalklausel kann gemäss Art. 36 Abs. 1 BV nur angerufen werden, wenn keine besondere gesetzliche Grundlage für dringende Polizeimassnahmen besteht. Gerade eine solche Grundlage in einem formellen Gesetz fehlt in der Schweiz, weshalb die Al-Qaïda Verordnung auf die polizeiliche Generalklausel von Art. 185 Abs. 3 BV gestützt werden musste.

Die Polizeigeneralklausel kann eine gesetzliche Grundlage nur vorübergehend ersetzen. Dauert eine Bedrohung oder Störung der Sicherheit länger an, so ist eine Polizeinotverordnung der Exekutive demokratisch zu untermauern, indem eine Grundlage in einem formellen Gesetz des Parlaments geschaffen wird.⁸⁶ Insbesondere wenn eine Polizeinotverordnung Gefängnisstrafen androht ist gemäss dem Bundesgericht möglichst rasch eine Grundlage in einem formellen Gesetz zu schaffen, da die persönliche Freiheit stark tangiert wird.⁸⁷ Das Bundesgericht hat ferner entschieden, dass eine zweimalige Verlängerung einer Polizeinotverordnung um je zwei Jahre die Grenze des Zulässigen erreicht; bis dahin ist ein Gesetz im formellen Sinn zu schaffen.⁸⁸ Was die Al-Qaïda Verordnung anbelangt, so sieht sie in Art. 2 Gefängnisstrafe vor bei Unterstützung oder Teilnahme an der Al-Qaïda, weshalb möglichst zügig eine Gesetzesgrundlage für diese Verordnung zu schaffen ist. Überdies wurde die Al-Qaïda Verordnung bereits einmal um zwei Jahre verlängert bis Ende 2005. Sie kann nun höchstens noch ein zweites Mal um zwei Jahre verlängert werden bis Ende 2007. Bis dahin ist diese Verordnung durch ein Gesetz im formellen Sinn abzustützen, ansonsten dürfte sie ersatzlos dahinfallen. Im übrigen wäre es sinnvoll, eine solche gesetzliche Grundlage in allgemeiner Weise zu formulieren, damit nicht nur ein Al-Qaïda Verbot, sondern nötigenfalls auch ein Verbot weiterer staatsgefährlicher Organisationen auf dieses Gesetz gestützt werden kann.

5.2 Ordre public und öffentliche Sicherheit

Werden durch ein Verbot terroristischer Organisationen Freiheitsrechte tangiert, so bedarf es zur Einschränkung dieser

Grundrechte eines öffentlichen Interesses. Die Einschränkung von Freiheitsrechten einer Minderheit muss also durch ein entgegenstehendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt sein.

Zum öffentlichen Interesse zählen die öffentliche Ordnung, Sicherheit, Ruhe, Gesundheit, Sittlichkeit sowie Treu und Glaube im Geschäftsverkehr.⁸⁹ Bei einem Verbot terroristischer Organisationen steht die Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Vordergrund.

Aber auch die öffentliche Ordnung respektive der «ordre public» sowie die äussere und innere Sicherheit sind Oberbegriffe. Die öffentliche Ordnung und Sicherheit umfassen einerseits Polizeigüter der Gesellschaftssphäre und andererseits solche der Staatssphäre.⁹⁰ Im Bereich der Gesellschaftssphäre können terroristische Organisationen Rechtsgüter von Einzelnen wie das Leben, die Freiheit oder das Eigentum gefährden, sodass ein öffentliches Interesse an ihrem Verbot besteht.⁹¹ Im Bereich der Staatssphäre können sich terroristische Gruppierungen gegen die demokratische Ordnung oder den Bestand des Staates richten, sodass sie aus Verfassungs- und Staatsschutzgründen zu verbieten sind.

Zusammenfassend besteht ein öffentliches Interesse für ein Verbot terroristischer Organisationen, nämlich die Wahrung von öffentlicher Ordnung und Sicherheit.

5.3 Proportionalität

Werden durch ein Verbot terroristischer Organisationen Grundrechte tangiert, so muss dieser Eingriff verhältnismässig sein. Die Verhältnismässigkeit umfasst drei Komponenten:

Erstens muss eine polizeiliche Massnahme geeignet sein, das öffentliche Interesse zu erreichen.⁹² Ein Verbot terroristischer Organisationen ist grundsätzlich tauglich, die öffentliche Ordnung und Sicherheit zu schützen. Entscheidend ist allerdings, dass die Behörden über das nötige Personal verfügen, um ein solches Verbot umzusetzen.

Zweitens muss die schonendste polizeiliche Massnahme gewählt werden.⁹³ Die Frage ist somit, ob es mildere polizeiliche Massnahmen gäbe, als das bestehende Al-Qaïda Verbot und die Untersagung weiterer Terrorgruppierungen. Eine schonendere Möglichkeit wäre, wie bis anhin nur Strafverfolgung nach Art. 275^{ter} StGB bei Teilnahme an staatsgefährlichen Organisationen vorzusehen. Die Praxis zeigt jedoch, dass Art. 275^{ter} StGB wenig angewendet wird, weil die Strafbehörden zu wenig Kapazitäten haben, um gegen staatsgefährliche Organisationen zu ermitteln. Könnte der Bundesrat eine konkrete Liste verbotener Terrorgruppierungen erstellen, so würde die Verfolgung durch die Strafbehörden vereinfacht.

84 Verordnung über das Verbot der Gruppierung «Al-Qaïda» und verwandter Organisationen, Verlängerung vom 5. Dezember 2003, AS 2003, S. 4485.

85 HÄFELIN/MÜLLER (FN 76), N 2468.

86 BGE 122 IV 258 m. w. H.

87 BGE 123 IV 38.

88 BGE 122 IV 258 ff. und BGE 123 IV 29 ff.

89 Siehe BGE 91 I 460.

90 BRUNNER (FN 35), S. 249, m. w. H.

91 RUCH (FN 38), § 56 N 4.

92 RAINER SCHWEIZER, Art. 36 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, Hrsg. Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer Schweizer/Klaus Vallender, Lachen/Zürich 2002, N 22.

93 Vgl. BGE 122 IV 262 und BGE 123 IV 34, in welchen von «notwendigen» Massnahmen gesprochen wird.

Als dritte Voraussetzung muss ein öffentliches Interesse gegenüber tangierten privaten Interessen überwiegen (sog. Zumutbarkeit).⁹⁴ Bei einem Verbot von Terrorgruppierungen liegt das öffentliche Interesse in der Wahrung von Sicherheit und Ordnung. Die tangierten Grundrechte von potentiellen Attentätern sind die persönliche Freiheit bei Gefängnisstrafen und die Eigentumsgarantie bei Spendensammelverboten. Das allgemeine Interesse an Sicherheit und Ordnung dürfte gegenüber der persönlichen Freiheit und Eigentumsgarantie potentieller Attentäter zweifellos überwiegen.

Nicht verhältnismässig wäre gemäss der Doktrin einzig eine präventive Einschränkung von politischen Vereinigungen.⁹⁵ Verfassungswidrig wären beispielsweise eine Bewilligungspflicht für die Gründung von Vereinen oder eine Pflicht zur vorgängigen Anmeldung von Vereinen. Gemäss der Lehre kann erst nach der Bildung von Vereinigungen festgestellt werden, ob sie effektiv staatsgefährlich sind.⁹⁶

6. Strafrechtliche Aspekte

Seit dem Jahre 2003 hat Terrorismus in das schweizerische Strafgesetzbuch (StGB)⁹⁷ Eingang gefunden, indem Art. 260^{quinquies} StGB die Finanzierung von Terrorismus unter Strafe stellt. Ansonsten wird Terrorismus im schweizerischen Strafgesetzbuch indessen zurückhaltend behandelt; dies wird besonders klar, wenn man das schweizerische Strafrecht mit der umfassenden Terrorismus-Strafgesetzgebung in Frankreich vergleicht.⁹⁸ Terroristische Tätigkeiten werden in der Schweiz vor allem unter Art. 260^{ter} StGB betreffend «Kriminelle Organisation» subsumiert.⁹⁹ Allerdings unterscheiden sich kriminelle Organisationen, wie die Mafia, klar von terroristischen Organisationen, da letztere gewaltsam politische Veränderungen herbeizuführen suchen. Im Weiteren sind folgende Strafrechtsbestimmungen im Zusammenhang mit Terrorismus relevant: Art. 259, 260^{bis}, 275, 275^{bis} und 275^{ter} StGB.

Hinsichtlich eines Verbots von Terrorgruppierungen steht Art. 275^{ter} StGB betreffend «Rechtswidrige Vereinigungen» im Vordergrund. Danach wird die Beteiligung an staatsgefährlichen und verfassungswidrigen Vereinigungen unter Strafe gestellt. Art. 275^{ter} StGB wurde im Jahre 1950 ins Strafgesetzbuch eingefügt aufgrund der Erfahrungen mit kommunistischen und nationalsozialistischen Gruppierungen während des Zweiten Weltkriegs.¹⁰⁰ Art. 275^{ter} StGB bildet ein wichtiges Instrumentarium zur Bekämpfung terroristischer Organisationen, das durch eine verwaltungsrechtliche Bestimmung für ein Verbot von Terrorgruppierungen sinnvoll ergänzt würde. Wenn beispielsweise der Bundesrat gestützt auf eine verwaltungsrechtliche Gesetznorm eine Liste verbotener Terrororganisationen erstellen könnte, so wäre dies für die Strafbehörden eine hilfreiche Leitplanke bei der Anwendung von Art. 275^{ter} StGB.

94 Vgl. BGE 122 IV 262 und BGE 123 IV 34.

95 MALINVERNI (FN 50), N 39.

96 MALINVERNI (FN 50), N 39.

97 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

98 Vgl. Abschnitt 1.1.1.

99 BGE 130 II 344.

100 Vgl. BGE 98 IV 126.

7. Fazit

Das Bundesamt für Polizei warnt seit längerem, die Schweiz könnte zu einer Drehscheibe des internationalen Terrorismus werden.¹⁰¹ Die grossen Nachbarstaaten der Schweiz – Frankreich und Deutschland – verfügen über umfassende Gesetze, um der Terrorgefahr zu begegnen und Terrorgruppen zu verbieten. Beide Staaten haben seit den Anschlägen vom 11. September 2001 zahlreiche Terrororganisationen untersagt. Der schweizerische Bundesrat hat im November 2001 die Al-Qaida Gruppierung verboten. Dieses Verbot ist zeitlich befristet; schon bald wird zu entscheiden sein, ob die Schweiz dieses Verbot aufrecht erhalten will. Zudem ist zu beschliessen, ob die Schweiz eine allgemeine Gesetzesgrundlage für eine Untersagung terroristischer Gruppierungen schaffen will. Bei diesen beiden Entscheiden sind folgende Erwägungen zu berücksichtigen:

Die Schweiz verfügt über beachtliche historische Erfahrung mit Verboten politischer Gruppierungen. Der Bund und die Kantone haben vor und während des Zweiten Weltkriegs zahlreiche kommunistische und nationalsozialistische Formationen verboten und damit die öffentliche Sicherheit gewahrt. Diese Verbote wurden in der Regel auf die polizeiliche Generalklausel gestützt, das heisst auf das rechtliche Notinstrument der Exekutive zur raschen Bekämpfung schwerer Gefahren.

Bereits zu Zeiten des Zweiten Weltkriegs waren sowohl Bund als auch Kantone für ein Verbot gewaltextremistischer Organisationen zuständig. Auch heute noch sind die Kantone für ein Verbot lokal tätiger Terrorgruppen kompetent. Sind Terrorgruppierungen hingegen überregional aktiv, gefährden sie Bundesorgane oder belasten sie die aussenpolitischen Beziehungen der Schweiz, so liegt die Verbotskompetenz beim Bund. Ist im Einzelfall zweifelhaft, ob eine Kantons- oder Bundeskompetenz zum Verbot einer Terrorgruppierung vorliegt, so ist eine Zuständigkeit des Bundes anzunehmen.

Durch eine Untersagung terroristischer Gruppierungen werden verfassungsmässige Grundrechte betroffen. Auf den ersten Blick steht eine Beeinträchtigung der Vereinigungs-, Versammlungs- und Meinungsfreiheit politischer Gruppierungen im Vordergrund. Das Bundesgericht hat allerdings entschieden, dass sich Terrorgruppierungen nicht auf diese Grundrechte berufen können: Terrororganisationen bekämpfen gewaltsam die verfassungsmässige Ordnung, weshalb es rechtsmissbräuchlich wäre, wenn sie gleichzeitig den Schutz der verfassungsmässigen Vereinigungs- oder Meinungsfreiheit beanspruchen würden. Zudem fallen Terrorgruppen nicht unter das Schutzzobjekt der Versammlungsfreiheit. Unabhängig von dieser Rechtsprechung besteht aber ein Grundrecht, das Mitgliedern von Terrorgruppen zustehen muss: Die persönliche Freiheit. Dieses Menschenrecht ist derart zentral, dass es auch Anhängern von Terrorgruppen zukommen muss. Wird in einem Verbot von Terrororganisationen Gefängnisstrafe angedroht, so ist die Bewegungsfreiheit und da-

101 Überprüfung des Systems der inneren Sicherheit (USIS) (FN 81): «Die Schweiz läuft dadurch Gefahr, zur Drehscheibe (...) des internationalen Extremismus bzw. Terrorismus zu werden.»

mit die persönliche Freiheit tangiert. Terroristen können sich in diesem Fall auf den Schutz der persönlichen Freiheit berufen.

Durch ein Verbot von Terrorgruppierungen wird also zumindest ein Grundrecht tangiert, sodass es einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit bedarf, um dieses Grundrecht rechtmässig einzuschränken. Die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit dürfte ein Verbot von Terrororganisationen leicht erfüllen. Schwierigkeiten bereitet hingegen die gesetzliche Grundlage: In Notsituationen kann die Exekutive vorübergehend Massnahmen gestützt auf die polizeiliche Generalklausel erlassen, bis eine gesetzliche Grundlage durch das Parlament geschaffen wird. So basiert namentlich die Verordnung des Bundesrats über das Verbot der Al-Qaïda auf der polizeilichen Generalklausel. Gemäss neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts darf eine solche Polizeinotverordnung aber höchstens zweimal um je zwei Jahre verlängert werden. Die Al-Qaïda Verordnung wurde bereits einmal verlängert bis Ende 2005. Sie kann daher höchstens noch bis Ende 2007 ausgedehnt werden. Will die Schweiz ab diesem Zeitpunkt nicht ohne Al-Qaïda Verbot verbleiben, so hat das Parlament eine formelle gesetzliche Grundlage für ein Verbot terroristischer Organisationen zu erlassen.

Eine solche verwaltungsrechtliche Gesetzesgrundlage, gestützt auf welche spezifische Terrororganisationen verboten werden könnten, würde den strafrechtlichen Art. 275^{ter} StGB optimal ergänzen. Art. 275^{ter} StGB stellt nämlich bereits heute eine Beteiligung an staatsgefährlichen Vereinigungen unter Strafe.

Diese Gesetzesgrundlage für ein Verbot terroristischer Organisationen könnte beispielsweise im Rahmen der laufenden Revision des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) erlassen werden. Bei der Schaffung einer solchen Gesetzesnorm wären wichtige Fragen zu entscheiden: Unter welchen Voraussetzungen sollen terroristische Gruppierungen verboten werden können: Nur wenn sie die Kern-

gedanken der Verfassung bedrohen oder wenn sie die verfassungsmässige Ordnung im weiten Sinne gefährden? Ist es zweckmässig eine Gesetzesbestimmung zu schaffen, die bloss ein Verbot ausländischer Gruppierungen mit Niederlassung in der Schweiz zulässt? Soll dieses Gesetz auch ein Verbot inländischer gewaltextremistischer Vereinigungen ermöglichen oder ist das Risiko zu hoch, dass eine solche Gesetzesnorm innenpolitisch missbraucht würde? Beispielsweise könnte ein Verbot der Anti-Globalisierungsbewegung oder der separatistischen «Groupe Bélier» einen solchen Missbrauch darstellen. Sollen ferner politische Parteien verboten werden können oder ist ihre Mitwirkung an der demokratischen Willensbildung so zentral, dass sie unter keinen Umständen untersagt werden dürfen? Soll der Bundesrat die zuständige Behörde für ein Verbot konkreter Terrorgruppierungen sein und welche Beschwerdemöglichkeiten sollen gegen ein solches Verbot bestehen? In welchem Verfahren sollen Verbote terroristischer Organisationen aufgehoben werden können, wenn die Bedrohung durch eine Gruppierung wegfällt? Auf solche Fragen kann letztlich nur durch Beratung und Entscheid im Parlament eine Antwort gefunden werden.

Nachtrag

In Zusammenhang mit dem vorliegenden Artikel reichte der Präsident der Sicherheitspolitischen Kommission des Nationalrats im Juni 2005 eine Interpellation über ein Verbot terroristischer Organisationen ein. Ende August 2005 antwortete der Bundesrat auf diesen parlamentarischen Vorstoss, indem er ihn begrüßte. Der Bundesrat prüft nun, im Rahmen der laufenden Revision des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine allgemeine Rechtsgrundlage für ein Verbot terroristischer Organisationen zu schaffen. Das Al-Qaïda Verbot könnte so dauerhaft ins ordentliche Recht überführt werden. ■

Michael Guery*

Qu'advientra-t-il de l'interdiction suisse d'Al-Qaïda?

Bases légales pour l'interdiction d'organisations terroristes

Mots clés : Al-Qaïda, sécurité intérieure, interdiction de partis politiques, ordonnance policière de nécessité, danger pour la sécurité de l'Etat, terrorisme, liberté d'association et liberté de réunion

L'Office fédéral de la police avertit depuis quelque temps que la Suisse pourrait devenir une plaque tournante du terrorisme international.¹ Les grands Etats voisins de la Suisse – France et Al-

lemagne – disposent de lois étendues pour faire face au risque de terreur et interdire des groupes terroristes. Depuis les attentats du 11 septembre 2001, ces deux Etats ont interdit de nom-

* Michael Guery, docteur en droit, est collaborateur du Centre de recherche sur la politique de sécurité de l'Ecole polytechnique fédérale de Zürich (EPFZ). L'exposé reprend les conclusions de l'article «Wie weiter mit dem schweizerischen Al-Qaïda Verbot? Rechtsgrundlagen für ein Verbot terroristischer Organisationen».

1 Réexamen du système de sécurité intérieure de la Suisse (USIS), *Frequently asked questions – Les attaques terroristes du 11 septembre ont-elles changé la conception d'USIS?*, Online sur internet, URL: www.usis.ch/franz/faq/faq_franz.html (état du 31 mars 2005): «En conséquence, la Suisse risque de devenir la plaque tournante (. . .) de l'extrémisme ou du terrorisme internationaux.»

breuses organisations terroristes. En Suisse, le Conseil fédéral a interdit le groupe Al-Qaïda en novembre 2001. Cette interdiction est limitée dans le temps; sous peu, il faudra déjà décider si la Suisse veut maintenir cette interdiction. Il faut en outre décider si la Suisse entend créer une loi générale pour l'interdiction d'organisations terroristes. Pour ces deux décisions, il faut tenir compte des considérations qui suivent:

La Suisse possède une expérience historique considérable en matière d'interdiction de groupes politiques. Avant et pendant la Seconde Guerre mondiale, la Confédération et les cantons ont interdit de nombreuses formations communistes et nationales-socialistes et ainsi protégé la sécurité publique. En général, ces interdictions ont été prononcées sur la base de la clause générale de police, c'est-à-dire sur la base de l'instrument juridique d'urgence de l'exécutif pour combattre rapidement des dangers graves.

Déjà du temps de la Seconde Guerre mondiale, aussi bien la Confédération que les cantons étaient compétents pour interdire des organisations extrémistes faisant appel à la violence. Aujourd'hui également, les cantons sont encore compétents pour interdire des groupes terroristes actifs localement. Si des groupes terroristes sont par contre actifs suprarégionalement, s'ils mettent en danger des organes de la Confédération, ou s'ils nuisent à la politique extérieure de la Suisse, la compétence de prononcer l'interdiction appartient à la Confédération. En cas de doute entre compétence cantonale ou fédérale de prononcer l'interdiction d'un groupe terroriste, une compétence de la Confédération peut être présumée.

Des droits fondamentaux de la Constitution sont concernés par une interdiction de groupes terroristes. A première vue, des restrictions des libertés d'association, de réunion et d'opinion de groupements politiques sont à l'avant-plan. Le Tribunal fédéral a toutefois décidé que des groupes terroristes ne peuvent pas revendiquer ces droits fondamentaux: les organisations terroristes combattent par la violence l'ordre constitutionnel, c'est pourquoi il serait abusif qu'elles puissent dans le même temps faire valoir la protection de la liberté constitutionnelle d'association ou d'opinion. En outre, les groupes terroristes ne tombent pas dans le domaine protégé par la liberté d'association. Mais, indépendamment de cette jurisprudence, un droit fondamental doit être reconnu aux membres de groupes terroristes: la liberté personnelle. Ce droit de l'homme est à ce point central qu'il doit revenir aussi à des membres de groupes terroristes. Si une interdiction d'organisations terroristes est assortie de la menace d'une peine privative de liberté, la liberté de mouvement et, ainsi, la liberté personnelle sont touchées. Dans un tel cas, des terroristes peuvent invoquer la protection de la liberté personnelle.

Un droit fondamental au moins est donc touché par une interdiction de groupes terroristes, de sorte qu'il faut une base légale, un intérêt public et le respect du principe de la proportionnalité pour restreindre légitimement ce droit fondamental. Une interdiction d'organisations terroristes devrait aisément satisfaire aux conditions de l'intérêt public et de la proportionnalité. La question de la base légale soulève par contre des difficultés: en situation de nécessité, l'exécutif peut prendre des mesures temporaires sur la base de la clause générale de police, jusqu'à ce qu'une

loi soit créée par le Parlement. C'est ainsi que l'ordonnance du Conseil fédéral relative à l'interdiction du groupe Al-Qaïda repose sur la clause générale de police. Selon la récente jurisprudence du Tribunal fédéral, une telle ordonnance policière de nécessité peut être prolongée au maximum deux fois de deux ans. L'ordonnance Al-Qaïda a déjà été prolongée une fois, jusqu'à fin 2005. Par conséquent, la prolongation maximale va jusqu'à fin 2007. Si la Suisse ne veut pas rester sans interdiction d'Al-Qaïda à partir de cette date, le Parlement doit édicter une base légale formelle portant sur l'interdiction d'organisations terroristes.

Une telle base légale de droit administratif, en vertu de laquelle des organisations terroristes déterminées pourraient être interdites, compléterait de façon optimale la disposition de droit pénal de l'art. 275^{ter} CP. En effet, l'art. 275^{ter} CP prévoit déjà aujourd'hui de punir une participation à des groupements dangereux pour l'Etat.

Cette base légale pour une interdiction d'organisations terroristes pourrait être édictée par exemple dans le cadre de la révision en cours de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI). Des questions importantes devraient trouver réponse lors de la création d'une telle norme légale: à quelles conditions des groupements terroristes doivent-ils pouvoir être interdits: uniquement lorsqu'ils menacent le noyau de la constitution ou lorsqu'ils mettent en péril l'ordre constitutionnel au sens large? Est-il opportun de créer une disposition légale qui n'admet une interdiction que pour des groupements étrangers représentés en Suisse? Cette loi doit-elle aussi rendre possible une interdiction d'associations extrémistes suisses faisant appel à la violence ou le risque est-il trop élevé qu'une telle norme soit utilisée abusivement au niveau politique interne? Par exemple, une interdiction du mouvement anti-globalisation ou du «Groupe Bélier» séparatiste pourrait constituer un tel abus. En outre, des partis politiques doivent-ils pouvoir être interdits ou leur participation au débat démocratique est-elle si centrale qu'ils ne doivent en aucun cas pouvoir être interdits? Est-ce le Conseil fédéral qui doit être l'autorité compétente pour prononcer l'interdiction ponctuelle de mouvements terroristes et quelles seraient les possibilités de recours contre une telle interdiction? Dans le cadre de quelle procédure des interdictions d'organisations terroristes doivent-elles pouvoir être levées, si la menace constituée par un mouvement disparaît? Une réponse à de telles questions ne peut finalement être apportée que par les débats du Parlement et la décision de celui-ci.

Addendum: En juin 2005 et en relation avec cet article, le Président de la Commission de la politique de sécurité du Conseil national a lancé une interpellation portant sur une interdiction d'organisations terroristes. Fin août 2005, le Conseil fédéral a apporté une réponse à cette interpellation parlementaire en l'acceptant. Dans le cadre de la révision en cours de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI), le Conseil fédéral réfléchit à la création d'une base légale générale permettant l'interdiction d'organisations terroristes. L'interdiction d'Al-Qaïda pourrait ainsi trouver son prolongement dans le droit ordinaire. ■

Regula Kägi-Diener*

Frau und Anwaltsberuf

Stichworte: Anwältinnen, Frauen im Anwaltsberuf, Gender, Emilie Kempin-Spyri, Law Firms, horizontale und vertikale Segregation der Geschlechter, fehlende Work-Life-Balance im Anwaltsberuf

Résumé

Il y a 120 ans, Emilie Kempin-Spyri a engagé le combat des femmes pour les amener à être admises au barreau. C'est en 1900 qu'une femme a obtenu pour la première fois le brevet d'avocat en Suisse. Mais, pendant longtemps, les avocates ont été une exception fortement marquée. Actuellement, les deux sexes sont représentés de manière équilibrée dans les études de droit et les femmes, comme les hommes, souhaitent exercer la profession d'avocat. Malgré cela, les femmes ne constituent qu'une petite fraction dans cette profession (selon des chiffres de la FSA: 20%). Au sein du barreau, l'on observe des lignes de ségrégation prononcées entre les sexes: les femmes sont en général moins spécialisées, à moins qu'il ne s'agisse des domaines juridiques dits «sociaux». En outre, on les rencontre moins fréquemment dans des positions porteuses de prestige (et lucratives) et elles tendent à être marginalisées. Les inclusions et les exclusions dépendent toujours d'une culture masculine dans le barreau, surtout dans les grandes études d'avocats. Celles-ci ne prennent pas en considération les conditions de vie et les besoins des femmes. Le monde juridique n'a pas réussi à créer des conditions de travail qui ouvrent tous les domaines aux femmes comme aux hommes et soutiennent un projet de vie partenarial englobant tous les aspects de l'existence (Work Life Balance).

1. Rechtsberatung und Prozessbeistand: Keine Frauensache?

Aus frühen Zeiten kennt man einzelne Frauen, die *Beraterinnen* (auch von Männern) waren, etwa die «Wiborada» in St. Gallen.¹ Im persönlichen Umfeld dürften Frauen – wie heute noch – stets aufgesucht worden sein, wenn man Ratschläge und Unterstützung brauchte. Offiziell konnten sie allerdings lange nicht als Rechtsvertreterinnen auftreten. Dies hing ursprünglich zusammen mit den politischen Rechten. Später blieb die zögerliche

* Regula Kägi-Diener, Titularprofessorin für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen und Rechtsanwältin, Präsidentin von Juristinnen Schweiz – Femmes Juristes Suisse – Women Lawyers Switzerland.

1 «Wiborada» = «Weiberrätin» (Ratgeberin), war Inklusin, die wahrscheinlich im Jahre 928 beim Huneneinfall in St. Gallen getötet und 1047 als erste Frau heilig gesprochen wurde. Offenbar gab es in jener Zeit auch andernorts solche Inklusinnen, bei denen alle, auch die Obrigkeit, Rat holten.

Entwicklung der Frauen im Anwaltsberuf mit den gesellschaftlichen Vorstellungen über die Rolle und Aufgaben der Frauen verknüpft.

Die Zulassung zum Anwaltsberuf war eine der eindrucklichsten Auseinandersetzungen um die Gleichberechtigung. Obgleich die Universitäten ihre Tore bereits relativ früh für Frauen öffneten (Zürich 1867), war der Einstieg in die Berufstätigkeit schwierig: Als Emilie Kempin-Spyri, erste Schweizerin, die Recht studierte², im Jahre 1886 für ihren abwesenden Ehemann vor dem Bezirksgericht Zürich erschien, wurde sie nicht zugelassen, weil sie, obwohl Schweizerin, das Aktivbürgerrecht nicht besitze.³ Sie wandte sich ans Bundesgericht und veranlasste einen berühmten Entscheid: 1887 beschied das höchste Gericht mit BGE 13, S. 1 ff., die Kantone dürften für die Prozessvertretung die politischen Rechte verlangen. Art. 4 (a)BV postuliere keineswegs die volle rechtliche Gleichstellung der Geschlechter. Nicht Fähigkeit und Vertrautheit mit den hiesigen Rechtsverhältnissen entschied über die Berufsausübung, sondern ein formalistisches Element, das Frauen nicht erlangen konnten. Man würde heute von indirekter Diskriminierung sprechen. Siebzehn Jahre später, 1914, kam das Bundesgericht auf diese Auffassung zurück und beschied, Frauen dürften als Rechtsagentinnen zur Parteivertretung vor unteren Instanzen nicht ausgeschlossen werden (BGE 40 I 1 ff.). Inzwischen hatten mehrere Kantone ihre Rechtsgrundlagen geändert und liessen Frauen zum Anwaltsberuf zu, so 1898/9 Zürich,⁴ 1901 St. Gallen, 1904 Genf, 1910 Basel Stadt und 1914 Neuchâtel. Die weiteren Kantone folgten.⁵ 1923 schloss nur noch der Kanton Fribourg Frauen vom Anwaltsberuf aus, worauf das Bundesgericht im Fall Röder (BGE 49 I 14) dies als unzulässig erklärte und die Advokatur in der ganzen Schweiz für Frauen öffnete. Es erwog, die Fähigkeit zur Ausübung des Anwaltsberufs hänge von der Persönlichkeit und den intellektuellen und moralischen Qualitäten, jedoch nicht vom Geschlecht ab.

2 Vor ihr hatte schon eine Russin (Elisaveta Boguslavskaja) zwei Semester lang Recht in Zürich studiert. In Bern schloss ebenfalls eine Russin ihre Rechtsstudien 1878 mit summa cum laude ab, siehe dazu MARIANNE DELFOSSE, Emilie Kempin-Spyri (1853–1901). Das Wirken der ersten Schweizer Juristin, Zürich 1994, S. 29. Sodann allgemein zum Leben von E. Kempin-Spyri: EVELINE HASLER, Die Wachsflügel-Frau. Geschichte der Emily Kempin-Spyri, Frauenfeld 1991.

3 DELFOSSE (FN 2), S. 29 f.; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Justitias Waage – Wagemutige Justitia?, Basel/Genf/München 2003, S. 10.

4 DELFOSSE (FN 2), S. 62 f.

5 Dazu: DELFOSSE (FN 2), S. 47; BIGLER-EGGENBERGER (FN 3), S. 12 f.

2. Die ersten Juristinnen

Emilie Kempin-Spyri liess sich nicht beirren und setzte sich unablässig für die Arbeit als Anwältin und rechtliche Beraterin ein,⁶ 1891 mit einer Petition.⁷ Zunächst arbeitete sie als Substitutin in einem Anwaltsbüro⁸ und eröffnete anschliessend in New York, dann in Zürich und sodann Berlin ein Rechtsbüro, in Zürich zusammen mit ihrem Mann. Er konnte als Anwalt auftreten, obwohl er nicht Recht studiert hatte, und fungierte so als Ausführungsarm der studierten Juristin. Diese durfte sich «Rechtsconsulentin» nennen.⁹ Ausserdem war Emilie Kempin-Spyri massgeblich beteiligt an der Gründung und Betreuung unentgeltlicher Rechtsberatungsstellen¹⁰.

1900 erhielt Anna Mackenroth als erste Frau in der Schweiz das Anwaltspatent.¹¹ Sie übte den Beruf während 36 Jahren aus. Es folgten in Genf Nelly Favre im Jahre 1904 und 1907 als zweite Anwältin in Zürich Gilonne Brüstlein, 1909 Natalie Wolf, 1914 Berta Vogel und 1917 Emma Henggeler-Mölich.¹²

Während Frauen als Richterinnen fast überall bis zur politischen Stimmberechtigung warten mussten (gesamtschweizerisch: 1971), sind sie seit über 100 Jahren anwaltlich tätig, seit rund 80 Jahren in der ganzen Schweiz. Lange Zeit bildeten sie aber durchwegs Ausnahmen im juristischen Berufsfeld. Die Krise und ideologische Einflüsse waren in der Zwischenkriegszeit einer Berufstätigkeit von Frauen insgesamt ungünstig, propagierte doch der Nationalsozialismus die Mutter- und Hausfrauenrolle für Frauen,¹³ was sich auch auf die Schweiz auswirkte. Mit dem wirtschaftlichen Aufschwung in der Nachkriegszeit konnten sich viele Familien das Einverdienermodell «leisten», weshalb die schweizerische Gesellschaft stärker als die umliegenden, kriegsversehrten Länder in der traditionellen Rollenverteilung verharrte. Das wirkt sich bis heute aus. Die Berufswelt in der Schweiz kennt relativ klare vertikale und horizontale Segre-

gationen¹⁴, eine sehr ausgeprägte geschlechterungleiche Verteilung von Vollzeit- und Teilzeitarbeit und von geschützten und ungeschützten Arbeitsverhältnissen sowie eine erhebliche Einkommensdisparität zwischen Männern und Frauen.¹⁵ Die Anwaltschaft blieb aufgrund einer solchen Geschlechterlinie – zumindest quantitativ – männlich geprägt.

3. Die heutigen Frauen und der Anwaltsberuf

a) Frauen im Rechtsstudium

Während anfangs der 1970er-Jahre unter den Rechtsstudierenden nur 10%–15% Frauen waren,¹⁶ begannen im Jahre 2003/4 mehr Frauen als Männer ein Rechtsstudium.¹⁷ Insgesamt sind gut die Hälfte der Jus-Studierenden in der Schweiz Frauen (50,8%).¹⁸ Das liegt etwas über dem Gesamtdurchschnitt, treffen wir doch im universitären Studium heute 48,1% Frauen an, was ziemlich genau dem Anteil der Frauen an allen Schülern und Studierenden entspricht (48%).¹⁹ Einen Abschluss (Lizenziat) erreichten im Jahre 2003 48,5% Frauen.²⁰ Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich im Rechtsstudium innert rund 35 Jahren der Anteil der Frauen vervierfacht hat und die Geschlechter heute ausgewogen vertreten sind.²¹

b) Berufliche Vorstellungen der Rechtsstudierenden

Frauen sind mithin in der juristischen Ausbildung heute in hohem Masse präsent.²² Trotzdem verzeichnet der Schweizerische An-

6 Sie belies es allerdings nicht dabei: Sie gründete eine Rechtsschule für Frauen sowohl in New York wie auch in Berlin und unterrichtete als erste habilitierte Frau an der Universität Zürich, siehe dazu DELFOSSE (FN 2), S. 68 ff. Die ausserordentliche Frau ist an den schwierigen Verhältnissen letztlich innerlich zerbrochen und endete im Irrenhaus.

7 DELFOSSE (FN 2), S. 48 ff.; zu den weiteren politischen Vorstössen im Kanton Zürich: DIES., S. 55 ff.

8 DELFOSSE (FN 2), S. 67.

9 DELFOSSE (FN 2), S. 129.

10 In New York die «Arbitration Society», in Zürich den «Rechtsschutzverein» und in Dresden den deutschen «Rechtsschutzverein», siehe dazu DELFOSSE (FN 2), S. 108 ff., GISELA SHAW, Rechtsschutz von Frauen für Frauen – ein kühnes Projekt der ersten deutschen Frauenbewegung, in: Frauen und Recht, Reader, hrg. vom Ministerium für Gesundheit, Soziales, Frauen und Familie des Landes Nordrhein-Westfalen, 2003, S. 77.

11 In den USA war die erste Frau als Anwältin im Jahre 1870 zugelassen worden (Arabella A. Mansfield, Iowa), siehe DELFOSSE (FN 2), S. 34; in Deutschland erst in den Zwanziger Jahren des 19. Jahrhunderts, vgl. ULRIKE SCHULTZ, Der aufhaltsame Aufstieg der Juristinnen, in: ULRIKE SCHULTZ und GISELA SHAW (Hrsg.), Women in the World's Legal Professions, Oxford/Portland Oregon 2003, S. 61.

12 Siehe dazu DELFOSSE (FN 2), S. 64–66.

13 Das galt auch für Anwältinnen, wie ULRIKE SCHULTZ mit Zahlen detailliert nachgewiesen hat, SCHULTZ, Aufstieg (FN 11), S. 61 f.; ULRIKE SCHULTZ, The Status of Women Lawyers in Germany, in: SCHULTZ/SHAW (FN 11), S. 273.

14 Als «vertikale Segregation» bezeichnet man den Umstand, dass in den verschiedenen Einfluss- und Einkommensstufen Männer und Frauen ungleich verteilt sind: Frauen sind sowohl im mittleren wie vor allem im oberen Kader sehr viel geringer vertreten, während sie den Hauptharst des untersten Einkommenssegmentes ausmachen; als «horizontale Segregation» bezeichnet man die Tatsache, dass die Berufswelt gewisse Berufe kennt, die sehr viel stärker von Frauen besetzt sind (z. B. Krankenpflege, Schule, es sind meist Berufe, welche mit der Familienarbeit gewisse Verwandtschaft aufweisen), während in anderen Berufen vor allem Männer vorzufinden sind (z. B. in technischen Berufen, Baugewerbe).

15 Siehe dazu für viele: Bundesamt für Statistik, Auf dem Weg zur Gleichstellung? Frauen und Männer in der Schweiz. Dritter statistischer Bericht, Neuchâtel 2003 (nachfolgend: BA Stat, Gleichstellung), S. 37 ff.; Erster und zweiter Bericht der Schweiz über die Umsetzung des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), Bern 2001 (Vertrieb: Eidg. Gleichstellungsbüro), S. 81 ff.

16 Keine Zahlen vorhanden, Erfahrungsangabe der Autorin.

17 Statistisches Jahrbuch der Schweiz (im folgenden: Stat JB) 2005, S. 629, Fig. 15.8; die Fachgebiete kennen z. T. recht ausgeprägte Frauen- bzw. Männeranteile.

18 Stat. JB 2005 (FN 17), S. 660, T15.2.1.4.5; für 2003/4.

19 Stat. JB 2005 (FN 17), S. 651, T15.2.1.1.1.

20 Stat. JB 2005 (FN 17), S. 665, T15.2.2.5.1. Am Promotionstermin der Berner Rechtsfakultät vom 28. April 2003 überstieg der Anteil der Lizenziatinnen mit 51% erstmals denjenigen der männlichen Absolventen, siehe AXEL TSCHENTSCHER, Geschlechtsspezifische Einstellung zur Recht und Gerechtigkeit, in AJP/PJA 2003, S. 1140, FN 9.

21 Das entspricht ungefähr den Verhältnissen in Deutschland: SCHULTZ, Aufstieg (FN 11), S. 63, wonach in den frühen 60er-Jahren ca. 10–15% Frauen das Jusstudium ergriffen, während es 1997 44% waren.

22 Einen höheren Anteil an Frauen kennt Frankreich, wo fast 2/3 Frauen den ersten Abschluss machen und auch Grossbritannien, wo es gegen 60% sind, siehe dazu: ULRIKE SCHULTZ, Introduction: Women in the World's Legal Professions: Overview and Syntheses, in: SCHULTZ/SHAW (FN 11), S. xl.

waltschaftsverband nur ein Fünftel weibliche Mitglieder.²³ Wo liegen die Ursachen?

Eine Untersuchung unter 220 erstsemestrigen Jus-Studierenden der Universität Bern im Wintersemester 2002/2003 stellte fest, dass die Vorstellungen, die mit dem Berufswunsch verbunden werden, nach Geschlecht doch recht unterschiedlich sind: So zeigten Frauen signifikant stärker den Wunsch, auf Probleme von Menschen eingehen zu können, wogegen Prestige und Einfluss für sie deutlich weniger im Vordergrund standen als für Männer. Auch das Interesse an wirtschaftlichen Fragen war bei diesen Studienanfängerinnen geringer als bei ihren männlichen Kommilitonen. Dieses fehlende Interesse an einer wirtschaftlichen Ausrichtung (der Rechtswissenschaft) korreliert mit den geringeren Frauenzahlen im Wirtschaftsstudium: 2003 waren an den schweizerischen Universitäten und Fachhochschulen im Fachgebiet Wirtschaft weniger als ein Drittel Frauen eingeschrieben.²⁴ Hingegen liessen sich *keine* geschlechtsspezifischen Unterschiede für das *Interesse am Anwaltsberuf*, verglichen mit anderen Berufen, in denen das Jusstudium Voraussetzung ist, nachweisen.²⁵ Frauen möchten genau so gerne wie Männer den Anwaltsberuf ergreifen.²⁶

4. Die Anwältinnen in Zahlen

Der Schweizerische Anwaltsverband SAV weist heute die Anzahl von Frauen und Männern in seiner Organisation aus. Das Verhältnis von Frauen zu Männern beträgt 1:5.²⁷ Im Übrigen kennt die schweizerische Rechtslandschaft wenig Daten über die Geschlechter. Vor allem gibt es kaum geschlechterspezifische Untersuchungen über die *Berufsbedingungen*. Für Genderfragen muss deshalb auf ausländische Untersuchungen sowie auf Erfahrungen in anderen Bereichen zurückgegriffen werden.

a) Verzerrte Statistik?

Eine erste Erklärung für die geringe Anzahl Frauen im SAV könnte sein, dass seine Statistik die Rechtswirklichkeit nicht realistisch widerspiegelt. Ist der Anwaltsverband überaltert, weil sich die jungen Anwälte und Anwältinnen heute weniger berufsständ-

disch organisieren? Damit wäre der in früheren Jahren höhere Männeranteil überproportional in den aktuellen Zahlen vertreten. Diese Erklärung befriedigt allerdings nicht. Der Mitgliederbestand des SAV hat in den letzten 10 Jahren immerhin um rund 2/5 zugenommen.²⁸ Bei den Neueintritten dürfte es sich vorwiegend um jüngere Anwältinnen und Anwälte handeln. Da über diese 40% Zunahme hinaus die ausscheidenden älteren (überwiegend männlichen) Anwälte durch Junge ersetzt werden, hat eine relativ starke Erneuerung stattgefunden, was auf eine einigermaßen repräsentative Durchmischung verweist. Zwar darf man die Mitgliederzahlen des SAV nicht direkt mit den Studierendenzahlen vergleichen, ein «Nachholproblem» ist anzuerkennen. Immerhin ist aber bemerkenswert, dass bereits 1998 ganze 46,9% der Rechts-Lizenzierte von Frauen erworben wurden.²⁹ Diese Abgängerinnen haben sich wie ihre männlichen Kollegen inzwischen beruflich festgelegt und ihre Berufstätigkeit muss in den Zahlen des SAV zum Ausdruck kommen. Die auf dem Zeitfaktor beruhende Verzerrung wegen der stark männlich geprägten «alten» Anwaltsgeneration ist deshalb zu relativieren. Sie vermag die erhebliche Untervertretung der Frauen im Anwaltsverband allein nicht zu erklären.

b) Geringere Organisationsfreude der Frauen?

Ein weiterer Grund könnte in der geringeren Organisationsfreude von Frauen gesehen werden. Es ist bekannt, dass Frauen als soziale Gruppe weniger Tradition in der Vernetzung haben.³⁰ Für Juristinnen ist dieses Argument jedoch mit Vorsicht zu geniessen. Frauen, die Recht studieren, demonstrieren damit bereits einen Willen, in Gebiete vorzudringen, die seit jeher und heute noch männlich besetzt sind.³¹ Es sind demnach Frauen, die sich bewusst einer männlichen Welt stellen.³² Die kantonalen Anwaltsverbände, aus deren Mitglieder sich der SAV zusammensetzt, sind zudem Berufsverbände und nicht einfach Vereine von Gleichgesinnten. Sie sind wichtige Interessenvertretungen und Informationsquellen für vielerlei Berufsfragen. Wer im Anwaltsberuf tätig ist, hat deshalb, ob Frau oder Mann, eine hohe Motivation, einzutreten. In der Tat hat man festgestellt, dass sich Frauen in Interessengruppierungen nicht generell weniger engagieren als Männer.³³ Ob Frauen und Männer als Mitglieder die

23 Siehe http://www.swisslawyers.com/ge/04_sav/04_Mitgliederstatistik/Statistik_w_m.pdf (per 1. 1. 2005, abgerufen: 7. 10. 2005). Der Anteil ist seit letztem Jahr von knapp unter 20% auf knapp über 20% (20,09%) ganz leicht angestiegen. – In Deutschland ist die Zahl ähnlich, wobei dort nicht die Zahlen der Berufsorganisation greifbar sind, sondern offenbar die effektiven Zahlen zugelassener bzw. praktizierender Anwälte und Anwältinnen: Im Jahre 2000 waren 24,6% der Anwaltschaft weiblich (zehn Jahre zuvor nur rund 15%), siehe SCHULTZ, Aufstieg (FN 11), S. 64.

24 Nur 29,7% an den Universitäten und 30,7% an den Fachhochschulen.

25 Ein gleiches Ergebnis ergab sich bei einer (gleich konzipierten) deutschen Befragung, siehe zu beiden Untersuchungen TSCHENTSCHNER (FN 20), S. 1148.

26 Nicht erhoben wurde, ob sich im Verlaufe des Studiums diese Einstellung geschlechterspezifisch ändert. Obwohl der Einfluss des Studiums nicht unterschätzt werden soll, glaubt die Autorin persönlich nicht, dass sich Frauen aufgrund des Studiums mehr als ihre männlichen Kollegen von einer ursprünglich gehegten Berufsvorstellung als Anwältin abbringen lassen. Es sind vielmehr die häufig ungünstigen Verhältnisse im Anwaltsberuf, die sie in andere Berufsfelder treiben. Darauf wird zurückgekommen.

27 Oben FN 23.

28 Vom 1. 1. 1995 bis 1. 1. 2005 um 41,07%, siehe www.swisslawyers.com/ge/04_sav/04_Mitgliederstatistik/Mitgliederstatistik.pdf (abgerufen: 07. 10. 2005).

29 Siehe Stat. JB 2000, Zürich 1999, S. 407, T 15.14. Das war überdurchschnittlich hoch verglichen mit anderen Disziplinen (der Durchschnitt betrug damals 41,4%). Es ist uns nicht bekannt, wie viele Frauen und wie viele Männer das *Anwaltspatent* erwarben. Mit dem Lizenziat haben sie aber eine wichtige Voraussetzung hierzu.

30 Siehe dazu etwa BA Stat, Gleichstellung (FN 15), S. 7. Dies gilt allerdings nicht für alle Gebiete gleichermaßen.

31 Auch Rechtsprechung und Gesetzgebung sind relativ ausgeprägte Männerdomänen: Sowohl in der Politik (Legislative) wie in den Gerichten, vor allem in den oberen Gerichten ist der Anteil der Frauen immer noch sehr klein: Nationalrat und kantonale Parlamente: rund drei Viertel Männer, Ständerat leicht mehr als drei Viertel Männer, Bundesgericht: vier Fünftel Männer.

32 Das traf ausgeprägt für die ersten Juristinnen zu.

33 BA Stat, Gleichstellung (FN 15), S. 7.

Vernetzungsaktivitäten gleich nutzen, ist eine andere Frage, dürfte aber nicht den Ausschlag geben für den Beitrittsentscheid. Auch dieses Argument trägt deshalb nicht wirklich.

5. Geschlechterspezifische Ein- und Ausgrenzungen im Anwaltsberuf

a) Keine ausreichende Irritation der anwaltlichen Kultur durch die Frauen im Beruf

Aufgrund der vorstehenden Überlegungen liegt die Vermutung nahe, dass im Anwaltswesen wirksame Mechanismen bestehen, die Frauen ausschliessen. Die internationale Genderforschung ist in mehreren Untersuchungen zum Ergebnis gekommen, dass trotz der allgemein zu verzeichnenden Zunahme von Frauen in den juristischen Berufen³⁴ die männlichen Strukturen in der Anwaltschaft nach wie vor intakt sind. In Organisationen gilt die Regel, dass es mindestens einen Drittel Frauen braucht, um traditionelle, meist unbewusste geschlechtsspezifische Spielregeln und Einstellungen, die Frauen ausschliessen, zu ändern. In der Anwaltschaft reicht der vorhandene Anteil nicht aus, um die erforderlichen Änderungsprozesse auszulösen. Dies ist nachvollziehbar, wenn man sich überlegt, dass hier die Strukturen und die kulturellen Verhaltensweisen nicht von einer einheitlichen, reflektierten und bewusst inszenierten Betriebskultur gesteuert werden, sondern sehr viel subtiler wirken. Hinzu kommt, dass die Anwältinnen keine Leaderfunktionen in der Anwaltschaft haben, die obersten Ränge in der «Anwaltshierarchie» sind von Männern besetzt. Sie bleiben meist in weniger prestigeträchtigen und weniger gut bezahlten Positionen: Frauen sind tendenziell unterrepräsentiert, schlechter bezahlt, weniger geschätzt und marginalisiert³⁵ und «stören» die tradierten Vorstellungen deshalb wenig.

b) Horizontale Geschlechtersegregation³⁶

Die Anwaltschaft war lange Zeit relativ homogen, in Deutschland bis in die 1990er-Jahre,³⁷ in der Schweiz vermuten wir eine vergleichbare Sachlage. Seither sind mannigfache Wandel eingetreten: Nicht nur ist die Zahl der im Anwaltsberuf Tätigen stark angestiegen, der Beruf hat sich verändert. Vom forensischen «Fürsprecher» hat er sich zu einem beratenden und gestaltenden Beruf für viele Geschäfts- und Lebensfragen entwickelt. An dieser

Entwicklung sind mehrere Ursachen beteiligt. Sie korreliert mit der Entwicklung zur allgemeinen Dienstleistungsgesellschaft³⁸, hängt mit der Internationalisierung vieler Sach- und damit Rechtsgebiete zusammen und einer «Amerikanisierung» in der Geschäftswelt. Letztere drückt sich darin aus, dass «Law Firms» aufgekommen sind, grosse Anwaltsbüros, die eine potente Geschäftswelt ansprechen, in sich wie andere Unternehmen strukturiert sind und mit dem klassischen Bild des «freien Berufs», der von einer von Lebenskenntnis geprägten Einzelpersonlichkeit ausgefüllt wurde, nicht mehr viel gemeinsam haben.³⁹

Diese moderne Anwaltschaft weist Strukturen auf, die für Frauen und Männer wesentlich sind: Einerseits kann festgestellt werden, dass sich Frauen weniger spezialisieren als Männer. Sie orientieren sich häufig – ob gezwungen oder freiwillig – an dem, was beim Studienanfang beobachtet wurde: Sie richten ihren Beruf an den «Problemen der Mitmenschen» aus, ohne fachliche Interessen in den Vordergrund zu rücken. Wenn eine Spezialisierung feststellbar ist, liegt sie vermehrt in «sozialen», wenig prestigeträchtigen (und weniger gut verdienenden) Zweigen wie Familienrecht, Sozialrecht, Ausländer- und Asylrecht und in der Opferhilfe. Männer sind häufiger im Wirtschafts-, Gesellschafts- und Steuerrecht anzutreffen.⁴⁰ Es findet sich also eine *horizontale* Geschlechterlinie in der Anwaltschaft. Damit einher geht die Tatsache, dass Frauen mehr Privatkunden und -kundinnen haben, Männer mehr Firmenkunden und damit potentiell leistungsfähigere. Bemerkenswert ist auch, dass Frauen eher Arbeiten im Hintergrund ausführen, welche schlecht sichtbar sind.⁴¹ Die soziale Ausrichtung und Spezialisierung der Frauen ist teilweise selbstgewählt, aber doch nur teilweise. Sie dürfte auch mit der unterschiedlichen Neigung der Geschlechter für ökonomische Fragen zusammenhängen,⁴² welche allerdings ihrerseits nicht zufällig ist. Anwältinnen finden, obgleich sie sich bewusst auch auf eine traditionell maskuline Kultur einlassen und Anpassungswillen demonstrieren,⁴³ in wirtschaftlichen Zusammenhängen offensichtlich schlechter als Männer eine Identität. Und sie entsprechen auch schlechter dem tradierten Frauenbild, mit dem sie Arbeitgeber und Klienten immer noch – oft unbewusst – «etikettieren». Da als Wirtschaftsanzwältinnen besonders wenig Frauen arbeiten, durchsetzt das weibliche Element diesen Bereich kaum, er bleibt stärker an männlichen Bedürfnissen und

38 Vgl. für viele Stat JB 2005 (FN 17), S. 162.

39 Dazu: SCHULTZ, Aufstieg (FN 11), S. 69 ff.; SCHULTZ, Overview (FN 22) – Freilich entspricht diese Entwicklung den Anforderungen und Strukturen der Gesamtwirtschaft, in welcher der Anwaltsmarkt situiert ist.

40 Siehe zu den (genau eruierten) Zahlen in Deutschland, SCHULTZ, Aufstieg (FN 11), S. 69 f.

41 Sie recherchieren in grossen Anwaltsbüros u. dgl. Solche «Hintergrundarbeit» entspricht dem klassischen Modell von Frauenarbeit, etwa im Haushalt oder in der Beziehungspflege. Sie dürfte deshalb nicht konfliktuell zur tradierten weiblichen Identität sein, mit der alle heutigen Anwältinnen «aufgewachsen» sind, wird doch die Geschlechteridentität im Wesentlichen bereits im Vorschulalter festgelegt. Vor allem aber entspricht sie auch dem Bild, welche zuweisende Vorgesetzte von dem haben, was Frauen (Anwältinnen) gut können.

42 Siehe vorstehend, Ziff. 3.b.

43 SCHULTZ, Overview (FN 22), S. lii. Sie spricht in Anlehnung an HARRIET SILIUS von einem «Gender Contract of Women Lawyers».

34 Wie ULRIKE SCHULTZ, Soziologin der juristischen Berufe, anlässlich eines Vortrages am 26.6.2004 an der Tagung «Égalité – quo vadis» in Bern darlegte, klafft heute eine Spanne von unter 10% Frauen in den Anwaltschaft in Ostasien über (rund 20% Frauen in der Schweiz und) zwischen 25–30% Anwältinnen in Deutschland und den USA bis zu knapp 50% in Frankreich; siehe auch SCHULTZ, Status of Women Lawyers, (FN 13), S. 273.

35 SCHULTZ, Overview (FN 22), S. xli; zu detaillierten Studien in England siehe CLARE MS MCGLYNN, The Status of Women Lawyers in the United Kingdom, in: SCHULTZ/SHAW (FN 11), S. 139ff, insbes. 156; CLARE MS MCGLYNN, An analysis of the Business Case for Sex Equality, in: SCHULTZ/SHAW (FN 11), S. 160, unter Berufung auf mehreren Untersuchungen insbes. von SOMMERLAD and SANDERSON 1998.

36 Siehe oben FN 15.

37 SCHULTZ, Aufstieg (FN 11), S. 69 und 71.

Denkmustern orientiert. Es kommt in diesem Zusammenhang das sog. «Think-manager-think-male»-Phänomen zum Tragen, welches wichtige Positionen in der Wirtschaft mit dem Bild von (typischen) Männern, verbindet: Männer werden durch die Tatsache, dass sie Männer sind, zum vornehmerein prädestinierter für Führungsfunktionen wahrgenommen. Damit werden gleichzeitig (unbewusst) wirksame Barrieren gegen Frauen aufgebaut, die sich in wirtschaftlichen Zusammenhängen bewegen.⁴⁴ Eine Frau muss sich deshalb, will sie als kompetente Wirtschaftsjuristin wahrgenommen werden, an den Stereotyp «Mann» halten. Wirtschaftsanzwältinnen haben damit mehr als Anwältinnen im allgemeinen mit einer doppelten Identität zu kämpfen: Es wird von ihnen einerseits erwartet, dass sie sich wie Männer verhalten und sich in die vorzufindenden männlichen Denk- und Verhaltensstrukturen einpassen, andererseits wird ihnen (unausgesprochen) vorgeworfen, sie seien zu wenig feminin. Sie riskieren auf jeden Fall Behinderungen und Marginalisierungen.⁴⁵ Dieses «Anpassungsdilemma» macht es für Frauen beinahe unmöglich, sich wirksam zu behaupten.⁴⁶

c) Vertikale Geschlechtersegregation

Eine eigene kleine Recherche in fünf grossen schweizerischen Anwaltsbüros⁴⁷ ergab hier einen Frauenanteil unter den Anwältinnen und Anwälten von zwischen 18,4% (Baker & McKenzie) und 28% (Baer & Karrer).⁴⁸ Die *Partner* waren nur in drei dieser «Law Firms» angegeben: bei Baker & McKenzie gibt es unter 27 eine Frau (3%), bei Lenz & Stähelin unter 37 zwei Frauen (5%), bei Homburger unter 27 eine Frau (3,7%). Geht man davon aus, dass bei Niederer Kraft & Frey die Namen nach Bedeutung aufgelistet sind⁴⁹, fällt auf, dass die erste Anwältin auf Platz 32 figuriert, mithin alle Frauen in der unteren Hälfte angesiedelt sind. Das Büro Baer & Karrer macht die Partner und Partnerinnen nicht sichtbar, das Management Committee besteht aber nur aus vier Männern und weist keine Frau auf. Unter den Konsulenten, welche den Büros Prestigegewinn bringen, gibt es nur bei Lenz & Stähelin eine Frau von elf (9%), sonst fand sich keine. Offensichtlich sind die Frauen in den oberen Etagen stark untervertreten, was den Zahlen auch bei den oberen Führungskräften in der Wirtschaft insgesamt entspricht. In der Anwaltschaft ist es aber

kaum möglich, diese schlechte Vertretung auf eine zu geringe Bildung zurück zu führen.⁵⁰ Auch hier kommt das «Think-manager-think-male»-Phänomen⁵¹ offenbar zum Tragen. Es handelt sich um eine Erscheinung, die auch aus anderen Ländern berichtet wird.⁵²

Untersuchungen in England etwa haben ergeben, dass bereits bei der *Einstellung* Praktiken herrschen, die auf eine Diskriminierungsneigung hinweisen: So wurden Frauen wesentlich häufiger nach ihren Ehen und Kindern befragt als die Männer.⁵³ Die *Arbeitsbedingungen* in den grossen Anwaltsbüros sind für jüngere Anwältinnen und Anwälte häufig zeitlich sehr anspruchsvoll mit langen Anwesenheiten bis weit in den Abend. Beruf und Familie lassen sich nicht vereinbaren. Das trifft Frauen stärker als Männer, weil die Familienarbeit regelmässig an ihnen hängen bleibt. Anwältinnen sind darüber hinaus häufiger als ihre männlichen Kollegen in Teilzeit angestellt und arbeiten in ungesicherten Verhältnissen.⁵⁴ Es erstaunt unter diesen Umständen nicht, dass von Anwältinnen generell mehr Wechsel zu verzeichnen sind und vor allem andere: Frauen verlassen ihren Arbeitsplatz häufig, um umzusteigen (gleiche Ebene), abzustiegen oder auszustiegen. Man spricht von «Revolving-Door-Effect». Frauen versuchen so, Arbeitsbedingungen zu finden, welche ihrem Lebensentwurf besser entsprechen, nicht zuletzt ihnen erlauben, die Doppelbelastung Beruf-Familie zu bewältigen. Männer dagegen wechseln, um aufzusteigen. Durch diese Mechanismen können sich Frauen weniger als Männer in Anwaltsbüros mit «Long Hour Culture» beruflich entfalten.⁵⁵ Frauen sind denn auch in Deutschland, Kanada und Japan häufiger in Einzelbüros oder sehr kleinen Büros anzutreffen,⁵⁶ weil sie weniger hierarchisch organisiert und flexibler sind. Aufgrund eigener Wahrnehmung nehmen wir an, dass dies für die Schweiz ebenso zutrifft. Die zeitlich starke Belastung in (grossen) Anwaltskanzleien trifft auch die Männer. Sie führt dazu, dass Männer ihre familiären Pflichten nicht partnerschaftlich wahrnehmen können, sondern in ihren eigenen Ehen die traditionelle Rollenteilung weiter führen (müssen). Das hat seinerseits Auswirkungen auf das Geschlechterbild, das die Männer in diesen Positionen haben: Die Haus- und Familienfrau ist das «Normale», «Wünschbare». Mit diesem Frauenbild konfrontieren sie alsdann – meist unbewusst – ihre Berufskolleginnen. Es verwundert deshalb nicht, dass die grossen Büros für die Anliegen der Anwältinnen, gute Positionen mit familiären Pflichten vereinbaren zu können, wenig Verständnis aufbringen. Für sie ist die «Work Life Balance» kein wesentliches Thema.

44 Vgl. CATHERINE MÜLLER und GUDRUN SANDER, Gleichstellungs-Controlling, Das Handbuch für die Arbeitswelt, Zürich 2005, S. 164.

45 Faktisch müssen sie sich eine an männlichen Standards orientierte berufliche und eine «feminine» private Identität zulegen. Siehe ROSMARIE HUNTER, Women in the Legal Profession: The Australian Profile, in: SCHULTZ/SHAW (FN 11), S. 87 ff.

46 SCHULTZ, Overview (FN 22), S. lii: «In other words: Women can't win».

47 Niederer Kraft & Frei, aufgrund von deren Kanzleibroschüre; Baker & McKenzie, aufgrund des Internetauftritts www.bakernet.ch (abgerufen 12. 10. 2005); Lenz & Stähelin aufgrund des Internetauftritts www.lenzstaehelin.com (abgerufen 12. 10. 2005); Baer & Karrer, aufgrund des Internetauftritts www.baerkarrer.ch; Homburger, aufgrund des Internetauftritts www.homburger.ch. Es wurden nur veröffentlichte Daten verwendet.

48 Lenz & Staehelin: 19,8%, wobei das Büro Zürich 23% Frauen auswies; Niederer Kraft & Frei: 20%; Homburger: 25%.

49 Eine andere Ordnung ist nicht ersichtlich, da diese weder alphabetisch noch nach Alter aufgebaut ist.

50 So allgemein Bericht CEDAW (FN 15), S. 82.

51 Dazu oben Ziff. 5.b.

52 Siehe oben FN 35.

53 MCGLYNN, Status (FN 35), S. 153.

54 Siehe etwa HELEEN FP IETSWAART, Choices in Context: Life Histories of Women Lawyers in the Netherlands, in: SCHULTZ/SHAW (FN 11), S. 360 f., sie finden weniger rasch ihre «Idealstelle»; dazu SCHULTZ, Overview (FN 22), S. xli.

55 Siehe auch SCHULTZ, Overview (FN 22), S. xlv. Diese «Kultur» hat zur Folge, dass *Zeit mit Prestige verbunden* wird: wer viel Zeit am Arbeitsplatz verbringt, gilt als guter und erfolgreicher Anwalt.

56 SCHULTZ, Overview (FN 22), S. xlii.

d) Das soziale Kapital in der Anwaltschaft

Man geht heute davon aus, dass zweierlei erforderlich ist, um eine gute Stellung zu erhalten: Es braucht einerseits ein ausreichendes *intellektuelles, akademisches Kapital* (Ausbildung, Erfahrung), es braucht andererseits ein *soziales Kapital*. Unter letzterem subsumiert man Beziehungen, Auftreten, Verkörperung des «idealen» Partners oder Kollegen (er/sie «passt zu uns»). Wir begegnen den Leuten mit Vorstellungen, die wir selber meist wenig reflektieren. Sie führen in einer männlich geprägten Branche, wie es die Anwaltschaft darstellt, zu mannigfachen subtilen Benachteiligungen für Frauen. In England wurde nachgewiesen, dass anwaltliche Partnerschaft stark auf «Männerbündnissen» beruht. In Holland ergab sich, dass familiäre Verpflichtungen für Männer von Vorteil waren, für Frauen jedoch nachteilig.⁵⁷ Frauen verfügen heute ohne Zweifel über das juristische Rüstzeug, die Ausbildung und Erfahrung, die gebraucht werden, um den Anwaltsberuf auszuüben. Sie sind auch zuverlässig, anpassungsfähig und einsatzfreudig. Wie können sie das notwendige soziale Kapital in einer männlichen Kultur erwerben?

57 SCHULTZ, Overview (FN 22), S. xliii mit Hinweisen.

6. Schluss

Für Frauen in der Anwaltschaft gibt es unterschiedliche Erfolgsgeschichten, und Anwältinnen der diversen Branchen sprechen nicht alle mit einer Stimme. Die Anwältinnen haben heute zweifellos einen Platz im Rechtsleben. Sie sind aber übers Ganze gesehen noch eine ausgeprägte Minderheit. Wohl gibt es Rechtsgebiete, in denen sie eine starke Stellung haben, und dort ist es ihnen auch gelungen, auf die Rechtsentwicklung einzuwirken. Zu denken ist vorab ans Familienrecht und ans Opferhilferecht. Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es ausgeprägte Segregationen auf dem «Anwaltsmarkt» gibt, welche Frauen wirksam von gewissen Tätigkeitsfeldern ausschliessen. Die geringe Anzahl der Frauen in der Anwaltschaft trotz hohem Anteil im Rechtsstudium ist nicht zufällig, sondern strukturell bedingt. Es ist in unserer Gesellschaft und in der Anwaltschaft im Besonderen nicht gelungen, partnerschaftliche Arbeitsbedingungen für Frauen und für Männer zu schaffen. Die Erfolge im Anwaltsberuf sind – in Anlehnung an den Bundesgerichtsentscheid Röder (BGE 40 I 14) – noch immer nicht nur aufgrund der Persönlichkeit und den intellektuellen und moralischen Qualitäten gegeben, sondern es spielt nach wie vor eine Rolle, ob ich Frau bin oder Mann bin. ■



Entracte · Justitia (Forts.)

Luzifers Märchen

»Eine Höhle?« Pat fiel beinahe der Telefonhörer aus der Hand. Er nahm die Füsse von seinem Schreibtisch und setzte sich gerade hin.

»Eine Art Geheimgang«, präzisierte Pastor Luzius Herdenraich. »Wie in den alten Gruselgeschichten.«

»Klingt eher wie ein Märchen. Mit Feen, die Wünsche erfüllen und so Zeug.« Pat dachte an das stundenlange Brainstorming mit Sofie am Vorabend. Sie hatten immer noch keine Ahnung, wie sie Sofies Exfreund David gegen seinen eigenen Willen aus den Klauen des Weissen Windes befreien wollten.

»Der Fund ist wirklich sehr interessant, darum habe ich Sie auch sofort angerufen. Aber Sie sollten seine Bedeutung nicht überbewerten. Vergessen Sie nicht: Ich bin Seelsorger, kein Zauberer, und schon gar keine Fee.«

»Dieser Geheimgang führt direkt in die Festung Hohenfels, sagen Sie?«

»So steht es in meinen Unterlagen. Die Höhle existierte angeblich schon, bevor die Burg gebaut wurde. Eine natürliche Felsspalte, gewissermassen. Später wurde sie dann von menschlicher Hand ausgebaut. Es soll Stufen und Eisengeländer geben.«

Pat hörte, wie der Sektenexperte an seiner Pfeife zog und war froh, dass er dem beissenden Rauch diesmal nicht ausgeliefert war.

»Gab es jedenfalls«, fuhr Herdenraich fort. »Und auch nur, wenn die Aufzeichnungen stimmen, die ich da in die Hände bekommen habe. Wie bereits angedeutet: Ich habe ein wenig nachgeforscht, nachdem Sie mich mit Ihrer reizenden Freundin besucht haben. In meiner Kirchgemeinde gibt es einen pensionierten Historiker, ein alter Freund von mir, und der hat sich auf die Nordwestschweiz spezialisiert. Hat viel Material bei sich zu hause, der alte Knabe, darunter auch Unterlagen über Hohenfels. Alles einmalige Originale, behauptet er, und garantiert echt. Keine Ahnung, woher er die hat, damit rückt er nicht raus. Wahrscheinlich in irgendeinem staatlichen Archiv abgestaubt, das sähe ihm ähnlich.«

»Die Höhle führt also vom Fuss der Felswand im Zickzackkurs durch das Gestein direkt bis mitten ins Hauptquartier des Weissen Windes?«

»Richtig. Der Eingang soll sich auf der Westseite befinden. Und zwar ausserhalb des Geländes, das der Sekte gehört. Ich habe hier eine Abbildung, eine Art handgezeichnete Karte, die kann ich Ihnen gerne faxen. Zumindest, wenn das Gerät hier im Pfarrhaus den Geist noch nicht aufgegeben hat. Ich habe das Ding schon ewig nicht mehr benützt, aber mit Gottes Hilfe . . .«

»Gerne.« Pat gab dem Sektenexperten die Faxnummer der Kanzlei an. »Wir sind so gut wie sicher, dass sich David auf Hohenfels befindet. Falls an der Geschichte also was dran ist, Herr Herdenraich, dann ist das möglicherweise die Lösung unseres Problems.«

»Da bin ich leider ziemlich skeptisch. Wahrscheinlich ist der Eingang inzwischen zubetoniert. Oder der Ausstieg in der Burg ist verbarrikadiert. Oder die ganze Höhle ist zusammengebrochen und zugeschüttet. Und falls sie wider Erwarten doch noch begehbar ist, dann wird sie von den Weissen Engelchen um Jonas Janssen sicher streng bewacht. Aber wer weiss, vielleicht haben Sie ja Glück. Allzu viele Alternativen haben Sie wahrscheinlich nicht, wenn Sie etwas für den armen Kerl unternehmen wollen, da müssen Sie jede Chance nutzen. Aber machen Sie der jungen Dame nicht zu viele Hoffnungen. Und passen Sie vor allem gut auf. Sie wissen, was für Methoden man dieser Sekte nachsagt.«

Einige Minuten, nachdem er aufgelegt hatte, begab sich Pat ins Sekretariat der Kanzlei, um den Fax persönlich entgegenzunehmen. Doch sein »Good morning, Miss Moneypenny«, mit dem er die Anwaltssekretärin Penny foppen wollte, blieb ihm im Hals stecken, er kam zu spät. Am Faxgerät stand ausgerechnet René Schmied, der sich normalerweise in seinem Büro verschanzte. Er blätterte in den Eingängen, um seine Beine strich der Kanzleikater Justitia.

»Machen Sie jetzt einen Fernkurs an der Kunstakademie?« Schmied musterte das Blatt, das er in der Hand hielt. Schliesslich richtete er seine gletscherblauen Augen auf Pat und streckte ihm die Graphik entgegen. »Oder verteidigen Sie den gemeinen Pinselmörder?« Er verzog den Mund zu einer Art Grinsen, Justitia glotzte vorwurfsvoll.

Fortsetzung Seite 461

Pierre Kobel* und Hubert Rüedi**

Zehn Fragen zu den Richtlinien SAV für die Mediation

Stichworte: Mediation, Richtlinien SAV, Standesregeln, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, Informations- und Aufklärungspflichten des Mediators, Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens, Honorar, Empfehlung zur Mediation

1. Was ist Mediation?

«Mediation ist ein aussergerichtliches Streitbelegungsverfahren, in dem ein oder mehrere unabhängige und unparteiliche Dritte (Mediatorinnen/Mediatoren) die Konfliktparteien darin unterstützen, ihren Konflikt auf dem Verhandlungsweg eigenverantwortlich und einvernehmlich zu lösen» (Ziffer 1 Richtlinien). Mediation ist also weder ein Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren noch entspricht sie den herkömmlichen Vergleichsgesprächen. Dementsprechend liegen die Aufgaben des Mediators nicht in der Beratung oder Vertretung einer Partei noch in der Fällung von Urteilen. Verkürzt ausgedrückt ist der Mediator vielmehr unabhängiger und unparteilicher «Prozessmanager».

2. Welche Ziele verfolgt der SAV mit den am 1. Juli 2005 in Kraft getretenen Richtlinien?

Durch die Schaffung des Fachtitels «Mediator SAV/Mediatorin SAV» im Jahre 2002 wollte und will der SAV seine Mitglieder in der Betätigung als Mediator unterstützen und zugleich die Einhaltung von Qualitätsstandards in der Mediation sicherstellen. Gestützt auf diese Ausgangslage ist es nur folgerichtig, dass der SAV zu Gunsten seiner Mitglieder die Pflichten des als Mediator tätigen Anwaltes klärt. Die Notwendigkeit dieser Klärung in einem speziellen Erlass (siehe auch Frage 3) ergibt sich daraus, als dass sich – wie bereits oben erwähnt – die «Aufgaben» eines Mediators von den herkömmlichen Aufgaben eines Anwaltes unterscheiden. Der Mediator ist nicht Berater oder Vertreter einer Partei, sondern er übernimmt zu Gunsten aller beteiligten Parteien die umfassende Verfahrensverantwortung für das Streitbelegungsverfahren, nämlich für die Mediation. Es drängte sich daher auf, die sich daraus ergebenden Verpflichtungen zu regeln. Dies ist in den Richtlinien SAV zur Mediation, die die früheren Richtlinien für Anwaltsmediatoren ersetzen, erfolgt.

3. In welchem Verhältnis stehen die Richtlinien zu den Standesregeln für Rechtsanwälte?

Die seit dem 1. Juli 2005 gültigen Schweizerischen Standesregeln SAV beinhalten Regeln für die beratende und forensische Anwaltstätigkeit. Obwohl der SAV die Betätigung als Mediator ebenfalls der anwaltlichen Tätigkeit zuordnet, bedürfen – wie bereits unter Frage 2 ausgeführt – die speziellen Aufgaben des Mediators auch spezieller Richtlinien. Ziffer 2.1 der Richtlinien ist zu entnehmen, dass die Richtlinien den Bereich der Tätigkeit

als Mediator für die Mitglieder des SAV abschliessend regeln. Zudem gilt Auftragsrecht.

4. Für wen haben die Richtlinien Gültigkeit?

Die Richtlinien gelten für alle Mitglieder des SAV, welche sich im Sinne der Definition des Begriffs Mediation (siehe Frage 1) als Mediator betätigen. Sie gelten daher nicht nur für diejenigen Mitglieder des SAV, die den Titel «Mediator SAV» (Ziffer 2.1 Richtlinien) führen bzw. dazu berechtigt sind.

5. Welche Voraussetzungen muss ein Mitglied SAV, das als Mediator tätig sein will, erfüllen?

Die Richtlinien verlangen, dass die Mitglieder des SAV, die sich als Mediator betätigen, eine angemessene Mediationsausbildung vorweisen können. Mit anderen Worten verletzt ein Mitglied des SAV, welches ohne eine entsprechende Ausbildung als Mediator tätig wird, die Richtlinien (Ziffer 3.1 Richtlinien). Die Anforderungen an die Ausbildung sind im Reglement «Mediator SAV/Mediatorin SAV» festgehalten.

(Im Weiteren werden unter den Begriffen Mediator oder Anwalt immer Personen verstanden, die zugleich auch Mitglied des SAV sind.)

6. Was bedeutet «Unabhängigkeit und Unparteilichkeit» des Mediators?

Es ist nicht Aufgabe des Mediators, die Interessen einer der Parteien zu verteidigen oder zu vertreten. Er handelt als «Vermittler» zwischen den Parteien und hat aus dieser Aufgabe heraus unabhängig und unparteilich zu sein. Er soll deshalb den Parteien jede Tatsache, welche geeignet ist seine Unabhängigkeit und/oder Unparteilichkeit in Frage zu stellen, mitteilen (Ziffer 4.3 Richtlinien). Falls der Mediator aufgrund seines anwaltlichen Berufsgeheimnisses seiner Aufklärungspflicht nicht nachkommen kann, muss er auf den Mediationsauftrag verzichten (Ziffer 4.4 Richtlinien). Der Mediator hat diesen Verpflichtungen während des gesamten Mediationsverfahrens nachzukommen (Ziffer 4.1 Richtlinien). Wird von den beteiligten Parteien an seiner Unabhängigkeit oder an der Unparteilichkeit gezweifelt und können diese Zweifel nicht ausgeräumt werden, muss der Mediator den Mediationsauftrag ablehnen bzw. darauf verzichten (Ziffer 4.4 Richtlinien). Weder der Begriff der Unabhängigkeit noch derjenige der Unparteilichkeit werden in den Richtlinien definiert, sondern es wird von einer subjektiv-objektiven Betrachtungsweise ausgegangen. Als Grundlage dienen die Lebenserfahrung und die Umstände des Einzelfalles, welche von einem Dritten unter ähnlichen Umständen im Hinblick auf die Unabhängigkeit und

* Pierre Kobel, Genf, Mitglied Fachausschuss Mediation SAV.

** Hubert Rüedi, Luzern, Mitglied Fachausschuss Mediation SAV.

Unparteilichkeit des Mediators in Betracht gezogen würden. Die Unabhängigkeit wird als solche hauptsächlich durch objektive Kriterien definiert, namentlich durch das Vorliegen oder Fehlen von Beziehungen des Mediators zur einen oder zur anderen Partei. Ferner erwähnen die Richtlinien das Interesse am Konfliktausgang (Ziffer 4.2 Richtlinien). Die Unabhängigkeit ist z. B. dann nicht mehr gewährleistet, wenn die Natur oder die Intensität der Beziehung zwischen dem Mediator und einer Partei vernünftigerweise Zweifel hervorruft. Die Unparteilichkeit hingegen hängt insbesondere von der Haltung des Mediators während des Verfahrens ab. Die Richtlinien erwähnen entsprechend exemplarisch die Bevorzugung einer Konfliktpartei oder einer Konfliktlösung (Ziffer 4.2 Richtlinien). Weiter verbieten die Richtlinien dem Mediator nicht, im Zusammenhang mit der der Mediation zugrunde liegenden Konfliktsituation für die eine oder andere Partei als Schiedsrichter, Vertreter, Berater oder dergleichen tätig zu werden. Dies allerdings unter der doppelten Voraussetzung, dass die Parteien über die Bedeutung dieser Tätigkeit, insbesondere im Zusammenhang mit der Unabhängigkeits-, Unparteilichkeits- und Vertraulichkeitspflicht, umfassend aufgeklärt worden sind und dass die schriftliche Zustimmung aller Konfliktparteien vorgängig eingeholt worden ist (Ziffer 4.5 Richtlinien).

7. Welche Informations- bzw. Aufklärungspflichten obliegen dem Mediator?

Die Richtlinien gehen davon aus, dass das Mediationsverfahren von einer gewissen Transparenz beherrscht wird. Diese verwirklicht sich mitunter durch die dem Mediator auferlegte Pflicht, die Parteien über das Verfahren und die Rolle des Mediators zu informieren (Ziffer 5.1 Richtlinien), mit den Parteien die Opportunität einer Mediation zu besprechen (Ziffer 5.2 Richtlinien), die Parteien über die Rolle des Rechts und über die Möglichkeit, Anwälte miteinzubeziehen, zu orientieren (Ziffer 5.3 Richtlinien), die Parteien über jede Tatsache aufzuklären, die geeignet ist, die Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit des Mediators in Frage zu stellen (Ziffer 4 Richtlinien), die Parteien über den Umfang und Inhalt der Schweigepflichten und den Schutz der Vertraulichkeit zu informieren (Ziffer 6 Richtlinien), die Parteien auf die Kosten des Mediationsverfahrens hinzuweisen (Ziffer 7 Richtlinien), einen Mediationsvertrag abzuschliessen (Ziffer 8 Richtlinien), die Parteien auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Ergebnisse des Mediationsverfahrens in einer schriftlichen Schlussvereinbarung festzuhalten und diese Vereinbarung von Dritten überprüfen zu lassen (Ziffer 9 Richtlinien).

8. Wie kann die «Vertraulichkeit» des Mediationsverfahrens gewährleistet werden?

Es ist nicht möglich, in standesrechtlichen Richtlinien die Schweigepflichten oder Zeugnisverweigerungsrechte des Mediators oder der Parteien endgültig festzulegen. Hingegen ist der Mediator dazu verpflichtet, die Konfliktparteien über seine eigene Schweigepflicht und die Möglichkeit von Geheimhaltungsvereinbarungen unter den Parteien zu informieren. Die Richtlinien gehen davon aus, dass

sich der als Mediator tätige Anwalt auf das Berufsgeheimnis berufen kann und sich auch daran zu halten hat. Mediation wird also als anwaltliche Tätigkeit verstanden. Massgebliche Gerichtsentscheidungen gibt es jedoch keine. Dem Mediator wird deshalb – trotz der einschlägigen Rechtslage zu Berufsgeheimnis, Mitwirkungsverweigerungsrechte usw. – empfohlen, im Mediationsvertrag seine Schweigepflicht zu definieren und mit den Parteien zu vereinbaren, dass sie darauf verzichten, den Mediator als Zeugen anzurufen (siehe dazu auch Art. 139 Abs. 3 ZGB). Es sei erwähnt, dass z. B. das Gerichtsorganisationsgesetz des Kantons Genf sowohl für den zivilen Mediator als auch für den strafrechtlichen Mediator – zwar mit unterschiedlichem Wortlaut – eine Schweigepflicht vorsieht.¹ Der Entwurf (Stand September 2005) des Bundesgesetzes über die Zivilprozessordnung sieht ein Mitwirkungsverweigerungsrecht des Mediators vor. Beides kann als Hinweis auf eine immer breiter anerkannte Rechtsauffassung gewertet werden.

9. Welche Regeln gelten für die Festlegung der Höhe des Honorars des Mediators?

Die Richtlinien überlassen die Festlegung des Honorars grundsätzlich dem Mediator und den Parteien. In der Praxis wird das Honorar in der Regel auf der Basis eines fixen Stundenansatzes vereinbart. Der Mediator kann sich also von den im Anwaltsberuf anwendbaren Prinzipien leiten lassen. Das Honorar des Mediators sollte im Mediationsvertrag geregelt werden.

10. Besteht eine Pflicht, als Anwalt einem Klienten die Durchführung einer Mediation zu empfehlen?

Die massgeblichen Pflichten des Anwalts gegenüber seinem Klienten sind im Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte und in den Schweizerischen Standesregeln SAV, die am 1. Juli 2005 in Kraft getreten sind, geregelt. Zudem gilt Auftragsrecht. Die Schweizerischen Standesregeln SAV sehen vor, dass der Anwalt eine gütliche Lösung anzustreben hat (Art. 9 Abs. 1 Schweizerische Standesregeln). Der Anwalt sollte davon nur dann absehen, wenn es die Interessen des Klienten verlangen. Zudem hat der Anwalt den Wunsch des Klienten, eine Mediation durchzuführen, zu berücksichtigen (Art. 9 Abs. 2 Schweizerische Standesregeln). Die Mediation als eine Möglichkeit zur gütlichen Lösung von Konflikten ist also je nach Sach- und Rechtslage des konkreten Falles im Rahmen einer umsichtigen und regelkonformen Beratung des Klienten in Betracht zu ziehen. Dies um so mehr, als dass die Mediation in verschiedenen Gesetzgebungen und so voraussichtlich auch in der Schweizerischen Zivilprozessordnung verankert ist bzw. sein wird.

* Art. 161 E de la Loi sur l'organisation judiciaire (GE):

1. Le médiateur civil est tenu de garder le secret sur les faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de la médiation et sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté; cette obligation subsiste alors même qu'il n'exerce plus l'activité de médiateur.
2. Quelle que soit l'issue de la médiation, aucune des parties ne peut se prévaloir, dans la suite du procès, de ce qui a été déclaré devant le médiateur civil.

Hubert Rüedi* et Pierre Kobel**

Dix Questions concernant les Directives FSA pour la médiation

Mots clés : Médiation, directives FSA, règles de déontologie, indépendance et impartialité, devoir d'information et d'explication du médiateur, confidentialité du processus de médiation, honoraires, recommandation de la médiation

1. Qu'est-ce que la médiation?

«La médiation est une procédure extrajudiciaire de résolution des litiges, dans laquelle un ou plusieurs tiers indépendants et impartiaux (médiateurs/médiatrices) aident les parties impliquées dans un conflit à la régler par elles-mêmes et de façon amiable, par la voie de la négociation» (Directives § 1). La médiation se distingue des processus judiciaire, arbitral et des négociations traditionnelles. La fonction principale du médiateur ne réside ni dans le conseil aux parties ou leur représentation, ni dans le prononcé de jugements. Le médiateur est en fait le responsable indépendant et impartial du processus.

2. Quels sont les buts poursuivis par la FSA en adoptant ces Directives le 1^{er} juillet 2005?

En créant en 2002, une spécialisation et un titre correspondant de «Médiateur FSA/Médiatrice FSA», la FSA avait souhaité marquer son soutien à l'égard de cette activité et mettre en place des standards de qualité. Cela fait, la FSA se devait désormais de régler les obligations de l'avocat agissant comme médiateur. Des règles particulières s'imposaient dans la mesure où les obligations de l'avocat-conseil ou de l'avocat représentant des parties sont différentes de celles de l'avocat médiateur. Le médiateur n'est pas le conseiller ou le représentant de l'une ou l'autre des parties mais prend en charge pour toutes les parties, la responsabilité du processus de résolution amiable d'un différend qu'est la médiation. Il fallait donc définir les obligations du médiateur dans leurs particularités. C'est ce que font les présentes Directives, lesquelles remplacent les précédentes directives pour les avocats-médiateurs.

3. Quelle est la relation entre les Directives et le Code suisse de déontologie sur la profession d'avocat?

Le Code suisse de déontologie adopté le 1^{er} juillet 2005 par la FSA, décrit les obligations professionnelles de l'avocat consultant des parties ou exerçant une activité judiciaire. Même si pour la FSA, l'activité de médiateur fait partie de l'activité d'avocat, ses particularités exigent – comme indiqué sous 2. ci-dessus – des directives particulières. Il a donc été décidé que les Directives régleraient de manière exhaustive les obligations de

l'avocat agissant en tant que médiateur (Directives § 2.1), sous réserve bien entendu des obligations relatives au contrat de mandat.

4. A qui s'appliquent les Directives?

Les Directives s'appliquent à tous les membres FSA qui ont une activité de médiateur correspondant à la définition donnée au paragraphe 1. Elles ne s'appliquent donc pas seulement aux membres FSA qui auraient obtenu le titre de «Médiateur FSA» (Directives § 2.1).

5. Quelles sont les obligations qu'un membre FSA doit observer pour pouvoir pratiquer comme médiateur?

Les Directives prescrivent que tout membre FSA qui souhaite agir comme médiateur justifie d'une formation en médiation appropriée. En d'autres termes, le membre FSA qui pratiquerait en tant que médiateur sans avoir suivi une formation appropriée violerait les directives FSA pour la médiation (Directives § 3.1). Les exigences en matière de formation sont définies dans le «Règlement Médiateur FSA/Médiatrice FSA». (Dans les paragraphes qui suivent, les termes «médiateur» ou «avocat» définissent des personnes qui sont également membres de la FSA.)

6. Que signifient l'«indépendance» et l'«impartialité» du médiateur?

Le médiateur ne défend ni ne représente les intérêts de certaines des parties. Il agit comme intermédiaire entre les parties. Il doit donc s'assurer, avec le concours des parties, de son indépendance et son impartialité. Cela implique qu'il communique aux parties tout fait susceptible de mettre en cause son indépendance ou son impartialité (Directives § 4.3). Le médiateur avocat qui ne peut communiquer de tels faits aux parties en raison de son secret professionnel, devra renoncer à son mandat de médiateur (Directives § 4.4). Le médiateur est tenu de respecter ces obligations tout au long de la procédure de médiation (Directives § 4.1). Lorsqu'une ou plusieurs parties mettent en cause l'indépendance ou l'impartialité du médiateur et que ces doutes ne peuvent être levés, le médiateur doit renoncer à son mandat (Directives § 4.4).

Les Directives ne définissent ni l'indépendance ni l'impartialité. Elles partent toutefois d'une conception subjective-objective de ces devoirs. Compte tenu de l'expérience de la vie et des

* Hubert Rüedi, Lucerne, membre de la Commission de médiation FSA.

** Pierre Kobel, Genève, membre de la Commission de médiation FSA.

circonstances du cas d'espèce, c'est l'idée qu'un tiers placé dans des circonstances similaires pourrait raisonnablement se faire de l'indépendance et de l'impartialité du médiateur. L'indépendance en tant que telle dépend d'abord d'un substrat objectif: la présence ou l'absence de certaines relations avec l'une ou l'autre des parties. Les Directives font état de l'intérêt à l'issue du conflit, des relations avec les parties (Directives § 4.2). L'indépendance n'est plus garantie lorsque la nature ou l'intensité de cette relation entre le médiateur et une partie peut raisonnablement faire naître des doutes. L'impartialité dépend plus généralement de l'attitude du médiateur pendant la médiation. Les Directives donnent l'exemple de préférences exprimées pour une partie ou pour une solution (Directives § 4.2).

En principe, les Directives n'interdisent pas au médiateur d'agir comme arbitre, représentant, conseil ou autre fonction pour l'une ou l'autre des parties sur un sujet ayant fait l'objet de la médiation. Les Directives autorisent le médiateur à entreprendre toute activité pour les parties ou une partie d'entre elles après la médiation, à la double condition qu'il ait fourni à toutes les parties des explications complètes sur la signification de ces activités notamment par rapport à ses obligations d'indépendance, d'impartialité et de confidentialité, et ait obtenu leur consentement écrit (Directives § 4.5).

7. Quelles sont les obligations d'information du médiateur?

Les Directives partent de l'idée que le processus de médiation doit répondre à une certaine transparence. Cette idée se concrétise dans l'obligation imposée au médiateur d'informer les parties sur la procédure et le rôle du médiateur (Directives § 5.1), de discuter avec les parties de l'opportunité de la médiation (Directives § 5.2), d'informer les parties sur le rôle du droit et l'intervention d'avocats dans la médiation (Directives § 5.3), d'informer les parties de tout fait pouvant remettre en question son indépendance ou impartialité (Directives § 4), d'informer les parties de la portée et des limites de la confidentialité et du secret professionnel (Directives § 6), d'informer les parties des frais additionnels aux honoraires (Directives § 7), de passer une Convention de médiation (Directives § 8), d'attirer l'attention des parties sur la possibilité de consigner leur accord final dans un écrit et de le faire examiner par un tiers (Directives § 9).

8. Comment est-ce que la confidentialité de la médiation est-elle garantie?

Il ne revient pas à des Directives en matière déontologique de définir les obligations de confidentialité du médiateur et des parties. Par contre, le médiateur se doit d'informer les parties de ses propres obligations et de la possibilité que les parties ont de s'obliger à une certaine confidentialité. Les Directives partent de l'idée que l'avocat pratiquant en tant que médiateur peut se pré-

valoir de son secret professionnel. La médiation relève typiquement de l'activité professionnelle de l'avocat moderne. Cette question n'ayant pas été tranchée par le Tribunal fédéral, il est recommandé que le médiateur définisse dans la convention de médiation les obligations de confidentialité des parties à son égard, soit notamment le renoncement à le faire citer comme témoin (voir à ce sujet l'art. 139 alinéa 3 CCS). On relèvera en passant que la loi d'organisation judiciaire genevoise prescrit la confidentialité au médiateur civil et, dans des termes légèrement différents, au médiateur pénal¹. Le projet de loi fédérale sur la procédure civile consacre également le droit du médiateur de refuser de témoigner. Ces exemples témoignent de la large reconnaissance du principe.

9. A quelles règles sont soumis les honoraires du médiateur?

Les Directives laissent la question des honoraires largement à l'appréciation du médiateur et des parties. En pratique les honoraires se calculent sur la base d'un taux horaire. Les médiateurs pourront également s'inspirer des principes applicables à la profession d'avocat. La rémunération du médiateur sera généralement traitée dans la convention de médiation.

10. Y'a-t-il une obligation de tenter ou considérer la médiation?

Les obligations de l'avocat à l'égard de son client relèvent d'abord du mandat, de la loi sur la libre circulation des avocats et du Code suisse de déontologie entré en vigueur également le 1^{er} juillet 2005. Ce dernier prescrit que, par principe, l'avocat se doit de rechercher une solution amiable (Code suisse de déontologie § 9.1). Ce n'est que lorsque l'intérêt du client s'y oppose que l'avocat peut renoncer à la recherche d'une solution amiable. Il prescrit aussi que l'avocat tienne compte du désir de son client de tenter une médiation (Code suisse de déontologie § 9.2). La possibilité d'une médiation en tant que méthode reconnue de résolution des litiges, doit donc être prise en considération dans le cadre d'une activité de conseil complète et conforme au droit, compte tenu de l'état de fait et de droit en cause. Cette obligation s'impose à plus forte raison que la médiation est désormais prévue dans certaines législations et, selon toute vraisemblance, dans le projet de loi fédérale sur la procédure civile.

¹ Art. 161 E de la Loi sur l'organisation judiciaire (GE):

1. Le médiateur civil est tenu de garder le secret sur les faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de la médiation et sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté; cette obligation subsiste alors même qu'il n'exerce plus l'activité de médiateur.
2. Quelle que soit l'issue de la médiation, aucune des parties ne peut se prévaloir, dans la suite du procès, de ce qui a été déclaré devant le médiateur civil.

■ Verfassungsrecht / Droit constitutionnel (I)

**Art. 35 Abs. 1 OG, Art. 43 Abs. 2 VRPG BE;
Wiederherstellung einer Beschwerdefrist**

Generell gesehen liegt ein Säumnisgrund entweder in der – objektiven oder subjektiven – Unmöglichkeit der Partei oder ihres Vertreters, zeitgerecht zu handeln, oder in einem schuldhaften Verhalten einer Person, wobei in der Regel nur leichte oder grobe Fahrlässigkeit in Betracht fallen. Sog. subjektive Unmöglichkeit wird dann angenommen, wenn zwar die Vornahme einer Handlung objektiv betrachtet an sich möglich gewesen wäre, die fragliche Person aber durch besondere Umstände, die sie nicht zu verantworten hat, am Handeln gehindert worden ist.

Nach den allgemeinen bundesrechtlichen Verfahrensbestimmungen kann nur auf Wiederherstellung erkannt werden, wenn die Säumnis auf ein «unverschuldetes Hindernis», also auf die Unmöglichkeit, rechtzeitig zu handeln, zurückzuführen ist (Art. 35 Abs. 1 OG, Art. 24 VwVG, Art. 13 Abs. 1 BZP). Ursprünglich ging das Bundesgericht sogar davon aus, dass nur bei objektiver Unmöglichkeit des Handelns eine Wiederherstellung in Frage kommen könne (BGE 60 II 353). Diese Rechtsprechung wurde zwar in BGE 76 I 355 als zu eng bezeichnet, doch blieb der bei der Anwendung der Wiederherstellungsvorschriften angelegte Massstab weiterhin sehr streng (vgl. Entscheid 1A.487/1987 vom 11. Januar 1988 E. 2 und die dort zitierte Rechtsprechung, publ. in Praxis 77/1988 Nr. 152 [nicht publ. in BGE 114 Ib 56]). Die Wiederherstellung ist auch nach heutiger bundesgerichtlicher Praxis nur bei klarer Schuldlosigkeit des Gesuchstellers und seines Vertreters zu gewähren (vgl. BGE 119 Ib 86, Entscheide 1P.151/2002 vom 28. Mai 2002 mit Hinweisen, B 107/01 vom 23. Juli 2003, publ. in SZS 2004 S. 470, 1P.1/2005 vom 31. März 2005). Demgegenüber erlauben verschiedene kantonale Prozessordnungen die Wiederherstellung oder Wiedereinsetzung auch bei verschuldeter Säumnis. [Beispiele aus den Kantonen BS, SH, ZG, SZ, ZH, TG]

Im Lichte dieser kantonalen Prozessbestimmungen kann der Meinung des Beschwerdeführers, die «entschuldbare» Gründe voraussetzende Norm von Art. 43 Abs. 2 VRPG schliesse eine Wiederherstellung bei Verschulden nicht von vornherein aus, ein gewisses Verständnis entgegengebracht werden. Dies lässt jedoch die entgegengesetzte Auffassung des Verwaltungsgerichtes noch nicht als willkürlich erscheinen. Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (vgl. etwa BGE 124 I 247 E. 5 S. 250, 127 I 54 E. 2b S. 56, 128 II 259 E. 5

S. 280). Nun kann sich das Verwaltungsgericht für seine Meinung, dass Art. 43 Abs. 2 VRPG die Möglichkeit der Wiederherstellung bloss bei unverschuldeter Verhinderung schaffe, auf die Lehre stützen. Auch nach den Kommentatoren zum Verwaltungsrechtspflegegesetz liegen «entschuldbare» Gründe im Sinne der genannten Bestimmung nur vor, wenn die säumige Person aus hinreichenden objektiven oder subjektiven Gründen davon abgehalten worden ist, fristgerecht zu handeln oder eine Vertretung zu bestellen, und wenn ihr auch keine Nachlässigkeit vorzuwerfen ist (Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 1997, Art. 43 N. 9). Im Übrigen sprechen selbst das Bundesgericht und das Eidgenössische Versicherungsgericht gelegentlich bei der Anwendung von Art. 35 Abs. 1 OG im uneigentlichen Sinne von «entschuldbaren Gründen» und umschreiben dabei ebenfalls nur Situationen objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit fristgerechten Handelns (so etwa Entscheide 4C.154/1988 vom 6. September 1989 E. 3, 1P.87/1991 vom 9. April 1991 E. 2, U 49/98 vom 11. Mai 1998 E. 2a, H 44/05 vom 11. April 2005 E. 2.1). Das Verwaltungsgericht durfte daher die Wortwahl in Art. 43 Abs. 2 VRPG ohne Willkür in gleichem Sinne verstehen. Da demnach der unterschiedliche Wortlaut von Art. 43 Abs. 2 VRPG und Art. 35 Abs. 1 OG für die Auslegung der kantonalen Norm nicht ausschlaggebend ist, erweist sich der vom Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang erhobene Vorwurf der ungenügenden Begründung des angefochtenen Entscheides ebenfalls als unzutreffend.

(I. Öff.rechtl. Abt., 1P.123/2005, 14.6.2005, X c. Verwaltungsgericht des Kantons Bern; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 9 BV; Kostenaufgabe, Prozessentschädigung

Das Kassationsgericht konnte ohne Verletzung des Willkürverbotes davon ausgehen, dass die (zugestandenen) Äusserungen der Beschwerdeführerin geeignet waren, die Beschwerdegegner in ihren Persönlichkeitsrechten im Sinne von Art. 28 ZGB zu verletzen und deren Ansehen in beruflicher und persönlicher Hinsicht zu beeinträchtigen. Insoweit durfte das Kassationsgericht die Widerrechtlichkeit der Äusserungen annehmen.

Eine Persönlichkeitsverletzung kann indessen nach Art. 28 Abs. 2 ZGB namentlich durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt werden. Rechtmässig handelt derjenige, der ein Interesse nachweisen kann, das dem grundsätzlich schutzwürdigen Interesse des Verletzten mindestens gleichwertig ist (vgl. BGE 126 III 305 E. 4a S. 306). Hinsichtlich Presseberichten erachtet die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Verbreitung von wahren Tatsachen grundsätzlich als gerechtfertigt, es sei denn, es handle sich um solche aus dem Geheim- oder Privatbereich oder die betroffene Person werde in

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.

unzulässiger Weise herabgesetzt. Demgegenüber ist die Verbreitung unwahrer Tatsachen vorbehaltlich seltener, speziell gelagerter Ausnahmefälle an sich widerrechtlich (vgl. BGE 129 III 49 E. 2.2 S. 51, mit Hinweisen). Hinsichtlich von Personen aus dem öffentlichen Leben (wie etwa Mitglieder von Parlamenten oder Regierungen, hohen Beamten oder politischen Persönlichkeiten) besteht ein gesteigertes Informationsinteresse (vgl. nicht publizierte E. 4.1 von BGE 131 III 26, mit Hinweisen). Demnach ist nach der Rechtsprechung im Hinblick auf die Bestimmung der Rechtswidrigkeit im Einzelfall eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen (vgl. BGE 126 III 305 E. 4a S. 306). Im vorliegenden Fall ist diese umfassende Interessenabwägung in Anbetracht der Einstellung des Verfahrens nicht möglich. Bleibt diese für die Bestimmung der Rechtswidrigkeit erforderliche Interessenabwägung aber aus den Gegebenheiten heraus offen, kann nicht davon gesprochen werden, die Beschwerdeführerin habe in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise klar gegen die privatrechtlichen Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz verstossen. Bei dieser Sachlage ist es auch nicht haltbar, die Beschwerdeführerin allein dafür einstehen zu lassen, dass der Beweis der Wahrhaftigkeit nicht zu Ende geführt worden ist. Demnach hält der Entscheid des Kassationsgerichts, mit dem die Beschwerdeführerin verpflichtet wird, die Kosten des Verfahrens (teilweise) zu tragen und den Beschwerdegegner 2 zu entschädigen, vor Art. 9 BV nicht stand.

(I. Öff.rechtl. Abt., 1P.65/2005, 22.6.2005, Z c. X und Y und Kassationsgericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 36 BV, Art. 102^{quater} BStP; Bundesstrafprozess, Informationssperre im Ermittlungsverfahren

Nach schweizerischem Strafprozessrecht sind die Ermittlungen und Untersuchungen grundsätzlich geheim (vgl. Robert Hauser/Erhard Schwenk/Karl Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 52 Rz. 5 f.; Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, Rz. 156; Art. 76 Abs. 1 des Vorentwurfes [2001] des EJPD für eine Schweizerische Strafprozessordnung [VE/StPO]). Das Untersuchungs- und Ermittlungsgeheimnis dient der Sicherung der Zwecke des Strafprozesses. Es richtet sich an die Strafjustizbehörden und findet seine Schranken in den gesetzlichen Partei- und Teilnahmerechten (vgl. Schmid, a. a. O., S. 55 Fn. 169, Rz. 157). Auch das gerichtspolizeiliche Ermittlungsverfahren im Rahmen des Bundesstrafprozesses (vor Einleitung der allfälligen Voruntersuchung) ist geheim. Ermittlungsdaten dürfen nur an die im Gesetz ausdrücklich bezeichneten Stellen weitergeleitet werden (Art. 102^{quater} Abs. 1 BStP). Die Bundesanwaltschaft kann die Bekanntgabe von Informationen verweigern, einschränken oder mit Auflagen versehen (Art. 102^{quater} Abs. 2 BStP). Weiteren Behörden und privaten Personen dürfen Daten aus dem gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahren nur «zum Schutze vor unmittelbar drohenden Gefahren» zugänglich gemacht werden (Art. 102^{quater} Abs. 3 BStP). Im Bundesstrafprozess konkretisiert sich das Ermittlungsgeheimnis auch an der Befugnis der Bundesanwaltschaft, Informationen über Personendaten zu verweigern, wenn die Auskunft «den

Zweck des Ermittlungsverfahrens in Frage stellen würde» (Art. 102^{bis} BStP).

Das schweizerische Strafverfahrensrecht, namentlich der Bundesstrafprozess, kennt keinen «*numerus clausus*» der zulässigen Zwangsmassnahmen im Ermittlungsverfahren (vgl. Art. 101 Abs. 2 BStP; Hauser/Schwenk/Hartmann, a. a. O., § 59 Rz. 3–7). Strafprozessuale Informationsverbote gegenüber Dritten, namentlich editionspflichtigen kontenführenden Banken, dienen der ungestörten Abklärung von mutmasslichen Delikten bei drohender Kollusionsgefahr (vgl. Marcel Buttlinger, Schweigepflicht der Bank im Strafverfahren, SJZ 90 [1994] 377 ff., S. 378 f.; Christiane Lentjes Meili, Zur Stellung der Banken in der Zürcher Strafuntersuchung, insbesondere bei Bankabfragen und Beschlagnahmen, Schweizer Schriften zum Bankenrecht, Bd. 41, Diss. ZH 1996, S. 217 f.; Luca Marazzi, Sull'ordine di perquisizione e sequestro bancario. La legittimazione attiva della banca a interporre reclamo contro un ordine di perquisizione e sequestro, in: *Ticino e il diritto*, Raccolta di studi pubblicati in occasione delle Giornate dei giuristi svizzeri 1997, Lugano 1997, S. 501 ff., 523; s. auch PKG 1994 Nr. 42). In Art. 319 Abs. 1 VE/StPO (2001) werden «schriftliche Weisungen» an Banken über die bei Überwachungsmassnahmen bzw. Editionsverfügungen «zu beachtende Geheimhaltung» ausdrücklich vorgesehen (vgl. auch Art. 80n Abs. 1 IRSG, Art. 10 Abs. 3 GwG). In der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, dass sich Verschwiegenheitsgebote als «Nebenverpflichtung» auch aus den gesetzlichen Editions- und Zeugnispflichten ergeben können (vgl. Buttlinger, a. a. O., S. 378–380; Marazzi, a. a. O., S. 523). Im Gegensatz zu den Berufsgheimnisträgern im Sinne von Art. 321 StGB sind Organe und Mitarbeitende einer Bank grundsätzlich editions- und zeugnispflichtig (Art. 74 Abs. 1 und Art. 77 BStP i. V. m. Art. 88^{ter}, Art. 101 Abs. 2 und Art. 103 Abs. 1 BStP; vgl. Buttlinger, a. a. O., S. 377 f.; Lentjes Meili, a. a. O., S. 219). Die Frage, inwieweit zur strafprozessualen Wahrheitsfindung strafbewehrte Informationssperren zulässig erscheinen, die nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen sind, ist in der Lehre umstritten. Schwere Eingriffe in die Freiheitsrechte der Betroffenen bedürfen einer ausreichenden formellgesetzlichen Grundlage (BGE 130 I 65 E. 3.3 S. 68, 360 E. 14.2 S. 362; 369 E. 7.3 S. 381, je mit Hinweisen; vgl. Hauser/Schwenk/Hartmann, a. a. O., § 59 Rz. 7). Soweit durch strafprozessuale Informationssperren verfassungsmässige Individualrechte tangiert werden, gelten diesbezüglich die allgemeinen Eingriffsvorbehalte von Art. 36 BV. Namentlich ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (vgl. Buttlinger, a. a. O., S. 379; Lentjes Meili, a. a. O., S. 219, 250).

(I. Öff.rechtl. Abt., 1S.11/2005, 25.7.2005, Schweizerische Bundesanwaltschaft c. Bank X und Bundesstrafgericht; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung Be)

Art. 9 BV, Art. 6 EMRK; faires Verfahren, Zustellung von Aktenstücken

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich in seiner Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK verschiedentlich mit der Frage der Zustellung von Aktenstücken befasst. In einem Fall, in

dem das Bundesgericht über eine Berufung erkannt hatte, ohne zuvor dem Berufungskläger Kenntnis von den Bemerkungen der Vorinstanz gegeben zu haben, hat er entschieden, der in Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltene Anspruch auf ein faires Verfahren verleihe den Parteien das Recht, von sämtlichen dem Gericht eingereichten Eingaben oder Vernehmlassungen Kenntnis zu erhalten und zu diesen Stellung zu nehmen. Unerheblich sei, dass die Vernehmlassung der Vorinstanz an das Bundesgericht weder Tatsachen noch Begründungen enthalte, die nicht bereits im angefochtenen Urteil aufgeführt gewesen seien. Es obliege den Parteien, zu entscheiden, ob sie zu einer Eingabe Bemerkungen anbringen oder nicht. Der Gerichtshof bejahte daher eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Urteil des EGMR i. S. N.-H. gegen Schweiz vom 18. Februar 1997, Ziff. 24, 29, in: Recueil CourEDH 1997-I S. 101; VPB 61/1997 Nr. 108 S. 961). Diese Rechtsprechung ist später im Wesentlichen bestätigt worden (Urteil des EGMR i. S. R. gegen Schweiz vom 28. Juni 2001, in: VPB 65/2001, S. 1347 Nr. 129). Eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erblickte der Gerichtshof sodann in einem weiteren, die Schweiz betreffenden Fall, in dem der Rekurrent weder von der Stellungnahme der Vorinstanz noch von jener der Gegenpartei Kenntnis erhalten hatte; dabei hob er zusätzlich hervor, auf den möglichen tatsächlichen Einfluss von Bemerkungen der Parteien auf das Urteil komme es nicht an (Urteil des EGMR i. S. Z. gegen Schweiz vom 21. Februar 2002, Ziff. 33 und 38, in: VPB 66/2002 S. 1307 Nr. 113). Das Eidgenössische Versicherungsgericht und das Bundesgericht haben sich dieser Praxis angeschlossen (Urteil H 213 1998 vom 1. Februar 1999, E. 1 a, auszugsweise in: SZIER 1999 S. 553; Urteile 5P.446/2003, 5P.18/2004, je vom 2. März 2004, 5P.314/2004 vom 1. November 2004 und 5P.18/2005 vom 15. März 2005). Sie ist in einem weiteren, die Schweiz betreffenden Fall vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erneut in Erinnerung gerufen worden (Urteil C. gegen Schweiz vom 12. Juli 2005; [Requête Nr. 7020/02]).

Wie das Obergericht selbst einräumt, ist dem Beschwerdeführer die Anschlussrekursantwort der Beschwerdegegnerin vom 8. März 2005 nicht vor dem Beschluss vom 18. April 2005 zugestellt worden, so dass sich der Beschwerdeführer im Verlaufe des Verfahrens nicht hat dazu äussern können. Damit hat das Obergericht den Grundsatz des fairen Verfahrens, wie durch Art. 6 Ziff. 1 EMRK umschrieben wird, verletzt. Dabei spielt nach der zitierten Rechtsprechung entgegen der sinngemässen Auffassung der Beschwerdegegnerin keine Rolle, ob die in der strittigen Eingabe enthaltenen Ausführungen in irgend einer Form in den angefochtenen Beschluss eingeflossen sind, was die Beschwerdegegnerin bestreitet. Eine Heilung des Mangels kommt nicht in Frage, zumal das Bundesgericht in der Sache über eine geringere Kognition verfügt als das Obergericht (zu den Heilungsvoraussetzungen im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde: BGE 126 I 68 E. 2 S. 72).

(II. Zivilabteilung, 5P.232/2005, 11. 8. 2005, X c. Y; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 29 BV; unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung

Der Beschwerdeführer rügt, die Justizkommission habe Art. 29 BV verletzt, indem sie ihm die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung verweigert habe. Die Inspektionskommission hat dazu im angefochtenen Entscheid ausgeführt, dem Beschwerdeführer sei [...] in der Person von RA Y ein amtlicher Verteidiger bestellt worden. Bei ausgewiesener Mittellosigkeit des Beschwerdeführers könnte daher diesem – und nur diesem – Unentgeltlichkeit zubilligt werden. Wenn der Beschwerdeführer für das vorliegende Haftprüfungsverfahren zusätzlich einen privaten Verteidiger bestellt habe, sei dies zwar sein gutes Recht, er könne für diesen aber nicht Unentgeltlichkeit verlangen. Daran ändere sich auch nichts, wenn er diesen mit der Führung des Strafverfahrens insgesamt betraut habe, und der amtliche Verteidiger unter dem Vorbehalt der Wiedereinsetzung für den Fall, dass der Beschwerdeführer keinen privaten Verteidiger mehr hätte, entlassen worden sei. RA X sei auf diese Rechtslage ausdrücklich hingewiesen worden, weshalb es unverständlich sei, dass er unbekümmert darum ersuche, ihn als unentgeltlichen Verteidiger einzusetzen. [...]

Dem Beschwerdeführer war für das gegen ihn laufende Strafverfahren ein amtlicher Verteidiger bestellt worden, für dessen Kosten bei nachgewiesener Mittellosigkeit der Kanton Zug aufgekomen wäre. Damit hat dieser seine in Art. 29 Abs. 3 BV verankerte Verpflichtung dem Beschwerdeführer gegenüber erfüllt, und die Justizkommission hat auch deutlich gemacht, dass RA Y erneut mit der Verteidigung des Beschwerdeführers mandatiert würde, sofern dieser nicht mehr privat verteidigt werde. Der Beschwerdeführer behauptet weder, dass der amtliche Verteidiger sein Mandat nicht pflichtgemäss wahrgenommen habe, noch dass die weitere Zusammenarbeit mit ihm aus anderen Gründen unzumutbar wäre. Die Justizkommission war unter diesen Umständen verfassungsrechtlich keineswegs verpflichtet, RA X als unentgeltlichen (amtlichen) Verteidiger einzusetzen.

(I. Öff.rechtl. Abt., 1P.447/2005, 16. 8. 2005, X c. Obergericht des Kantons Zug; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

■ Verwaltungsrecht / Droit administratif (II)

Art. 340b al. 3 CO, art. 9 Cst.; contrat de travail, mesures provisionnelles

Par ordonnance du 12 août 2004, le Tribunal de première instance du canton de Genève a rejeté la requête de X. SA demandant, à titre de mesures provisionnelles, qu'il soit fait interdiction à A. d'exercer une activité concurrente. Le Tribunal a considéré que l'employeur n'avait pas rendu vraisemblable qu'il serait concrètement menacé par l'activité de son ex-employée auprès de l'entreprise concurrente, ce qui s'opposait à l'octroi de mesures provisionnelles. Par arrêt du 18 novembre 2004, la Cour de justice du canton de Genève a admis le recours interjeté par X. SA contre la décision du 12 août 2004, a fait interdiction immédiate

à A. de poursuivre son activité au sein de l'entreprise qui l'employait et lui a ordonné de s'abstenir de faire concurrence à son ancien employeur d'une quelconque autre manière, en reprenant littéralement, dans son dispositif, l'art. 12 al. 1 du contrat de travail ayant lié les parties. En substance, la cour cantonale a retenu que l'employeur avait fourni à temps la garantie de salaire exigée et que la mauvaise atmosphère au sein de l'entreprise n'aurait pas été alléguée «avant le présent appel». Pour obtenir des mesures provisionnelles, le requérant ne devait pas établir l'existence d'un dommage, mais seulement rendre vraisemblable le risque que ses intérêts soient lésés ou menacés. Tel était le cas en l'espèce, où l'ancienne employée avait commencé à travailler auprès d'une entreprise concurrente dès le 2 juillet 2004, ce qui indiquait «qu'elle souhaitait être rapidement déliée de la clause de prohibition de concurrence contenue dans son contrat».

Les juridictions genevoises ont successivement refusé, puis accordé à l'employeur des mesures provisionnelles relatives au contrat de travail, tendant à la cessation de l'activité interdite par une clause de prohibition de concurrence. Selon la jurisprudence, c'est le droit cantonal qui détermine si et à quelles conditions on peut protéger l'employeur par voie de mesures provisionnelles (ATF 103 II 120; arrêt 4P.98/1999 du 29 juin 1999). Certaines mesures présentent les caractéristiques réunies de deux types de mesures provisionnelles; ainsi, l'interdiction de faire concurrence peut apparaître comme une simple mesure conservatoire (ou mesure provisionnelle au sens étroit, selon la terminologie genevoise) qui tend au maintien de l'objet du litige, mais elle implique aussi pour l'employé une restriction dans l'exercice de son droit et l'exécution anticipée du jugement au fond, raison pour laquelle on peut la considérer comme une mesure d'exécution anticipée (cf. Hohl, La réalisation du droit et les procédures rapides, Fribourg 1994, note de bas de page 3 p. 162).

Pour qu'une interdiction de concurrence soit prononcée par voie de mesures provisionnelles, un certain nombre de conditions formelles et matérielles doivent être réalisées. D'une part, l'employeur doit avoir respecté la forme écrite; d'autre part, la lésion ou la mise en danger des intérêts de celui-ci, ainsi que le comportement du travailleur, doivent justifier l'interdiction ou la suspension de l'activité concurrente. Ces deux dernières conditions matérielles sont cumulatives (Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Berne 2001, p. 120; Staehelin, Commentaire zurichois, n. 16 ad art. 340b CO; Bohny, op. cit., p. 162). Le raisonnement qui précède ne satisfait pas aux exigences susmentionnées et procède manifestement d'une application arbitraire de l'art. 340b al. 3 CO. En effet, la cour cantonale a méconnu que la simple violation de la clause de prohibition de concurrence – que la recourante ne remet à juste titre plus en cause – ne suffisait pas pour qu'une interdiction de travailler soit prononcée et elle a purement et simplement négligé de procéder à une balance des intérêts.

Dans tous les cas, la cour cantonale aurait dû, au terme de la pesée des intérêts en présence, retenir que l'intérêt de la recourante à continuer sa nouvelle activité l'emportait sur celui de l'intimée à obtenir la cessation immédiate provisoire de celle-ci

pour une durée indéterminée. L'inconvénient que subirait la recourante, qui serait contrainte d'abandonner son activité professionnelle pendant la durée de la procédure au fond, et se retrouverait sans revenu pendant un certain nombre de mois, était en effet majeur. De plus, la cessation temporaire de son activité, alors qu'il n'est pas démontré qu'elle pourrait en occuper une autre, vu sa profession de conseillère en personnel, la menacerait, outre de la perte de son revenu pendant cette période, d'une grande difficulté de retrouver une place de travail dans le même domaine. Partant, les juges cantonaux auraient dû refuser les mesures provisionnelles sollicitées, ce d'autant plus que la procédure au fond a déjà été introduite il y a plusieurs mois, de sorte que le risque que la clause de prohibition de concurrence ne devienne sans effet par l'écoulement du temps est en l'espèce quasi inexistant (trois ans dès le 2 juillet 2004).

(1^{re} Cour civile, 4P.293/2004, 2.5.2005, A. c/ X. SA, 1^{re} Section de la Cour de justice du canton de Genève; proposé à la publication dans le RO. – Condensé Bû)

Art. 8, 9, 29 et 30 Cst.; impôt sur les donations

Le droit fiscal vaudois connaît deux types de prescription: celle du droit d'introduire les procédures, notamment la procédure en taxation, qui est de dix ans (art. 77 de la loi vaudoise du 27 février 1963 concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et donations; ci-après: LMSD ou la loi concernant l'impôt sur les successions et les donations) et qui n'est pas en cause en l'espèce, et celle des créances d'impôt. L'art. 78 LMSD prévoit: «Les créances découlant de la présente loi se prescrivent par cinq ans dès leur exigibilité».

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'impôt fédéral direct, les actes tendant au recouvrement comprennent non seulement les actes de perception de l'impôt, mais aussi tous les actes officiels tendant à la fixation de la prétention fiscale qui sont portés à la connaissance du contribuable; ces actes incluent, par exemple, l'envoi d'un décompte complémentaire, l'envoi d'une formule de déclaration d'impôt, la sommation pour la remise de la déclaration, ainsi que la notification d'un bordereau provisoire (ATF 126 II 1; 2A.508/1995; 2A.304/1990). Dans le cadre particulier ici en cause, il n'y a pas de raison d'interpréter l'art. 135 CO en limitant les motifs d'interruption aux seules poursuites. Il n'y a pas d'arbitraire à considérer comme valables, outre les poursuites, d'autres modes d'interruption de la prescription équivalant, en droit public, aux actes mentionnés aux art. 135 et 138 CO.

En l'espèce, le donateur a imposé le versement d'une rente au donataire et le rapport de droit a en partie perdu de sa gratuité. En effet, les biens transférés n'étaient pas grevés d'une charge en faveur d'un tiers qui aurait été reprise accessoirement par le donataire, mais la rente promise au père a été constituée à l'occasion de la donation. Elle a été fixée en fonction de la valeur des biens repris et de manière à assurer une certaine égalité de traitement entre les enfants du donateur. Elle représente sans conteste une obligation contractée par le fils envers son père. La rente est, à ce titre, non pas une charge mais une contre-presta-

tion du donataire au donateur. A cet égard, la situation est différente, par exemple, de celle d'une dette hypothécaire contractée par le père et transférée au fils à l'occasion de la donation. Elle est également différente de la constitution d'un usufruit ou d'un droit d'habitation en faveur du donateur, car celui-ci «retient» ainsi temporairement une partie de la donation. L'enrichissement du donataire n'est que retardé. Tel n'est pas le cas en l'espèce de sorte qu'il est arbitraire de qualifier de charge non déductible une contre-prestation, faite dans le cadre de la donation, qui confère un caractère onéreux à une partie de l'acte et réduit considérablement l'enrichissement de l'acquéreur. Dès lors, on ne saurait considérer que la valeur capitalisée de la rente que le recourant s'est engagé à verser à son père tombe sous le coup de l'art. 27 LMSD. Ce montant doit être déduit de l'assiette de l'impôt sur les donations.

(II^e Cour de droit public, 2P.221/2004, 30.6.2005, A. c/ Administration cantonale des impôts du canton de Vaud, Tribunal administratif du canton de Vaud; non publié dans le RO. – Condensé Bû)

Art. 9 LLCA; radiation du tableau des avocats

X., a été condamné à plusieurs reprises pour violation de l'art. 169 CP. La Commission du barreau du canton de Genève a prononcé la radiation de X. du tableau des avocats car il ne remplissait plus la condition personnelle de l'art. 8 al. 1 let. b de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA; RS 935.61). La LLCA est applicable dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats et la loi cantonale sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (LPAV; RSGE E 6 10), soit depuis le 1^{er} juin 2002. A cette date, le recourant a été inscrit au tableau des avocats par la Commission du barreau, conformément à l'art. 21 al. 4 LPAV et 7 du règlement d'application de la LPAV du 5 juin 2002 (RSGE E 6 10.01). Il en résulte que sa radiation doit être examinée conformément aux nouvelles dispositions et non d'après la loi sur la profession d'avocat du 15 mars 1985 (aLPAV), même si les faits ayant conduit à sa condamnation sont antérieurs au 1^{er} juin 2002.

Pour déterminer si une condamnation est ou non incompatible avec la profession d'avocat, il y a lieu de se fonder sur les actes concrets reprochés à l'intéressé, sans égard au fait qu'ils ont été commis dans l'exercice de sa profession ou dans le cadre de sa vie privée. Seuls entrent en ligne de compte les actes commis intentionnellement ou par négligence grave, soit les actes qui ne peuvent pas être considérés comme de légers manquements. Les infractions doivent aussi être de nature à compromettre le rapport de confiance entre l'avocat et son client. En tant qu'avocat, de surcroît condamné pour les mêmes faits par le passé, il était conscient que son comportement portait préjudice à ses créanciers. Par conséquent, sa culpabilité est entière. Il faut en effet rappeler que l'encasement pour des clients est une tâche essentielle de l'avocat qui est souvent appelé à manier des fonds avec l'obligation de rendre compte à ses mandants. Or, après l'ordonnance de condamnation du Procureur général du 5 novembre 2001, il s'est encore écoulé près de trois mois avant

que sa cliente et créancière ne puisse être remboursée et retire sa plainte.

(II^e Cour de droit public, 2A.79/2005, 22.7.2005, X. c/ Commission du barreau du canton de Genève, Tribunal administratif du canton de Genève; non publié dans le RO. – Condensé Bû)

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

Art. 9 BV und § 1 Abs. 3 GebVO BS; Streitwert, Kosten und Parteientschädigung

Das nach schweizerischem PatG erteilte Patent entfaltet seine Wirkung nach ständiger Rechtsprechung ausschliesslich auf dem Territorium der Schweiz. Nach dem strengen Territorialitätsprinzip im schweizerischen Patentrecht endet der Schutz des schweizerischen Patentes an der Landesgrenze (BGE 126 III 129 E. 2 b S. 134 m. w. H.). Für die Streitwertberechnung hätten daher nur die Lizenzen berücksichtigt werden dürfen, welche die Beschwerdeführerin bei einem Gebrauch ihres als nichtig anerkannten Patentes in der Schweiz eingenommen hätte. Wenn eine Partei auf Feststellung der Nichtigkeit eines schweizerischen Patentes klagt und diese Klage anerkannt wird, hat dies für den betroffenen Patentinhaber nur Auswirkungen auf dem Gebiet der Schweiz. Demgegenüber werden dem Patentinhaber allfällige Parallelpatente in anderen zum Weltmarkt gehörenden Ländern nicht entzogen. Die in diesen Ländern erzielbaren Lizenzerträge sind daher nicht in die Streitwertberechnung einzubeziehen. Indem das Appellationsgericht für die Streitwertberechnung vom Umsatz auf dem Weltmarkt ausgegangen ist, hat es einen Kostenentscheid gefällt, der mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht und insoweit willkürlich ist.

(I. Zivilabteilung, 4P.63/2005, 25.5.2005, X AG c. Y AG; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 313 ZGB, Art. 43 ff. und 83 ff. OG; Obhutsentziehung, «Einheitsbeschwerde»

Die Berufungsklägerin hat ihre staatsrechtliche Beschwerde und Berufung als «Einheitsbeschwerde» eingereicht. Dem in Kraft stehenden Bundesrechtspflegegesetz (OG, SR 173.110) ist eine solche «Einheitsbeschwerde» fremd, und nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfen die Rechtsmittel der Berufung und der staatsrechtlichen Beschwerde nicht in einer einzigen Eingabe verbunden werden, weil sie unterschiedlichen Verfahrensregeln unterstehen und sich auch nach der Begründung, die das Gesetz für sie zulässt, deutlich unterscheiden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz rechtfertigt sich immerhin, soweit die beiden Rechtsmittel in der Eingabe äusserlich und inhaltlich klar getrennt sind (vgl. BGE 115 II 396 E. 2 a; 120 III 64 E. 2).

(II. Zivilabteilung, 5C.128/2005, 21.6.2005, X c. Obergericht des Kantons Aargau; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 18 CO; interprétation des contrats, quittance pour solde de tout compte

La transaction ou règlement transactionnel est le contrat synallagmatique et onéreux par lequel les parties terminent un litige ou mettent fin, par des concessions réciproques, à une incertitude, subjective ou objective, touchant les faits, leur qualification juridique, l'existence, le contenu ou l'étendue d'un rapport de droit, et qui peut être totale (relative à toutes les prétentions en cause) ou partielle (laissant certaines questions ouvertes) (cf. ATF 121 III 495; 111 II 349; arrêt 4C.254/2004 du 3 novembre 2004; 4C.186/2002 du 22 octobre 2002). De plus, la transaction extrajudiciaire peut inclure une quittance pour solde de tout compte, soit une déclaration de volonté unilatérale dans le cadre du contrat synallagmatique entre les parties (cf. ATF 127 III 444). L'interprétation de la transaction s'opère selon les principes contenus à l'art. 18 al. 1 CO. Une prudence particulière est requise avant de conclure à l'existence d'une quittance pour solde de tout compte, en raison de la renonciation qu'elle implique de la part du déclarant (cf. ATF 127 III 444; cf. également Renz, Die Saldoquittung und das Verzichtsverbot im schweizerischen Arbeitsrecht, thèse Zurich 1979, p. 39). Pour l'interprétation selon le principe de la confiance, le moment décisif se situe lors de la conclusion du contrat. Les circonstances survenues postérieurement à celle-ci ne permettent pas de procéder à une telle interprétation; elles constituent, le cas échéant, un indice de la volonté réelle des parties, dont la constatation ne peut pas être revue par la juridiction fédérale de réforme (ATF 129 III 675; 123 III 129).

(1^{re} Cour civile, 4C.23/2005, 24.6.2005, A. c/ B; non publié dans le RO. – Condensé Bû)

Art. 14 und 41 VStG; Regressforderung betreffend Verrechnungssteuer

Die Vorinstanz hat erwogen, Anstände über den Regressanspruch des Verrechnungssteuerpflichtigen gegenüber dem Steuerträger im Sinne von Art. 14 VStG seien nicht vom Zivilrichter, sondern ausschliesslich von der EStV gemäss Art. 41 VStG – unter Vorbehalt der Ergreifung von Rechtsmitteln (Art. 42 ff. VStG) – zu entscheiden. Da der Beklagte den Regressanspruch mit der Begründung bestreite, er sei nicht Empfänger der steuerbaren Leistung gewesen, stelle er den öffentlichrechtlichen Regressanspruch selbst in Frage, zu dessen Beurteilung die Zivilgerichte nicht zuständig seien.

Die Abgrenzung der Zuständigkeit der EStV von derjenigen der Zivilgerichte fällt nicht immer leicht (Thomas Koller, Privatrecht und Steuerrecht, Bern 1993, S. 105 f.). Nach einer älteren Lehrmeinung ergibt sich aus der öffentlichrechtlichen Natur der Regressforderung die ausschliessliche Zuständigkeit der Steuerbehörden, über Höhe, Bestand, Gläubiger und Schuldner der Regressforderung zu entscheiden (Pfund, Die eidgenössische Verrechnungssteuer, Basel 1971, N 1.3/4.1 ff., insbes. N 4.6 in fine zu Art. 14). Für den Fall, dass sich der mutmassliche oder bereits in Anspruch genommene Regressschuldner der Überwäl-

zung widersetzt, wird er auch in der neueren Lehre als legitimiert angesehen, die Regresspflicht und auch die Steuerpflicht als solche im verwaltungsrechtlichen Verfahren zu bestreiten (Reich, in Zweifel/Athanas/Bauer-Balmelli [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. II/2, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, Basel, 2005, N 36 zu Art. 14). Dagegen kann nach einer ebenfalls neueren Lehrmeinung die Kompetenz der EStV nicht so weit gehen, im Streitfall praktisch wie ein Zivilgericht zu entscheiden, wem die steuerbare Leistung wirklich zugekommen sei (vgl. Hochreutener, Verfahrensfragen im Bereich der Stempelabgaben und der Verrechnungssteuer, ASA Bd. 57, 1989, S. 602). Das Bundesgericht hat in seiner älteren Praxis erkannt, die eidgenössische Steuerverwaltung sei zuständig zum Entscheid von Streitigkeiten über jede gesetzlich zwingend vorgeschriebene Überwälzung von Abgaben zwischen dem Schuldner und seinem Gläubiger (BGE 77 I 12 E. 2 S. 18; Urteil vom 5. März 1948 E. 4, in ASA Bd. 17, 1948/49, S. 459 f.; vgl. auch das obiter dictum in BGE 108 II 490 E. 5 S. 494; Frage offen gelassen in BGE 115 Ib 274 E. 19 b S. 291 f.).

Der bundesgerichtlichen Praxis ist entgegen der in einer älteren Lehrmeinung geäusserten Ansicht nicht zu entnehmen, dass die Administrativbehörden ausschliesslich zur Beurteilung der Regressforderung eines zur Überwälzung einer Abgabe Verpflichteten zuständig sein sollten und dass der Zivilrichter insbesondere nicht befugt sein sollte, die Frage der zwingenden Überwälzung vorfrageweise zu entscheiden (so aber Pfund, a. a. O., N 4.6 in fine zu Art. 14). Die Zuständigkeit von Gerichten zur vorfrageweisen Beurteilung so genannter «fremdrechtlicher» Fragen – d. h. vorliegend nicht Fragen einer ausländischen Rechtsordnung, sondern eines andern die Zuständigkeit bestimmenden (inländischen) Rechtsgebiets – ist unbeschrieben der Art dieser Fragen im Grundsatz allgemein anerkannt (BGE 120 V 378 E. 3 a; 120 V 392 E. 2 c; 112 IV 115 E. 4 a; 110 II 360 S. 368 E. 4; 108 II 456 E. 2, je mit Hinweisen; vgl. auch Urteil 1P.595/2000 vom 23.3.2001, in ZBl 103/2002 S. 311 E. 3 b). Insbesondere sind die Zivilgerichte nach konstanter Praxis zuständig zur Beurteilung öffentlichrechtlicher Vorfragen, die (noch) nicht Gegenstand eines rechtskräftigen Entscheides der zuständigen Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden bilden (BGE 108 II 456 E. 2; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl. Bern 2001, N 131/ S. 385; Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, N 920/S. 177).

(I. Zivilabteilung, 4C.145/2005, 6.7.2005, X AG c. Y; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung Be)

Art. 133 al. 1 et 2 LDIP; litispendance et prescription

En vertu de l'art. 133 al. 1 et 2 LDIP, les prétentions consécutives à un acte illicite sont régies par le droit de l'Etat dans lequel l'auteur et le lésé ont leur résidence habituelle, s'il s'agit de personnes physiques, ou un établissement s'il s'agit de sociétés (Anton Heini, Commentaire zurichois, 2004, ch. 5 ad art. 133 LDIP). Lorsque l'auteur et le lésé n'ont pas de résidence habituelle ni d'établissement dans le même Etat, le droit applicable est celui de l'Etat dans lequel l'acte a été commis. En l'occurrence, ces ré-

gles conduisent à l'application du droit suisse car les parties sont établies dans des Etats différents et l'acte imputé aux défendresses a été commis, le cas échéant, à Neuchâtel. Selon l'art. 148 al. 1 LDIP, la prescription de la créance invoquée contre celles-ci est elle aussi régie par ce droit. Celui-ci détermine en particulier, avec la durée et le point de départ du délai, la manière de le sauvegarder, c'est-à-dire de l'interrompre (Max Keller et Daniel Girsberger, Commentaire zurichois, 2004, ch. 25 et 26 ad art. 148 LDIP). Sur la base de l'art. 60 al. 1 CO, le Tribunal cantonal a pris en considération un délai d'une année et il en a fixé le point de départ au 11 janvier 1999. Ces éléments ne sont pas mis en doute dans les actes de recours; ils échappent donc, eux aussi, à l'examen du Tribunal fédéral (art. 55 al. 1 let. c OJ; ATF 127 III 397; 116 II 92). Le Tribunal cantonal a ensuite constaté que dans ce délai, la demanderesse a ouvert une action judiciaire en Allemagne et il a également constaté que cette démarche entraînait, au regard du droit allemand, une suspension de la prescription. Sur ce dernier point, son raisonnement est erroné puisque la prescription est régie par le droit suisse. Il s'imposait plutôt d'examiner si l'action ouverte à l'étranger, à l'instar d'une action ouverte en Suisse, avait interrompu la prescription par l'effet de l'art. 135 ch. 2 CO. L'interruption doit être reconnue en tous cas lorsque le tribunal saisi à l'étranger était compétent, tant selon son propre droit que selon les règles suisses de la compétence judiciaire en matière internationale, et que les conditions formelles de l'action étaient remplies (Keller/Girsberger, op. cit., ch. 26; Stephen Berti, Commentaire zurichois, 2002, ch. 119 ad art. 135 CO). Dans la présente affaire, ces exigences étaient satisfaites en ce qui concerne la compétence internationale, compte tenu du for ordinaire prévu par l'art. 2 al. 1 CL; pour le surplus, elles dépendaient du droit étranger dont le Tribunal fédéral ne contrôle pas l'application. L'action ouverte en Allemagne a donc effectivement interrompu la prescription.

(1^{re} Cour civile, 4C.144/2005, 4.8.2005, A. GmbH & Co. et B. GmbH c/ C. SA; non publié dans le RO. – Condensé BÜ)

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

Art. 173 Ziff. 1 und 32 StGB; Ehrverletzung, Berufspflicht

Gegenstand des [...] Verfahrens ist einzig die im Plädoyer des Beschwerdeführers enthaltene Äusserung über den Beschwerdegegner: «... seine Mittel sind nicht schön oder nicht legal». [...] Die inkriminierte Äusserung ist, soweit sie den Vorwurf des Einsatzes von nicht legalen Mitteln enthält, ehrverletzend. Sie berührt den Ruf, ein ehrbarer Mensch zu sein, d. h. sich so zu benehmen, wie nach allgemeiner Anschauung ein charakterlich anständiger Mensch sich zu verhalten pflegt. Wer zur Erreichung gewisser Ziele im Rahmen eines – selbst heftig geführten – Verfahrens betreffend Kindesuteilung (angeblich) nicht legale Mittel einsetzt, verhält sich nicht wie ein charakterlich anständiger Mensch. Die inkriminierte Äusserung ist ehrverletzend, auch wenn sie nicht den Vorwurf eines strafbaren Verhaltens enthält.

Dass sie zum einen pauschal und zum andern als Erwiderung auf vorangegangene Äusserungen des Gegenanwalts im Rahmen eines äusserst strittigen Prozesses betreffend Kindesuteilung gefallen ist, berührt ihre Tatbestandsmässigkeit nicht.

Die Rechtfertigungsgründe des Allgemeinen Teils des Strafbuches, unter anderem der Rechtfertigungsgrund der Berufspflicht gemäss Art. 32 StGB, haben Vorrang vor dem Entlastungsbeweis im Sinne von Art. 173 Ziff. 2 StGB, der nur zum Zuge kommt, wenn die Strafflosigkeit sich nicht bereits aus einem Rechtfertigungsgrund ergibt (BGE 116 IV 211 E. 4a; 123 IV 97 E. 2c/aa mit Hinweisen). Ehrverletzende Äusserungen von Parteien und ihren Anwälten im Prozess sind aufgrund der aus der Verfassung und aus gesetzlichen Bestimmungen sich ergebenden Darlegungsrechte und -pflichten beziehungsweise durch die Berufspflicht gemäss Art. 32 StGB gerechtfertigt, sofern sie sachbezogen sind, nicht über das Notwendige hinausgehen, nicht wider besseres Wissen erfolgen und blosser Vermutungen als solche bezeichnen (BGE 118 IV 153 E. 4b, 248 E. 2c).

Diese Rechtsprechung zur Anwendung von Art. 32 StGB bei Äusserungen von Anwälten im Prozess stimmt im Kern mit Lehre und Praxis zur Berufsregel überein, wonach die Anwältinnen und Anwälte zur sorgfältigen und gewissenhaften Ausübung ihres Berufes verpflichtet sind (siehe nun Art. 12 lit. a des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte [Anwaltsgesetz, BGFA, SR 935.61], in Kraft seit 1. Juni 2002). Diese Pflicht gilt nicht nur im Verhältnis zum Klienten, sondern auch im Verhältnis zu den staatlichen Behörden und zur Gegenpartei (vgl. BGE 130 II 270 E. 3.2 mit Hinweisen). Der Anwalt ist allerdings in erster Linie Verfechter von Parteiinteressen und als solcher einseitig für seinen Mandanten tätig (BGE 106 Ia 100 E. 6b S. 105; Walter Fellmann, in Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 12 N 31). Er soll aber auch im Kontakt mit der Gegenpartei sachlich bleiben und auf persönliche Beleidigungen, Verunglimpfungen oder beschimpfende Äusserungen verzichten. Der Anwalt darf zwar energisch auftreten und sich scharf ausdrücken, nicht aber die Gegenpartei unnötig verletzen, das heisst keine Äusserungen tun, die für den Prozess sachlich bedeutungslos sind und nur die Gegenpartei demütigen oder schikanieren sollen (zum Ganzen Walter Fellmann, a. a. O., Art. 12 N 49 f. mit Hinweis auf einen Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug).

[...] Von einem Anwalt kann [...] nicht verlangt werden, dass er jeden einzelnen Satz seines Plädoyers daraufhin überprüft, wie er von der Gegenpartei oder von einem aussenstehenden Dritten interpretiert werden könnte. Wollte man solches fordern und damit den Anwalt wegen unpräziser oder zugespitzter Äusserungen dem Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung etwa wegen Ehrverletzung aussetzen, würde die verfassungsrechtlich geschützte Aufgabe des Anwalts, die Parteiinteressen seines Klienten umfassend und dezidiert zu wahren, unnötig erschwert. Die inkriminierte Äusserung ist demnach durch die Berufspflicht des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 32 StGB gerechtfertigt.

(Kassationshof, 6S.415/2004, 6P.154/2004, 23.6.2005, X c. Kantonsgericht Basel-Landschaft; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung Be)

Art. 10 c al. 1 LAVI; violation de la LAVI

Le 23 mars 2001, les Chambres fédérales ont introduit dans la LAVI des dispositions particulières pour protéger la personnalité des enfants victimes dans la procédure pénale (section 3a; art. 10a à 10d LAVI). Parmi ces dispositions figure l'art. 10c LAVI, selon lequel l'enfant ne doit en principe pas être soumis à plus de deux auditions sur l'ensemble de la procédure (al. 1). L'alinéa 3 précise qu'une seconde audition est organisée si, lors de la première, les parties n'ont pas pu exercer leurs droits, ou si cela est indispensable au bon déroulement de l'enquête ou à la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant. Dans son rapport, la Commission des affaires juridiques du Conseil national explique que cette disposition se justifie, car un interrogatoire sur les circonstances de l'acte peut entraîner chez l'enfant victime un effet traumatisant et que cette seconde atteinte psychique, appelée «victimisation secondaire», est à peine moindre que celle qui est subie du fait de l'infraction (FF 2000 p. 3510ss, spéc. p. 3525; ATF 129 IV 179 consid. 2.3 p. 183).

Il résulte tant de la systématique de la loi que des travaux préparatoires que ce nouvel art. 10c al. 1 LAVI a été introduit dans l'intérêt de l'enfant victime et non de l'auteur de l'infraction. En ordonnant une expertise de crédibilité, alors que les fillettes ont déjà été entendues à deux reprises dans la procédure pénale, la décision attaquée déroge au principe des deux auditions posé à l'art. 10c al. 1 LAVI, ce qui pourrait avoir un effet traumatisant pour les jeunes victimes. Elles seules auraient donc pu recourir contre cette décision pour sauvegarder leurs intérêts. En revanche, le recourant, qui n'est pas touché directement par cette décision, ne saurait se prévaloir que le tribunal a violé l'art. 10c al. 1 LAVI pour obtenir une amélioration de sa propre situation. Le recourant n'a donc pas d'intérêt juridique pour contester l'application de l'art. 10c al. 1 LAVI.

(Cour de cassation pénale, 6S.145/2005, 17.7.2005, X. c/ D., B, Procureur général du canton du Valais; proposé à la publication dans le RO. – Condensé BÜ)

Art. 9, 29 al. 2 et 3 Cst.; assistance judiciaire

Le droit à l'assistance judiciaire est de nature strictement personnelle. Seul en est détenteur celui qui a qualité de partie au procès, et ce pour autant que les conditions de son octroi – à savoir, en particulier, l'indigence du requérant et le caractère non dénué de chance de succès de sa cause – soient réalisées. Ainsi, en cas de décès, les héritiers qui reprennent le procès ne sauraient se prévaloir de l'assistance judiciaire accordée au défunt; il en va de même, de façon plus générale, dans tous les cas de substitution des parties au procès: le droit à l'assistance judiciaire s'éteint, ce qui doit être constaté judiciairement; en revanche, si la requête d'assistance judiciaire n'a pas encore été tranchée, l'intérêt juridiquement protégé du requérant à obtenir une décision à cet égard n'existe plus. Il résulte de ce qui précède que le dépôt d'une requête d'assistance judiciaire sur laquelle il n'a pas

encore été statué ne confère aucun droit à des tiers. En revanche, une fois que ladite requête est admise, l'assistance déploie des effets en faveur de ceux-ci en ce sens que les frais déjà intervenus sont couverts et que les héritiers, par exemple, n'ont pas à les assumer. De même, l'avocat d'office éventuellement désigné reçoit de l'État les honoraires qui lui sont dus pour la durée de l'assistance judiciaire (arrêt 5P.220/2003 du 23 décembre 2003). En l'occurrence, il n'y a pas lieu de déterminer si l'avocat d'office peut directement déduire de l'art. 29 al. 3 Cst. ou des dispositions cantonales correspondantes un droit personnel à être indemnisé par l'État, le recourant n'ayant pas été institué à ce titre. Dans une telle hypothèse, la seule possibilité dont dispose le mandataire est de poursuivre les héritiers de son client décédé. A cet égard, il importe peu que la succession ait, comme en l'espèce, été répudiée: si, après la liquidation, le solde sur lequel l'avocat espérait prélever ses honoraires se révèle insuffisant, voire inexistant, il n'appartient pas à l'État de couvrir sa perte. Enfin, le recourant expose à juste titre que l'avocat d'office a qualité pour introduire personnellement un recours contre le montant de l'indemnité qui lui a été allouée (à ce sujet: ATF 129 I 65). Cet argument ne lui est cependant d'aucun secours, la relation juridique entre l'avocat et l'État susceptible de fonder une telle indemnité étant ici inexistante (cf. arrêt 5P.220/2003 du 23 décembre 2003).

(I^{re} Cour civile, 5P.164/2005, 29.7.2005, X., avocat c/ 1^{er} et 2^e Cours civiles du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel; non publié dans le RO. – Condensé BÜ)

Art. 10 et 13 CP; arrêt de renvoi

Le 22 juin 2005, le Tribunal d'accusation du Tribunal cantonal du canton de Vaud a renvoyé A. devant le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne comme accusé d'assassinat, subsidiairement de meurtre, de mise en danger de la vie d'autrui, de lésions corporelles graves, de lésions corporelles simples qualifiées et de violation grave des règles de la circulation routière, alors que l'expert avait antérieurement conclu à son irresponsabilité totale.

Il s'agit de savoir si cet arrêt cause au recourant un dommage irréparable, par quoi on entend exclusivement le préjudice qui ne peut pas être réparé ultérieurement, notamment par le jugement final (ATF 131 I 57; 127 I 92; 126 I 207). Tel n'est pas le cas de la décision ordonnant le renvoi de l'accusé en jugement (ATF 115 Ia 311). En effet, comme le rappelle la décision attaquée, le Tribunal correctionnel aura l'occasion d'entendre le recourant, de le confronter aux parties civiles, de faire compléter les rapports d'expertise en cas de besoin. Il est ainsi possible que l'autorité de jugement, à l'issue des débats, tienne le recourant pour irresponsable des actes qui lui sont reprochés, comme il le soutient.

(I^{re} Cour de droit public, 1P.467/2005, 16.8.2005, A. c/ Ministère public du canton de Vaud, Tribunal d'accusation du Tribunal cantonal du canton de Vaud; non publié dans le RO. – Condensé BÜ)

■ Sozialversicherungsrecht / Droit des assurances sociales (V)

Art. 61 let. g LPGA; indemnité de dépens

Selon l'art. 61 LPGA, sous réserve de l'art. 1 al. 3 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, la procédure devant le tribunal cantonal des assurances est réglée par le droit cantonal. L'art. 61 let. g LPGA dispose que le recourant qui obtient gain de cause a droit au remboursement de ses frais et dépens dans la mesure fixée par le tribunal; leur montant est déterminé sans égard à la valeur litigieuse d'après l'importance et la complexité du litige. L'art. 61 let. g LPGA reprend la réglementation de l'art. 85 al. 2 let. f 2^{ème} phrase aLAVS abrogé avec l'entrée en vigueur de la LPGA le 1^{er} janvier 2003, auquel renvoyait l'art. 69 aLAI dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002. Le point de savoir si et à quelles conditions une partie a droit à des dépens en instance cantonale de recours lorsqu'elle obtient gain de cause dans le domaine de l'AI relève dès lors du droit fédéral et dépend, d'une part, de l'issue du litige et, d'autre part, de la personne de l'ayant droit (cf. ATF 129 V 115). Dans la mesure où il est l'expression de principes de droit fédéral, l'art. 61 let. g LPGA est d'emblée exclu du champ d'application des dispositions transitoires de l'art. 82 al. 2 LPGA (ATF 130 V 324; arrêt M. du 10 août 2004 [K 121/03]) et s'applique immédiatement en tant que règle de procédure, soit dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 129 V 115). Aussi, le droit aux dépens pour la procédure cantonale est-il soumis à l'art. 61 let. g LPGA, le jugement entrepris du 2 juin 2004 ayant été rendu après le 1^{er} janvier 2003.

Selon la jurisprudence relative à l'art. 85 al. 2 let. f aLAVS, qui reste applicable sous l'empire de la LPGA pour l'interprétation de l'art. 61 let. g LPGA (SVR 2004 ALV n° 8 p. 22; arrêt v. F. du 14 avril 2005 [I 245/04]), un assuré représenté gratuitement par une institution publique d'assistance ne peut prétendre de dépens devant l'autorité judiciaire cantonale, faute de justification économique. Contrairement aux représentants relevant d'organismes tels que l'Association suisse des invalides, le Service juridique de la Fédération suisse pour l'intégration des handicapés ou Pro Infirmis, l'Hospice général est une institution qui ne tire pas ses ressources des cotisations ou du soutien financier de ses membres, mais essentiellement de subventions étatiques destinées à lui permettre de mener à bien sa fonction d'organisme d'assistance publique (ATF 126 V 12).

(II^e Chambre, I 547/04, 29.7.2005, Office cantonal AI Genève c/ B, Hospice Général; non publié dans le RO. – Condensé Bû)

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 I 366	Nr. 128	Anspruch auf gesetzmässiges Gericht; sachliche Zuständigkeit der kantonalen Sozialversicherungsgerichte zur Beurteilung von nicht auf Bundessozialversicherungsrecht beruhenden Streitigkeiten
131 I 24	Nr. 135	Zivilprozess; Abgrenzung Parteiwechsel/Berichtigung der Parteibezeichnung; Rechtsmittel
131 I 57	Nr. 129	Anspruch auf einen unbefangenen Richter im Verfahren auf Bestreitung des fehlenden neuen Vermögens i. S. v. Art. 265 a SchKG
130 II 217	Nr. 136	Internationale Rechtshilfe in Strafsachen; Gewährung von Rechtshilfe an einen Staat, mit dem keine entsprechenden Verträge bestehen (Taiwan); Verfahrensgarantien; Verjährung
130 II 236	Nr. 137	Internationale Rechtshilfe in Strafsachen; Tragweite des Umstandes, dass die verlangten Unterlagen im ersuchenden Staat (i. c. Frankreich) der militärischen Geheimhaltung unterstehen; Anforderungen an das Rechtshilfeersuchen
130 II 247	Nr. 138	Internationale Rechtshilfe in Strafsachen; Tragweite der militärischen Geheimhaltung in einem Drittstaat (Fürstentum Liechtenstein)
131 II 228	Nr. 139	Internationale Rechtshilfe in Strafsachen; Gewährleistung der Verteidigungsrechte und der Unschuldsvermutung durch den ersuchenden Staat; Verbot der Todesstrafe (Taiwan)
131 III 173	Nr. 134	Internationale Schiedsgerichtsbarkeit; Voraussetzungen für einen gültigen Verzicht auf die staatsrechtliche Beschwerde i. S. v. Art. 85 lit. c OG
131 III 252	Nr. 132	Ehescheidung; güterrechtliche Auseinandersetzung; Errungenschaftsbeteiligung; Mehrwertanteil; Erfordernis der Schriftform für abweichende Vereinbarungen
130 V 472	Nr. 140	Leistungspflicht für zahnärztliche Behandlungen, die mit einer Allgemeinerkrankung im Zusammenhang stehen (i. c. Brustkrebs); Begriff der Allgemeinerkrankung; Überprüfung der Verfassungs- und Gesetzeskonformität von Art. 18 KLV

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

Rechtsetzung des Bundes (9. September–20. Oktober 2005)*
Législation fédérale (9 septembre–20 octobre 2005)***I. In-Kraft-Treten**

Bundesgesetze/Bundesbeschlüsse/Verordnungen

1. Staat – Volk – Behörden

Verordnung vom 24. August 2005 über die Gebühren der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (GebV Stiftungsaufsicht) (AS 2005 4543, SR 172.041.18); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

2. Privatrecht – Zivilrechtspflege – Vollstreckung

Änderung vom 8. Oktober 2004 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (AS 2005 4545, SR 210); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

Änderung vom 8. Oktober 2004 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (AS 2005 4545, SR 220); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

Verordnung vom 24. August 2005 über die Revisionsstelle von Stiftungen (AS 2005 4555, SR 211.121.3); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

Aufhebung vom 24. August 2005 der Verordnung vom 7. Juni 1993 über die Gebühren der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht beim Eidgenössischen Departement des Innern (AS 2005 4543, SR 211.121.4); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

Änderung vom 24. August 2005 der Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937 (HRegV) (AS 2005 4557, SR 221.411); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

6. Finanzen

Änderung vom 18. März 2005 des Bundesgesetzes vom 27. Juni 1973 über die Stempelabgaben (StG) (AS 2005 3577, SR 641.10); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

Änderung vom 8. Oktober 2004 des Bundesgesetzes vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG) (AS 2005 4545, SR 641.20); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

Änderung vom 8. Oktober 2004 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG) (AS 2005 4545, SR 642.11); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

Änderung vom 8. Oktober 2004 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) (AS 2005 4545, SR 642.14); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

Änderung vom 8. Oktober 2004 des Bundesgesetzes vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer (VStG) (AS 2005 4545, SR 642.21); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

Änderung vom 14. Juli 2005 des Bundesgesetzes vom 12. Juni 1959 über die Wehrpflichtersatzabgabe (WPEG) (AS 2005 3585, SR 661); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

I. Entrée en vigueur

Lois fédérales/Arrêtés fédéraux/Ordonnances

1. Etat – Peuple – Autorités

Ordonnance du 24 août 2005 sur les émoluments perçus par l'autorité fédérale de surveillance des fondations (OEm Surveillance des fondations) (RO 2005 4543, RS 172.041.18); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

2. Droit privé – Procédure civile – Exécution

Modification du 8 octobre 2004 du code civil suisse du 10 décembre 1907 (RO 2005 4545, RS 210); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

Modification du 8 octobre 2004 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (RO 2005 4545, RS 220); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

Ordonnance du 24 août 2005 concernant l'organe de révision des fondations (RO 2005 4555, RS 211.121.3); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

Abrogation du 24 août 2005 de l'ordonnance du 7 juin 1993 sur les émoluments perçus pour les prestations de l'autorité fédérale de surveillance des fondations auprès du Département fédéral de l'intérieur (RO 2005 4543, RS 211.121.4); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

Modification du 24 août 2005 de l'ordonnance du 7 juin 1937 sur le registre du commerce (ORC) (RO 2005 4557, RS 221.411); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

6. Finances

Modification du 18 mars 2005 de la loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT) (RO 2005 3577, RS 641.10); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

Modification du 8 octobre 2004 de la loi fédérale du 2 septembre 1999 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (Loi sur la TVA, LTVA) (RO 2005 4545, RS 641.20); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

Modification du 8 octobre 2004 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD) (RO 2005 4545, RS 642.11); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

Modification du 8 octobre 2004 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID) (RO 2005 4545, RS 642.14); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

Modification du 8 octobre 2004 de la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA) (RO 2005 4545, RS 642.21); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

Modification du 14 juillet 2005 de la loi fédérale du 12 juin 1959 sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir (LTEO) (RO 2005 3585, RS 661); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

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

Änderung vom 18. März 2005 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG) (AS 2005 3587, SR 832.10); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

Änderung vom 27. April 2005 der Verordnung vom 4. März 1996 über den Ausgleich der Folgen der kalten Progression für die natürlichen Personen bei der direkten Bundessteuer (Verordnung über die kalte Progression, VKP) (AS 2005 1937, SR 642.119.2); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

Änderung vom 10. Juni 2005 der Verordnung vom 3. Oktober 1994 über die Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge (WEFV) (AS 2005 4279, SR 831.411); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

Änderung vom 10. Juni 2005 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) (AS 2005 4279, SR 831.441.1); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

Änderung vom 10. Juni 2005 der Verordnung vom 13. November 1985 über die steuerliche Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen (BVV 3) (AS 2005 4279, SR 831.461.3); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

Änderung vom 29. Juni 2005 der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV) (AS 2005 3591, SR 837.02); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

Änderung vom 10. Juni 2005 der Verordnung vom 3. März 1997 über die obligatorische berufliche Vorsorge von arbeitslosen Personen (AS 2005 4279, SR 837.174); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Januar 2006.

7. Öffentliche Werke – Energie – Verkehr

Berichtigung vom 27. September 2005 der Verordnung vom 27. Oktober 1976 über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (Verkehrszulassungsverordnung, VZV) (AS 2005 4633, SR 741.51); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Dezember 2005.

Änderung vom 27. Oktober 2004 der Verordnung vom 18. Oktober 2000 über das automatisierte Administrativmassnahmen-Register (ADMAS-Register-Verordnung) (AS 2004 5073, SR 741.55); Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens: 1. Dezember 2005.

III. Vernehmlassungen

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>)

Modification du 18 mars 2005 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal) (RO 2005 3587, RS 832.10); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

Modification du 27 avril 2005 de l'ordonnance du 4 mars 1996 sur la compensation des effets de la progression à froid pour les personnes physiques en matière d'impôt fédéral direct (Ordonnance sur la progression à froid, OPFr) (RO 2005 1937, RS 642.119.2); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

Modification du 10 juin 2005 de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL) (RO 2005 4279, RS 831.411); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

Modification du 10 juin 2005 de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) (RO 2005 4279, RS 831.441.1); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

Modification du 10 juin 2005 de l'ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3) (RO 2005 4279, RS 831.461.3); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

Modification du 29 juin 2005 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI) (RO 2005 3591, RS 837.02); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

Modification du 10 juin 2005 de l'ordonnance du 3 mars 1997 sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs (RO 2005 4279, RS 837.174); entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2006.

7. Travaux publics – Energie – Transports et communications

Errata du 27 septembre 2005 de l'ordonnance du 27 octobre 1976 réglant l'admission des personnes et des véhicules à la circulation routière (Ordonnance réglant l'admission à la circulation routière, OAC) (RO 2005 4633, RS 741.51); entrée en vigueur: 1^{er} décembre 2005.

Modification du 27 octobre 2004 de l'ordonnance du 18 octobre 2000 sur le registre automatisé des mesures administratives (Ordonnance sur le registre ADMAS) (RO 2004 5073, RS 741.55); entrée en vigueur: 1^{er} décembre 2005.

III. Procédures de consultation en cours

Mesures complémentaires dans le domaine du droit pénal nécessaires à la mise en œuvre 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/f/gg/pc/pendent.html>)

Anpassung der Asylstrukturen, Teilrevision der Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen und weitere Verordnungsänderungen

Die starke Abnahme der Asylgesuche erfordert strukturelle und organisatorische Anpassungen, welche kurzfristig im Rahmen des geltenden Rechts mit Änderung der entsprechenden Verordnungen umzusetzen sind. Frist: 7. 12. 2005.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/d/egg/pc/pendent.html>)

Innerstaatliche Umsetzung des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafen (Anti-Folter-Konvention)

Das von der Schweiz am 25. Juni 2004 unterzeichnete Fakultativprotokoll will insbesondere durch Besuche und Kontrollen internationaler und nationaler Gremien in Gefängnissen und Anstalten den Schutz vor Folter verstärken. Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem UN-Unterausschuss unbeschränkten Zugang zu allen Orten, an denen Personen die Freiheit entzogen ist, sowohl zu bedeutsamen Informationen zu gewähren. Das Fakultativprotokoll sieht ferner die Schaffung nationaler Kommissionen vor, welche die gleichen Befugnisse wie der Unterausschuss haben. Der Bundesrat schlägt vor, eine nationale Kommission zu Verhütung der Folter einzusetzen. Frist: 31. 12. 2005.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/d/egg/pc/pendent.html>)

Sofortmassnahmen im Bereich der Ehepaarbesteuerung

Die im Bundesgesetz über die direkte Bundesteuer bestehende Ungleichbehandlung von Zweiverdiener-Ehepaaren gegenüber gleich situierten Zweiverdiener-Konkubinatspaaren soll abgebaut werden. Der Bundesrat fasst hierzu eine Neugestaltung des Zweiverdienerabzugs ins Auge. Konkret wird vorgeschlagen, 50 % des niedrigeren Ehepaarverdiensts bis zu einem Maximum von CHF 55 000.– zum Abzug zuzulassen. Die zu erwartenden Mindereinnahmen von 750 Millionen Franken (Basis: Finanzplanjahr 2009) sollen sowohl einnahmen- als auch ausgabenseitig finanziert werden. Frist: 31. 12. 2005.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/d/egg/pc/pendent.html>)

Basel II – Umsetzung in der Schweiz

Umsetzung der Standards «International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards – A Revised Framework» (Juni 2004) des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht in der Schweiz. Frist: 31. 12. 2005.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/d/egg/pc/pendent.html>)

Weiterentwicklung der Agrarpolitik (Agrarpolitik 2011)

Die Vernehmlassungsunterlage ist darauf ausgerichtet, die Wettbewerbsfähigkeit der gesamten Nahrungsmittelwirtschaft zu verbessern. Parallel sollen die Zahlungsrahmen 2008 bis 2011 für die Landwirtschaft so ausgestaltet werden, dass der Strukturanpassungsprozess möglichst sozialverträglich abläuft. Frist: 16. 12. 2005.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/d/egg/pc/pendent.html>)

Adaptation des structures d'asile, modification de l'ordonnance 2 sur l'asile relative au financement et d'autres ordonnances

La forte régression des demandes d'asile nécessite des adaptations structurelles et organisationnelles susceptibles d'être mises en œuvre à brève échéance, en vertu du droit en vigueur, à condition que les ordonnances y afférentes soient modifiées. Date limite: 7. 12. 2005.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/f/egg/pc/pendent.html>)

Mise en œuvre sur le plan interne du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Le protocole facultatif, que la Suisse a signé le 25 juin 2005, vise à renforcer la prévention de la torture, notamment en instaurant des visites et des contrôles effectués par les organismes nationaux et internationaux dans les établissements dans lesquels des personnes sont privées de leur liberté. Les Etats Parties s'engagent à donner au Sous-comité de l'ONU accès à tous les lieux où se trouvent ces personnes, ainsi qu'à toutes les informations pertinentes qu'il pourrait demander. Le protocole facultatif prévoit, en outre, la mise en place de d'une commission nationale ayant les mêmes prérogatives que le sous-comité. Le Conseil fédéral propose d'instituer une Commission nationale de prévention de la torture. Date limite: 31. 12. 2005.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/f/egg/pc/pendent.html>)

Mesures immédiates portant sur l'imposition des couples mariés

L'avant projet vise à atténuer la discrimination fiscale, toujours existante dans la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD), des couples mariés à deux revenus par rapport aux concubins dans la même situation. Le Conseil fédéral propose de réaménager la déduction pour les couples à deux revenus. Concrètement, la déduction sera fixée à 50 % du revenu le moins élevé des époux, limitée à un maximum de 55 000 francs. La diminution probable des recettes de 750 millions de francs (année 2009 du plan financier) serait compensée par une hausse des recettes, d'une part, et par une diminution des dépenses, d'autre part. Date limite: 31. 12. 2005.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/f/egg/pc/pendent.html>)

Mise en application du Nouvel accord de Bâle sur les fonds propres (Bâle II)

Mise en application du standard «International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards – A Revised Framework» (juin 2004) du Comité de Bâle pour le contrôle bancaire. Date limite: 31. 12. 2005.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/f/egg/pc/pendent.html>)

Evolution future de la politique agricole (Politique agricole 2011)

Le projet présenté dans le dossier de consultation vise à améliorer la compétitivité du secteur agroalimentaire dans son ensemble. Parallèlement, il convient de concevoir les enveloppes financières pour les années 2008 à 2011 de manière à rendre le processus d'ajustement structurel aussi supportable que possible sur le plan social. Date limite: 16. 12. 2005.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/f/egg/pc/pendent.html>)

Verordnung über Koexistenzmassnahmen beim Anbau von gentechnisch veränderten Pflanzen sowie beim Umgang mit daraus gewonnenem Erntegut (Koexistenzverordnung)

Mit dem Gentechnikgesetz vom 21. März 2003 hat das Parlament die Anforderungen für die Zulassung und den Umgang mit gentechnisch veränderten Organismen definiert. Die Verfahren für die Zulassung gentechnisch veränderter Organismen als Lebens- und Futtermittel sowie für den Anbau sind bereits geregelt. Zur Gewährleistung des Schutzes der Produktion ohne gentechnisch veränderte Organismen bei gleichzeitigem Anbau gentechnisch veränderter Pflanzen wird die Koexistenzverordnung vorgeschlagen. Frist: 3. 1. 2006.

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

Anhörung zur Revision von Verordnungsbestimmungen im Bereich des Strassenverkehrs (VVV, MOFIS-Vo, VZV, ADMAS-Vo, FABER-Vo, TGV)

Einführung des elektronischen Versicherungsnachweises (eVn), Einführung einer einheitlichen Verweilfrist von zehn Jahren für administrative Massnahmen, Anpassung der Typengenehmigungsverordnung. Frist: 16. 12. 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>.

Ordonnance sur les mesures de coexistence lors de la culture de plantes génétiquement modifiées et lors de l'utilisation du produit de la récolte (Ordonnance sur la coexistence)

Dans la loi du 21 mars 2003 sur le génie génétique, le Parlement a défini les exigences liées à l'homologation et à l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés (OGM). Les procédures à suivre pour l'homologation d'OGM comme denrée alimentaire et aliment pour animaux, ainsi que pour la culture de ces organismes, sont déjà réglées. L'ordonnance sur la coexistence vise, quant à elle, à assurer la protection de la production sans OGM en présence de cultures d'OGM. Date limite: 3. 1. 2006.

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

Consultation portant sur la révision de plusieurs ordonnances relatives à la circulation routière (OAV, MOFIS, OAC, ADMAS, FABER, ORT)

Introduction de l'attestation d'assurance électronique (AAE), Introduction d'un délai uniforme de conservation de dix ans pour les mesures administratives, Adaptation de l'ordonnance sur la réception par type des véhicules routiers (ORT). Date limite: 16. 12. 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>.



Entracte · Justitia (Forts.)

Fortsetzung von Seite 444

»Wenn er was geschnallt hat, dann müssten uns die Sektenheinis jetzt eigentlich gleich schnappen«, raunte Sofie.

Pat grunzte zustimmend und schaute sich um. Das Licht war immer noch diffus, aber man konnte bereits die einzelnen Bäume und Sträucher voneinander unterscheiden. Keine Bewegung, nichts Ungewöhnliches. Aber das Gelände war unübersichtlich: Wald und Dickicht, durchsetzt von Hügeln und Felsbrocken, alles eingebettet in die Flanken des Laufentals. »Aber nur wenn Schmied mit dem Weissen Wind gemeinsame Sache macht«, ergänzte er. »Über ein normales Anwaltsmandat hinausgehend, meine ich.«

»Und falls Janssens Leute überhaupt von dem Geheimgang wissen.«

»Wenn die Höhle überhaupt existiert und immer noch begehbar ist.«

»Und nicht am Ausstieg sowieso eine Überraschung wartet, ein Empfangskomitee, ein Falle, oder mindestens ein Deckel. In dem Fall müssten sich die Weissen Engelchen nämlich gar nicht hierher bemühen. Wir sind ja nicht mal auf ihrem Anwesen, sondern lediglich in der Nähe.«

»Ziemlich viele Wenns, wenn du mich fragst«, schloss Pat. »Aber wenn ich ehrlich sein darf: Wohl fühle ich mich hier nicht gerade.« Er beobachtete, wie sich die tief hängenden Wolken gerade daran machten, die Gipfel der umliegenden Anhöhen zu verschlingen. Bald war die über ihnen liegende Burg Hohenfels dran, und in Kürze würde das ganze Laufental von dichtem Nebel durchdrungen sein.

»Und wo ist nun dieser Höhleneingang?« Sofie starrte angestrengt auf die Felswand, die vor ihnen aus dem Morgengrauen wuchs.

Pat klaubte den Plan aus seinem Daypack mit der Ausrüstung und studierte ihn. »Ungefähr bei den Sträuchern dort.«

»Schade, dass wir unsere Lampen nicht benutzen dürfen. Aber bald ist es ja hell.«

»Und neblig«, bemerkte Pat, während sie los stapften. »Wahrscheinlich besser so, sonst fallen wir nur auf, auch ohne Lampen.«

Nach einigen Minuten erreichten sie die Sträucher und sahen sich um. Weit und breit keine Höhle.

»Lass uns mal die ganze Felswand ablaufen«, schlug Sofie vor.

Fluchend strauchelten sie auf dem rutschigen Steilhang nach Norden und wieder zurück – nichts. Dann folgten sie der Wand nach Süden und zurück – wieder nichts.

»Falls es diese Höhle wirklich gibt«, keuchte Pat, »dann muss der Eingang hinter diesem Dickicht verborgen sein. In Sachen Tarnung macht das ja auch durchaus Sinn. Jedenfalls ist es unsere letzte Chance.«

Sie fischten die Arbeitshandschuhe aus dem Rucksack und machten sich ans Werk. Meter für Meter kämpften sie sich durch das Gestrüpp.

»Bisher mochte ich Brombeeren«, stöhnte Sofie, währenddem sie sich von einer besonders aufdringlichen Ranke befreite.

»Du bist mir mal eine schöne Öko-Tussi«, lachte Pat. Als er das Funkeln in Sofies Augen bemerkte, widmete er sich wieder hingebungsvoll dem Vorwärtkommen.

Endlich erreichten sie die Felswand. Da sie teilweise dicht überwachsen war, teilweise stark zerklüftet, mussten sie sie systematisch absuchen. Aber sie fanden nichts.

»Die einzige Höhle, die ich sehe«, stöhnte Pat, »ist das 20 Zentimeter hohe Loch dort drüben, der Fuchsbau.«

»Die ganze Schufferei, und wir sind keinen Schritt weiter gekommen.« Sofie liess sich auf die Erde sinken. »So ein verfluchter Mist.«

»Dann ist der Plan von Luzifer also Humbug, irgendeine belanglose Spielerei. Ich hab's ja geahnt.«

Sofie starrte mit leerem Blick auf den Fels.

»Lass uns abhauen«, resignierte Pat. »Hier kommen wir nicht weiter. Wir müssen uns was Neues ausdenken.«

»Sag mal, Pat, der Fuchsbau... könnte sich nicht im Laufe der Jahre... ich meine... du hast doch einen Camping-Spaten mitgenommen?«

© Martin O. Koch, Basel, moko@tele2.ch

Fortsetzung folgt...

Adolf Lüchinger*

Über die Beziehungen zwischen Richtern und Rechtsanwälten

Stichworte: Anwaltstätigkeit im Bereich des Anwaltsmonopols, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Richters, Führung von Vergleichsverhandlungen, Disziplinarstrafen gegen Rechtsanwälte in hängigen Verfahren, Unabhängigkeit des Rechtsanwalts nach aussen und gegenüber dem eigenen Klienten, Auswirkungen der Sorgfaltspflicht des Anwalts auf die Art der Prozessführung, das Beschleunigungsgebot, Verständnis für die Rolle des andern als Voraussetzung für ein gutes Verhältnis zwischen Richtern und Anwälten

1. Einleitung

Richter und Rechtsanwälte sind die wichtigsten Akteure in einem gerichtlichen Verfahren. Von ihrem Können und Geschick hängt es weitgehend ab, ob der Prozess zwischen den Parteien eine Erledigung finden kann, die nicht nur dem geltenden Recht, sondern womöglich auch dem Gerechtigkeitsgefühl entspricht. Doch die Rollen, welche den Richtern und den Parteienanwälten dabei zukommen, sind grundverschieden. Im Folgenden sollen diese Rollenunterschiede und ihre Auswirkungen auf die Beziehungen zwischen Richtern und Rechtsanwälten einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

Die Frage nach den Beziehungen zwischen Richtern und Rechtsanwälten beschränkt sich grundsätzlich auf einen einzigen Bereich anwaltlicher Tätigkeit, nämlich auf jenen des sogenannten Anwaltsmonopols. Darunter versteht man die vom Besitz eines Anwaltspatents abhängige und damit ausschliesslich den Rechtsanwälten vorbehaltene Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden. Die umfangmässige Begrenzung des Anwaltsmonopols in den kantonalen Verfahren ist Sache der Kantone. Diese sind zuständig zu bestimmen, vor welchen Instanzen nur Rechtsanwälte als Parteivertreter zugelassen sind. Im Kanton Zürich umfasst das Monopol beispielsweise die berufsmässige Vertretung von Parteien in Zivil- und Strafprozessen vor den zürcherischen Gerichten sowie vor Untersuchungs- und Anklagebehörden und deren Oberinstanzen (§ 11 Abs. 1 des zürcherischen Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Vom Anwaltsmonopol ausgenommen ist hingegen die Vertretung von Parteien vor andern Gerichten, insbesondere dem Verwaltungs- und dem Sozialversicherungsgericht. Auch vor Bundesgericht besteht das Anwaltsmonopol gemäss Art. 29 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG) einzig für Zivil- und Strafsachen, wobei den patentierten Anwälten die Rechtslehrer an den schweizerischen Hochschulen gleichgestellt werden.

Auf die im Monopolbereich tätigen Rechtsanwälte beschränkt sich sodann auch der persönliche Geltungsbereich des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und An-

wälte vom 23. Juni 2000 (BGFA) gemäss dessen Art. 2 Abs. 1.¹ Dieses am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Gesetz gewährleistet in erster Linie die interkantonale und teilweise sogar internationale Freizügigkeit der Anwälte: Die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Anwälte können nach Art. 4 BGFA überall in der Schweiz ohne eine Bewilligung, wie sie früher für die Prozessführung in einem andern Kanton erforderlich war, vor Gericht auftreten. In zweiter Linie führt das BGFA auf Bundesebene erstmals einheitliche Regeln über die Ausübung des Anwaltsberufs im Monopolbereich ein. Es handelt sich um die sogenannten Berufsregeln des Art. 12 BGFA und das Berufsgeheimnis für die Anwälte und ihre Hilfspersonen gemäss Art. 13 BGFA. In Art. 14 ff. BGFA finden sich sodann einheitliche Regeln über die Beaufsichtigung der Rechtsanwälte und die Disziplinar-massnahmen im Falle von Pflichtverletzungen. Die Berufsregeln und das Disziplinarrecht des BGFA sind abschliessender Natur und können somit von den Kantonen weder abgeändert noch erweitert werden.² Die Kantone haben hingegen die Möglichkeit, die sinngemässe Geltung der Berufsregeln des BGFA, des Berufsgeheimnisses und der Disziplinarbestimmungen auch für jene Anwälte vorzuschreiben, die dem BGFA nicht unterstehen. Eine solche Ausdehnung der Anwendung des BGFA durch das kantonale Recht erfasst die ganze Anwaltstätigkeit ausserhalb des Monopolbereichs, also insbesondere die Vertretung von Personen gegenüber Dritten oder andern Behörden als jenen, vor denen nur Anwälte auftreten dürfen, sowie die gesamte Rechtsberatung.³

Für Anwälte, die überhaupt keine Mandate zur Vertretung von Parteien vor Gericht übernehmen, sondern sich auf eine rechtsberatende Tätigkeit oder auf andere Aktivitäten ausserhalb des Anwaltsmonopols beschränken, stellt sich das Problem der Beziehungen zu den Richtern grundsätzlich nicht. Auch sie können allerdings nicht völlig ausschliessen, bei der Ausübung ihres Berufs eines Tages Post von Gerichtsbehörden zu erhalten. So ist kein Anwalt davor geschützt, wegen angeblicher Verletzung von Berufspflichten bei der Aufsichtsbehörde über die Rechtsan-

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Dr. h. c.; Bundesrichter im Ruhestand und bis zu seiner Wahl ins Bundesgericht selbständiger Rechtsanwalt in Zürich. Beim vorliegenden Text handelt es sich um die leicht gekürzte Fassung eines Vortrags vom 28.4.2005, gehalten in einem Weiterbildungsseminar für Richter und Rechtsanwälte der Universität St. Gallen.

1 Vgl. KARL SPÜHLER, Bedeutung, Anwendbarkeit und Anwendungsprobleme des BGFA, in: Das Anwaltsrecht nach dem BGFA, herausgegeben 2003 von Bernhard Ehrenzeller in der Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, S. 36.

2 Vgl. SPÜHLER (Fn 1), S. 38.

3 Als Beispiel für eine solche Regelung sei auf Art. 14 des Anwaltsgesetzes des Kantons Zürich vom 17. November 2003 hingewiesen.

wälte verzeigt zu werden. In einer solchen Situation gewinnen die Beziehungen zu den Justizbehörden ein ganz besonderes Gewicht.

2. Zur Rolle des Richters

Der Richter ist nicht nur dafür verantwortlich, das materielle Recht richtig anzuwenden. Er muss vielmehr in erster Linie dafür sorgen, dass das Verfahren von Beginn an bis zur Urteilsfällung korrekt und fair abläuft. Dazu gehört insbesondere auch, alles zu unterlassen, was den Parteien und ihren Rechtsvertretern Anlass geben könnte, an der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu zweifeln. Der Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht wird in der Schweiz als so elementar betrachtet, dass er sogar in der Bundesverfassung garantiert wird.⁴ Eine absolute Gewähr dafür, dass ein Richter wirklich unbefangenen an einen neuen Fall herantritt und den Prozess in jeder Hinsicht unvoreingenommen führt, gibt es allerdings nicht. Die teilweise recht detaillierten Ausstandsgründe für Justizpersonen, die in den Prozessgesetzen aufgeführt sind, haben zum Zweck, die typischsten Fälle zu erfassen, in denen die Unparteilichkeit eines Richters gefährdet sein könnte. Alle diese Regelungen kommen aber ohne eine Generalklausel nicht aus, die in allgemeiner Weise umschreibt, wann Parteilichkeit einer Gerichtsperson anzunehmen ist. Interessant ist die im Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung vorgeschlagene Lösung. Art. 43 des Vorentwurfs sieht vor, dass eine Gerichtsperson «in allen Fällen, in denen Anschein der Parteilichkeit entsteht», in den Ausstand treten muss, «namentlich in allen Angelegenheiten, in denen . . .». (Es folgt dann eine Aufzählung der typischsten Situationen wie unmittelbares Interesse naher Angehöriger, Vormundschaft oder Beistandschaft über eine der Parteien, bereits erfolgtes Handeln in anderer Stellung).

Das uneingeschränkte Vertrauen in die Unparteilichkeit der Richter bildet die erste und wichtigste Voraussetzung dafür, dass sich zwischen Richtern und Parteianwälten möglichst ungetrübte und vor allem auch unverkrampfte Beziehungen einstellen können. Allerdings wird es ungeachtet der Ausstandsregeln immer wieder vorkommen, dass einer Prozesspartei oder deren Anwalt das Vertrauen in die Unvoreingenommenheit eines Richters ohne wirklich greifbare Gründe fehlt. Können konkrete Tatsachen für dessen Befangenheit jedoch nicht vorgebracht werden oder bestehen diesbezüglich nur unbestimmte Vermutungen, wird ein gewissenhafter Anwalt seiner Klientschaft davon abraten (und sich als Parteivertreter wohl auch nicht dazu hergeben), den Ausstand des betreffenden Richters zu verlangen. Denn wenn ein zum vornherein aussichtsloses Ablehnungsbegehren gestellt wird, belastet dies zwangsläufig das künftige Verhältnis zum abgelehnten Richter und in der Regel auch zum ganzen Gericht. Die Richter schätzen es verständlicherweise nicht, wenn ihnen mit fadenscheinigen oder bloss vorgeschützten Gründen die

wichtigste Richtertugend, nämlich ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, abgesprochen wird.

Es soll hier nicht verschwiegen werden, dass das Vertrauen in einen bestimmten Richter oder in eine ganze Gerichtsabteilung auch aus einem andern Grund als wegen des Anscheins von Befangenheit fehlen kann, nämlich wegen Zweifeln am Vorhandensein der erforderlichen Fachkompetenz oder Eignung. Ein solcher Mangel kann jedoch selbstverständlich keinen Ablehnungsgrund bilden. In einem entsprechenden Fall bleibt der unterliegenden Partei nur die Hoffnung auf bessere Richter in einer höheren Instanz.

Nicht zuletzt mit dem Erfordernis der Unparteilichkeit des Richters hängt eine weitere Frage zusammen, welche die Beziehungen zwischen Richtern und Rechtsanwältinnen belasten kann. Inwieweit sollen in einem Prozess direkte Kontakte wie Telefonate oder Gespräche zwischen einem der beteiligten Parteianwälte und einem Richter zulässig sein, ohne dass der Gegenanwalt anwesend ist oder dem Gespräch ausdrücklich zugestimmt hat? Diesbezüglich muss m. E. unterschieden werden: Wenn sich der Gegenstand des Telefons oder Gesprächs auf die Beseitigung einer Unklarheit über das weitere prozessuale Vorgehen beschränkt, erscheint ein solcher Kontakt rechtlich als unbedenklich. Keinerlei Gespräche dürfen jedoch über die materielle Seite einer pendenten Angelegenheit geführt werden. Es würde nicht nur dem Grundsatz der Waffengleichheit widersprechen, wenn der Anwalt der einen Partei sich mit dem Richter darüber unterhalten könnte, sondern es entstünde auch unausweichlich der Eindruck, der Richter lasse sich von einer der Parteien über die Streitsache orientieren. Darin läge ein Verstoss gegen das sogenannte Verbot des Berichtens⁵ und damit gleichzeitig eine Verletzung des Grundsatzes der Unparteilichkeit des Richters. Die Äusserungsmöglichkeiten der Parteien haben sich streng an die Formen zu halten, welche die Prozessordnungen dafür vorsehen. Daneben haben Einzelgespräche der Parteien oder ihrer Anwälte mit den Richtern keinen Platz. Kommt es trotzdem zu einem solchen Gespräch, wäre das ein gewichtiger Grund dafür, Parteilichkeit des betreffenden Richters anzunehmen. Da Befangenheit als innerer Tatbestand kaum beweisbar ist, genügen für deren Bejahung bekanntlich Umstände, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen.⁶

Es kann sowohl im Interesse des Gerichts wie auch der Prozessparteien liegen, dass in einem geeigneten Stadium des Prozesses näher abgeklärt wird, ob sich der Rechtsstreit allenfalls durch den Abschluss eines Vergleiches beilegen lasse. Eine solche Abklärung kann dem Gericht von einer der Parteien oder von beiden zusammen vorgeschlagen werden. Oft scheuen sich die Anwälte der Parteien allerdings davor, weil sie fürchten, es könnte ihnen dies als Schwächezeichen ausgelegt werden. Ein

4 Vgl. Art. 30 Abs. 1 BV.

5 Vgl. dazu § 129 des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976: «Den Parteien ist untersagt, Richter, Geschworene und Kanzleibeamte ausserhalb des Prozessverfahrens von ihrer Sache zu unterrichten oder sie in anderer Weise zu beeinflussen.»

6 Vgl. z. B. BGE 114 Ia 54 f.

Versuch, die Vergleichschancen näher abzuklären, kann aber jederzeit vom Gericht selber ausgehen. Zu denken ist in diesem Zusammenhang z. B. an den Fall, dass eine Klage auf dem Wege der Urteilsfällung aus rechtlichen Gründen nur entweder voll gutgeheissen oder ganz abgewiesen werden kann, eine mittlere Lösung sich hingegen in einem Urteil nicht begründen liesse. Es ist nicht auszuschliessen, dass der zuständige Richter oder auch ein Parteianwalt geradezu in ein Moraldilemma geraten kann, wenn eine wirklich gerechte Lösung sich durch ein Urteil des Gerichts gar nicht erreichen lässt, sondern nur durch den Abschluss eines Vergleichs. In einer solchen Situation sollte das Gericht zusammen mit den Parteien und ihren Anwälten abklären, wie es mit den Chancen eines Vergleichsabschlusses steht.

Es fragt sich allerdings, welches Prozess-Stadium sich für Vergleichsverhandlungen am besten eignet. Für ein möglichst frühes Stadium spricht der Umstand, dass die mit der Prozessführung verbundenen Kosten ständig steigen und eine Einigung der Parteien allein schon durch den Kostenanstieg erschwert wird. Vergleichsverhandlungen in einem frühen Prozess-Stadium können allerdings mit der Gefahr verbunden sein, dass die Parteien im Falle des Ausbleibens einer Einigung von den Ausführungen des Gerichts im Zusammenhang mit der Chancenabwägung profitieren und ihre weiteren Vorbringen im Sinne der vom Gericht geäusserten Rechtsauffassung ergänzen können.

Die Führung von Vergleichsverhandlungen stellt sowohl die damit betrauten Richter als auch die Anwälte der Parteien vor eine schwierige Aufgabe, die viel psychologisches Geschick und Einfühlungsvermögen verlangt. Für den Richter ist die Aufgabe nicht zuletzt deshalb delikat, weil er als unparteilicher Mittler nicht allzu viel darüber verraten sollte, wie das Gericht seiner Meinung nach im Falle eines Urteils entscheiden würde. Andererseits muss er realistischweise jede Partei auf ihre Prozessrisiken hinweisen können, wenn er Erfolg haben will. Unfaire Druckmittel dürfen aber dabei keinesfalls eingesetzt werden.⁷

Ein besonders neuralgischer Punkt in den Beziehungen zwischen Richtern und Rechtsanwälten bildet die Möglichkeit der Gerichte, im Prozess Disziplinar massnahmen unter gewissen Voraussetzungen nicht nur gegen eine Partei, sondern auch gegen deren Vertreter zu verhängen. Verschiedene Prozessgesetze sehen eine solche Möglichkeit vor. Als Beispiel möge Art. 31 des Bundesrechtspflegegesetzes (OG) dienen, der folgendermassen lautet:

«Wer im mündlichen oder schriftlichen Geschäftsverkehr den durch die gute Sitte gebotenen Anstand verletzt oder den Geschäftsgang stört, ist mit einem Verweis oder mit Ordnungsbusse bis 300 Franken zu bestrafen.

Wegen böswilliger oder mutwilliger Prozessführung kann sowohl die Partei als auch deren Vertreter mit einer Ordnungs-

busse bis 600 Franken und bei Rückfall bis 1500 Franken bestraft werden.»

Es bedarf keiner längeren Begründung dafür, dass ein Rechtsanwalt, gegen den eine solche Disziplinarstrafe ausgesprochen wird, sich nicht nur sehr betroffen fühlen, sondern für das Vorgehen der Richter in der Regel kein grosses Verständnis aufbringen wird. Schwerer als die gegen ihn ausgesprochene Sanktion wird für ihn der Vorwurf der böswilligen oder mutwilligen Prozessführung wiegen. Im Interesse der Erhaltung guter Beziehungen zwischen Richtern und Rechtsanwälten ist zu erwarten, dass von der Möglichkeit der Disziplinierung von Anwälten nur mit grosser Zurückhaltung Gebrauch gemacht wird. Das dürfte im Allgemeinen auch der Fall sein. Vereinzelt gibt es allerdings auch sehr machtbewusste Richter, die der Meinung sind, zur Wahrung der Autorität und Würde des Gerichts sei es geboten, häufig von der Disziplinargewalt Gebrauch zu machen.

Noch gravierender für einen Rechtsanwalt ist es, wenn nicht bloss eine in der Prozessordnung vorgesehene Disziplinar massnahme gegen ihn verhängt, sondern eine Meldung an die Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte wegen allfälliger Verletzung der Berufsregeln erstattet wird. Die kantonalen und eidgenössischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden sind nach Art. 15 BGFA verpflichtet, der zuständigen Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte unverzüglich Vorfälle zu melden, welche die Berufsregeln verletzen könnten. In der Regel wird eine solche Meldung zur Eröffnung eines Disziplinarverfahrens gegen den betreffenden Anwalt führen. Die in Art. 17 BGFA vorgesehenen Disziplinar massnahmen gehen sehr weit. Sie reichen von einer Verwarnung und einem Verweis über eine Busse, die bis zu 20 000 Franken betragen kann, bis zu einem befristeten oder unbefristeten Berufsausübungsverbot. Voraussetzung für eine Meldung an die zuständige kantonale Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte im Sinne von Art. 15 BGFA bilden, wie bereits erwähnt, Vorfälle, welche die Berufsregeln verletzen könnten. Der Begriff der meldepflichtigen Vorfälle sollte bei der Anwendung dieser Bestimmung nicht extensiv interpretiert werden, ansonst die kantonalen Aufsichtsbehörden mit Meldungen überschwemmt und allzu viele Disziplinarverfahren gegen Anwälte eröffnet würden.

Im Zusammenhang mit der Frage der Disziplinierung von Parteivertretern sei noch auf eine Kontroverse hingewiesen, die eine neuere Praxis des Bundesgerichts betreffend die Auferlegung der bundesgerichtlichen Verfahrenskosten an den Rechtsvertreter eines unterliegenden Rechtsmittelklägers ausgelöst hat. Das Bundesgericht hat gestützt auf eine Bestimmung des Bundesrechtspflegegesetzes, die besagt, unnötige Kosten habe zu bezahlen, wer sie verursache (Art. 156 Abs. 6 OG), die Verfahrenskosten für das Nichteintreten auf ein unzulässiges Rechtsmittel verschiedentlich nicht der unterliegenden Partei selber, sondern deren Rechtsvertreter auferlegt. Es handelte sich um Fälle, wo der Rechtsanwalt nach Auffassung des Bundesgerichts die Unzulässigkeit des Rechtsmittels ohne weiteres hätte erkennen können und von dessen Einreichung deshalb absehen sollen.⁸ Gegen-

7 Vgl. zur grossen Bedeutung, vor allem aber auch zu den Gefahren von Vergleichsverhandlungen das interessante Gespräch zwischen der Kantonsrichterin CHRISTINE BALTZER, Kanton BL, und dem Zürcher Rechtsanwalt und Vizepräsidenten des Kassationsgerichts HERBERT HEEB in der Zeitschrift plädoyer, Jahrgang 2004, Nummer 3, S. 8 ff.

8 Vgl. BGE 129 IV 207 f. E. 2.

über dieser Praxis stellt sich allerdings sehr ernsthaft die Frage, ob eine solche Kostenaufgabe im Grunde genommen nicht disziplinarischen Charakter trage und daher in Art. 156 Abs. 6 OG über keine ausreichende gesetzliche Grundlage verfüge.⁹

3. Zur Rolle des Anwalts

Im Unterschied zum Richter, für den die Unparteilichkeit oberstes Gebot sein muss, ist es Aufgabe des Anwalts, im Prozess ausschliesslich die Interessen der von ihm vertretenen Prozesspartei wahrzunehmen. Seine Rolle verlangt somit von ihm, parteiisch zu sein. Als Beauftragter ist er gemäss Art. 398 Abs. 2 OR zur getreuen und sorgfältigen Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes, hier also der Vertretung des Klienten im Prozess, verpflichtet. Er hat die Interessen seines Klienten nach bestem Wissen und Können zu wahren und alles zu vermeiden, was diesen Interessen schaden könnte. Diese vertragliche Pflicht wird durch eine in Art. 12 lit. a BGFA aufgestellte Berufsregel bekräftigt. Sie lautet: «Sie [gemeint sind die Anwältinnen und Anwälte] üben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus.»

Bei den Berufsregeln des BGFA handelt es sich um Vorschriften öffentlich-rechtlicher Natur. Sie haben zwingenden Charakter, können also nicht wegbedungen werden und überlagern gleichsam die vertraglichen Pflichten des Anwalts. Es kommt ihnen auch disziplinarrechtliche Bedeutung zu, d. h. sie können bei groben Pflichtverletzungen sogar zur Eröffnung eines Disziplinarverfahrens führen.¹⁰

Im Berufsbild des Anwalts figuriert an prominentester Stelle dessen Unabhängigkeit. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA gehört es zu den persönlichen Voraussetzungen für den Eintrag eines Anwalts in das kantonale Anwaltsregister und damit für seine Zulassung zur forensischen Tätigkeit, dass er in der Lage ist, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben (sog. institutionelle Unabhängigkeit).¹¹ Als Angestellter darf ein Anwalt seinen Beruf nur dann ausüben, wenn auch sein Arbeitgeber in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist (Art. 8 Abs. 1 lit. d zweiter Satzteil BGFA). Den im Register eingetragenen Anwälten wird zudem in Art. 12 lit. b BGFA als Berufsregel zur Pflicht gemacht, dass sie in jedem einzelnen Fall ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung ausüben. Nach einem Urteil des Bundesgerichts vom 29. Januar 2004 bildet diese Unabhängigkeit «die Voraussetzung für das Vertrauen in den Anwalt und in die Justiz». Sie «soll grösstmögliche Freiheit und Sachlichkeit bei der Interessenwahrung gegenüber dem Klienten wie gegenüber dem Richter gewährleisten». ¹² Die Frage der Unabhängigkeit ist nach Auffassung des Bundesgerichts «verknüpft mit der in Art. 12 lit. c BGFA festgeschriebenen Berufspflicht des Anwalts, jeden Konflikt zwischen den Interessen seiner Klientschaft

und denjenigen anderer Personen, Unternehmungen oder Organisationen, mit denen er geschäftlich oder privat in Beziehung steht, zu vermeiden. [...] Wer sich an einen Anwalt wendet, soll gewiss sein dürfen, dass dieser in keiner Weise an einen Dritten gebunden ist, dessen Interessen den eigenen in irgendeiner Weise entgegenstehen könnten».¹³

Für Anwälte, die nicht freiberuflich tätig und auch nicht Angestellte von in einem kantonalen Register eingetragenen Anwälten sind, gilt die Vermutung, dass ihnen die erforderliche Unabhängigkeit fehlt. Sie können deshalb grundsätzlich nicht ins Anwaltsregister eingetragen werden und bleiben damit von der forensischen Tätigkeit ausgeschlossen. Eine Ausnahme gilt nach Art. 8 Abs. 2 BGFA für Anwälte, die bei anerkannten gemeinnützigen Organisationen angestellt sind, sofern sie die übrigen persönlichen Voraussetzungen erfüllen und sich ihre Parteivertretung strikte auf Mandate im Rahmen des von der betroffenen Organisation verfolgten Zwecks beschränkt.

Das Bundesgericht hat inzwischen Gelegenheit gehabt zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen die für den Registereintrag erforderliche Unabhängigkeit von Anwälten bejaht werden kann, die neben einer festen Anstellung entweder teilszeitlich oder sogar bloss in ihrer Freizeit Mandate von eigenen Klienten zur Vertretung vor Gericht übernehmen wollen.¹⁴ Unter dem Gesichtspunkt unseres den Beziehungen zwischen Richtern und Anwälten gewidmeten Themas ist diese Frage hier jedoch nicht weiter von Interesse. Ich sehe deshalb davon ab, mich mit der erwähnten bundesgerichtlichen Praxis näher zu befassen.

Für die Beziehungen zwischen Richtern und Rechtsanwälten ist insbesondere *ein* Aspekt des vom Anwalt zu beachtenden Grundsatzes der Unabhängigkeit von besonderer Bedeutung, nämlich seine Unabhängigkeit gegenüber dem eigenen Klienten. Das Bundesgericht führt dazu im bereits mehrfach zitierten Entscheid vom 29. Januar 2004 folgendes aus:

«Darüber hinaus wird gemeinhin verlangt, dass der Anwalt auch gegenüber seinem Klienten unabhängig sein muss. Er soll als objektiv urteilender Helfer dienlich sein können. Das setzt voraus, dass er eigenständig abschätzt, wie im Prozess vorzugehen ist, und versucht, den Klienten von seiner Betrachtungsweise zu überzeugen bzw. von einer unzumutbaren Handlungsweise abzuhalten . . .»¹⁵

Eine Verstärkung des Grundsatzes der Unabhängigkeit des Anwalts gegenüber seiner Klientschaft ergibt sich ferner daraus, dass die in Art. 12 lit. a BGFA festgeschriebene allgemeine Berufsregel, wonach die Anwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft ausüben sollen, nicht nur im Verhältnis zum eigenen Klienten gilt, sondern darüber hinaus auch im Verhältnis zum Staat und zu den Behörden. Das Bundesgericht hat in einem unveröffentlichten Urteil vom 4. Mai 2004 ausdrücklich festgehalten,

9 Vgl. in diesem Sinne die Kritik von Dominique Strebler, in: plädoyer, Jahrgang 2004, Nummer 4, S. 18 ff.

10 W. FELLMANN, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 12, N. 26.

11 Vgl. dazu E. STAEHELIN/CH. OETIKER, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 8, N. 31 ff.

12 BGE 130 II 93 E. 4.1.

13 BGE 130 II 94 f. E. 4.2.

14 BGE 130 II 87 ff. E. 5.2, 6, 7. Vgl. dazu H. Nater, Praktische Auswirkungen der neuen bundesgerichtlichen Praxis zur Unabhängigkeit angestellter Anwältinnen und Anwälte, in: SJZ 2004, S. 390 ff.; STAEHELIN/OETIKER (Fn 11), Art. 8, N. 39 ff.

15 BGE 130 II 95.

dass sich die Berufsregel des Art. 12 lit. a BGFA auch auf das Verhalten des Anwalts gegenüber den Behörden, der Gegenpartei und der Öffentlichkeit beziehe.¹⁶ Gemeint ist damit, dass sich der Anwalt in seiner ganzen Tätigkeit an Recht und Gesetz zu halten hat und zur Wahrung der Interessen seiner Klienten nur rechtlich zulässige Mittel einsetzen darf. Etwas anderes wäre mit dem Vertrauen der Öffentlichkeit und der Behörden in die Rechtmässigkeit des anwaltlichen Handelns nicht vereinbar.¹⁷ Der Anwalt muss sich somit den Wünschen seines Klienten widersetzen, wenn dieser ihm Verstösse gegen seine Berufspflichten zumuten will.¹⁸ Entsprechende Zumutungen seitens des Klienten können den Anwalt allenfalls sogar dazu veranlassen, das Mandat niederzulegen. Das Bundesgericht hat in einem unveröffentlichten Entscheid vom 11. August 2004 in Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung betont, der Anwalt könne sich seinen Berufspflichten nicht etwa durch den Hinweis entziehen, er sei bloss den Instruktionen seines Klienten gefolgt.¹⁹

Diese Hinweise zeigen, welche anspruchsvolle Aufgabe es für einen pflichtbewussten Anwalt darstellen kann, die Interessen seiner Klienten vor Gericht nach bestem Wissen und Gewissen zu vertreten. Der Anwalt muss auch schwierigen Klienten gegenüber unabhängig genug sein, die eigene Einschätzung der Sach- und Rechtslage gegenüber den oft davon abweichenden Vorstellungen der Auftraggeber durchzusetzen. Dies erfordert viel psychologisches Geschick und häufig auch eine grosse Überzeugungsarbeit. Wenn Richter oft mit kritischem Blick das Auftreten der Anwälte vor Gericht verfolgen und deren Rechtschriften manchmal mit Kopfschütteln lesen, wissen sie in der Regel nicht, wieviel Vorarbeit seitens des Anwalts erforderlich war, um überhaupt das vortragen zu können, was nun vielleicht Gegenstand der richterlichen Kritik bildet.

Selbstverständlich kommt es dennoch immer wieder vor, dass Anwälte gegenüber den Instruktionen und Wünschen ihrer Klienten zu wenig kritisch sind und die ihnen obliegende eigene Verantwortung für die Art der Prozessführung zu wenig ernst nehmen. Dass dies von den Richtern nicht besonders geschätzt wird, ist verständlich. Bis jedoch ein begründeter Anlass für die Einleitung eines Disziplinarverfahrens wegen Verletzung der Pflicht zu sorgfältiger und gewissenhafter Berufsausübung im Sinne von Art. 12 lit. a BGFA angenommen werden kann, braucht es erheblich mehr. Nur ein grobes Fehlverhalten des Anwalts, das den geordneten Gang der Rechtspflege stark behindert oder in Frage stellt, könnte die Eröffnung eines solchen Verfahrens rechtfertigen.²⁰

Für den Anwalt ist es nicht immer einfach, genügend Distanz gegenüber seinem Klienten zu wahren. Dies hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass er auf das Vertrauen seines Auftraggebers angewiesen ist und diesem viel Verständnis entgegenbringen muss. Zwischen Anwalt und Klient entsteht in der Regel

durch die gegenseitige Zusammenarbeit eine recht enge Beziehung. Der Richter, der zu den Prozessparteien eine viel grössere Distanz hat und haben muss, hat häufig keine Vorstellung davon, wie schwierig es für den Anwalt sein kann, alle für die Prozessführung erforderlichen Angaben und Unterlagen zu erhalten. Ein Anwalt, der das volle Vertrauen seines Klienten genießt und alles unternimmt, um dessen Interessen optimal zu vertreten, vermag die Arbeit des Richters stark zu vereinfachen. Müsste die Partei den Prozess ohne Anwalt führen, wäre es für den Richter oft viel schwieriger, den für die Beurteilung massgebenden Sachverhalt in Erfahrung zu bringen und zu den erforderlichen Unterlagen zu gelangen. Und wenn es sich darum handelt, die Prozessparteien für eine vergleichsweise Lösung des Rechtsstreites zu gewinnen, falls eine solche rechtlich überhaupt möglich ist, spielt es ebenfalls eine entscheidende Rolle, ob der Richter auf die Hilfe von Anwälten zählen kann. Denn diese haben zu den beteiligten Parteien einen viel direkteren Zugang als der Richter und können aufgrund der besseren Kenntnis ihrer Klienten oft mehr erreichen, als es dem Richter allein möglich wäre.

Die Aufgabe des Anwalts, die Interessen seiner Klientschaft in Übereinstimmung mit deren Wünschen zu wahren, bringt es oft mit sich, dass Rechtsmittel gegen gerichtliche Anordnungen oder Entscheide ergriffen werden müssen, die beim Richter auf wenig Verständnis stossen. Solche Rechtsmittelverfahren sollten die Beziehungen zwischen Richtern und Anwälten aber, von Extremfällen abgesehen, nicht auf die Dauer belasten. Es gehört zu den Spielregeln, dass Richter es ebenso wenig persönlich nehmen sollten, wenn eine von ihnen getroffene Entscheidung angefochten wird, wie umgekehrt der Anwalt, wenn er in einem Verfahren unterliegt.

4. Bedeutung des gegenseitigen Verständnisses von Richtern und Anwälten für die Rolle des andern

Die Justiz kann ihre Aufgabe nur erfüllen, wenn sowohl die Richter als auch die Anwälte die ihnen zukommenden Rollen in vollem Umfang wahrnehmen. In einem Leitentscheid vom 22. 2. 1980²¹ hat das Bundesgericht ausgeführt, dass der Anwalt, auch wenn er nicht wie der Richter auf die objektive Wahrheitsfindung und Rechtsanwendung verpflichtet sei, mit der einseitigen Vertretung der Interessen seines Mandanten dennoch zur Verwirklichung des objektiven Rechts beitrage. Der Richter werde umso sicherer zum richtigen Urteil finden, je besser die widerstreitenden subjektiven Rechtspositionen vertreten würden. Der Anwalt sei weder staatliches Organ noch «Gehilfe des Richters», sondern Verfechter von Parteiinteressen und als solcher einseitig für seinen jeweiligen Mandanten tätig. Am Beispiel des Strafverteidigers wird gezeigt, dass dieser seine Tätigkeit nicht am staatlichen Strafverfolgungsinteresse auszurichten habe, sondern am Interesse des Beschuldigten an einem freisprechenden oder möglichst milden Urteil. Zu diesem Zweck müsse ihm bei der

16 Urteil vom 4. 5. 2004, Erw. 3 (Prozess-Nr. 2A.545/2003).

17 Vgl. dazu FELLMANN (Fn 10), Art. 12, N. 36 f.

18 Vgl. dazu FELLMANN (Fn 10), Art. 12, N. 75.

19 Urteil vom 11. 8. 2004, Erw. 3.2.3 (Prozess-Nr. 2A.600/2003).

20 Vgl. FELLMANN (Fn 10), Art. 12, N. 15 mit weiteren Hinweisen.

21 BGE 106 Ia 100 ff., 105.

Wahl der Verteidigungsmittel ein hohes Mass an Entscheidungsfreiheit zustehen.

Damit die Beziehungen zwischen Richtern und Anwälten trotz der unterschiedlichen Rolle möglichst intakt und vertrauensvoll bleiben, ist es erforderlich, dass beide sich um Verständnis für die Rolle des andern bemühen und es auch mit Gleichmut ertragen können, wenn der andere seine Rolle vollumfänglich ausschöpft. Der Richter darf sich insbesondere nicht daran stossen, dass der Anwalt die Interessen seines Mandanten hartnäckig verfolgt und sich nicht scheut, auch an der Rechtspflege Kritik zu üben. Das Bundesgericht hat dazu in dem bereits in anderem Zusammenhang zitierten unveröffentlichten Entscheid vom 4. Mai 2004 in Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung ausgeführt, die Freiheit des Anwalts in der Kritik an der Rechtspflege, sofern sie in den verfahrensmässigen Formen vorgebracht werde, ergebe sich nicht nur aus dem Verteidigungsrecht der von ihm vertretenen Partei, sondern sie sei «darüber hinaus im Interesse der Sicherung einer integren, den rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechenden Rechtspflege unentbehrlich. Im Hinblick auf dieses öffentliche Interesse ist es», so führt das Bundesgericht weiter aus, «geradezu Pflicht und Recht des Anwalts, Missstände aufzuzeigen und Mängel des Verfahrens zu rügen. Der Preis, der für diese unentbehrliche Freiheit der Kritik an der Rechtspflege zu entrichten ist, besteht darin, dass auch gewisse Übertreibungen in Kauf zu nehmen sind. Wenn dem Anwalt unbegründete Kritik verboten ist, so kann er auch eine allenfalls begründete nicht mehr gefahrlos vorbringen. Die Wirksamkeit der Kontrolle der Rechtspflege wäre damit in Frage gestellt. . . . Standeswidrig und damit unzulässig handelt ein Anwalt bei der Äusserung von Kritik in den verfahrensmässigen Formen nur, wenn er eine Rüge wider besseres Wissen oder in ehrverletzender Form erhebt, statt sich auf Tatsachenbehauptungen und Wertungen zu beschränken (BGE 106 Ia 100 E. 8b S. 107 f. und seitherige Rechtsprechung)».²²

Andrerseits muss auch der Anwalt Verständnis dafür aufbringen, dass der Richter in seinem Bestreben nach Wahrheitsfindung und im Interesse einer gerechten Streiterledigung selbständige Initiativen entwickelt, z. B. indem er bei der Befragung der Parteien auch Fragen an den eigenen Klienten richtet, die über das hinausgehen, was plädiert worden ist. Ebenso darf der Anwalt es dem Richter nicht verargen, wenn dieser sich im Rahmen von Vergleichsverhandlungen direkt an die von ihm vertretene Partei wendet, um ihr die Vorteile einer vergleichsweisen Erledigung der Streitsache einlässlich darzulegen. Dagegen ist es m. E. unzulässig, dass Gerichte Parteien, wie es gelegentlich vorkommt, einzeln bearbeiten, um diese für den Abschluss eines Vergleichs reif zu machen.

Spannungen zwischen Richtern und Anwälten können sich häufig aus einer Pflicht ergeben, die beide in gleicher Weise

trifft, nämlich dem Gebot, die pendenten Fälle beförderlich zu behandeln. Schon die Bundesverfassung gewährt in Art. 29 Abs. 1 jeder Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist. Für die Anwälte ergibt sich die Pflicht zu möglichst beförderlicher Ausführung des erhaltenen Auftrags aus dem Grundsatz der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung gemäss Art. 12 lit. a BGFA.²³ Die beidseitige Pflicht zur Einhaltung des Beschleunigungsgebotes kann dazu führen, das Verhältnis zwischen Richtern und Anwälten zu belasten. In den Verfahren vor den Instanzen der Zivil- und Strafrechtspflege sind die Anwälte bekanntlich immer wieder auf Erstreckung der ihnen vom Gericht angesetzten Fristen angewiesen. Oft empfinden sie es als Mangel an Verständnis, wenn ihnen allzu rasch eine letzte, nicht weiter erstreckbare Frist für die Einreichung einer Rechtschrift angesetzt wird. Umgekehrt kommt es ebenfalls vor, dass Gerichte und andere Instanzen nicht mit der gebotenen Speditivität tätig werden und fällige Entscheidungen allzu lange verzögern. Das ist für Anwälte ganz besonders ärgerlich, wenn vorherige Fristerstreckungsgesuche mit Blick auf das Beschleunigungsgebot abgewiesen oder nur sehr zurückhaltend bewilligt worden sind. Der Richter ist als Herr des Verfahrens in einer komfortableren Situation als der Anwalt. Wenn er aber selber säumig wird, riskiert er, sich einer Beschwerde wegen Rechtsverzögerung auszusetzen. Eine solche braucht aber bis zu ihrer Erledigung selber wieder Zeit. In der Regel trägt sie auch nichts dazu bei, die Beziehungen zum Gericht nachhaltig zu verbessern. Manche Anwälte vermeiden es deshalb wenn immer möglich, eine solche Beschwerde zu erheben.

Veranstaltungen wie das von der Universität St. Gallen Ende April 2005 organisierte Weiterbildungsseminar geben Vertretern der beiden Berufe willkommene Gelegenheit zu Begegnungen und fördern so das gegenseitige Verständnis. Wertvolle Kontakte zwischen Richtern und Rechtsanwältinnen können sich auch durch die Teilnahme an wissenschaftlichen Tagungen oder die Mitgliedschaft in juristischen Gesellschaften ergeben. Zu den engsten Beziehungen zwischen Richtern und Anwälten ausserhalb des Gerichtssaals kommt es nach meinen eigenen Erfahrungen durch die beidseitige Mitwirkung in Behörden wie den kantonalen Aufsichtskommissionen über die Rechtsanwältinnen oder den Anwaltsprüfungskommissionen, die sich unter anderem aus Vertretern beider Berufe zusammensetzen. Eine solche Zusammenarbeit ermöglicht nicht nur interessante Einblicke in die Gedankenwelt und das Rollenverständnis der andern Berufsgruppe, sondern sie verstärkt in der Regel auch den gegenseitigen Respekt. Dieser ist eine der Voraussetzungen dafür, dass über die trennenden Gerichtsschranken hinweg gute menschliche Beziehungen entstehen können.

22 Urteil vom 4. 5. 2004, Erw. 3 (Proz.-Nr. 2A.545/2003).

23 FELLMANN (Fn 10), Art. 12, N. 28.

Peter Zimmermann*

Bericht über die 33. Tagung der DACH Europäische Anwaltsvereinigung e.V.

Stichworte: Gründung einer Tochtergesellschaft, GmbH, Rechtsformen, Zweigniederlassung, DACH

Die diesjährige Herbsttagung der Vereinigung fand vom 29. September bis 1. Oktober 2005 in Düsseldorf und damit am Kanzleisitz des im Mai neu gewählten Präsidenten, Rechtsanwalt Dr. Peter Zimmermann statt. Tagungsthema war: «Betriebliche Expansion ins Ausland – praktische Hinweise». Trotz des für Verhältnisse der DACH bereits sehr weit nördlich gelegenen Tagungsortes nahmen weit über 50 Mitglieder an der Tagung teil.

Das Rahmenprogramm der Veranstaltung begann mit einem Abendempfang im Tagungshotel, dem gerade neu eröffneten Hotel InterContinental an der Königsallee. Dieser Empfang wurde gesponsert durch die Deutsche Bank, Niederlassung Düsseldorf, die neue deutsche Hausbank der Vereinigung. Bei dem anschließenden feierlichen Abendessen im Ballsaal konnten die Teilnehmer bereits die kulinarischen und die visuellen Annehmlichkeiten des neuen Düsseldorfer Luxushotels genießen.

Der erste Arbeitstag begann nach der Begrüssung durch den neuen Präsidenten mit den Referaten zu den drei Kernländern der Vereinigung, Deutschland, Österreich und Schweiz. Diese wurden gehalten von den Herren Rechtsanwälten Dr. Christoph F. Wetzler, Frankfurt, Dr. Roland Grilc, Klagenfurt und Dr. Bruno Derrer, Zürich. Bei allen drei Referaten kristallisierte sich als Schwerpunkt der betrieblichen Expansion ins Ausland die Gründung von Tochtergesellschaften in der Rechtsform einer GmbH heraus. Schnell wurde deutlich, welche Gleichheiten insoweit bestehen (z. B. notarieller Gründungsakt, Zulässigkeit von Geld- und Sacheinlagen etc.) und welche Unterschiede zu beachten sind (z. B. Höhe des Mindeststammkapitals und der Einzahlung bei Anmeldung etc.). Auch bei der anschließenden lebhaften Diskussion wurde deutlich, dass zum Beispiel für einen möglichen Haftungsdurchgriff auf die ausländische Muttergesellschaft in allen drei behandelten Ländern vergleichbare – enge – Voraussetzungen gelten.

Bei den am Nachmittag präsentierten Länderberichten zum Fürstentum Liechtenstein (Rechtsanwalt Rudolf Schächle, Vaduz), zu Frankreich (Rechtsanwältin Monique Stengel, Paris), zu den Niederlanden (Rechtsanwalt Sip van Dijk, Apeldoorn), zu Italien (Rechtsanwältin Susanne Hein, Mailand) und zu Tschechien (Rechtsanwalt Dr. Karel Cermák jr., Prag) wurden zum Teil andere Schwerpunkte einer möglichen betrieblichen Expansion ins Ausland beleuchtet. Zu nennen sind insoweit die Einbindung von Handelsvertretern und Vertragshändlern sowie generell der grenzüberschreitende Lieferverkehr.

* Dr. Peter Zimmermann ist Rechtsanwalt in Düsseldorf.

Das abendliche Rahmenprogramm wurde mit einem Empfang im Rathaus der Landeshauptstadt Düsseldorf eröffnet. Das anschließende Galadiner in den Rheinterrassen rundete den Veranstaltungstag würdevoll ab.

Bei den Referaten am Samstagvormittag zeigte sich der österreichische Rechtsanwalt Dr. Roland Grilc als profunder Kenner auch der Rechtsordnungen von Slowenien und Kroatien. Als Besonderheit wurde insbesondere in Bezug auf Slowenien hervorgehoben, dass bei der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Tätigkeit dieser Gesellschaft präzise in den Anmeldedokumenten aufgeführt sein muss. Dabei kann jedoch auf vorformulierte und chiffrierte Tätigkeitsblöcke Bezug genommen werden. Den letzten Länderbericht zu Polen präsentierte Herr Rechtsanwalt Ryszard Armatowski, Posen, in dem er insbesondere auf die Vor- und Nachteile der einzelnen Rechtsformen, die für die Gründung von Tochtergesellschaften in Polen in Frage kommen, einging. Einen Gesamtüberblick verschaffte im Übrigen eine synoptische Gegenüberstellung zu den Themen GmbH Gründung, Publizitätserfordernisse und Organisationsverfassung sowie zu der Gründung und rechtlichen Behandlung von Zweigniederlassungen, die die Teilnehmer neben den schriftlichen Referaten in ihren Tagungsunterlagen vorfanden.

In der anschließenden 19. Mitgliederversammlung wurde insbesondere die Verlegung des Sitzes der Vereinigung von München, dem Kanzleisitz des bisherigen Präsidenten Dr. Peter Wieland, nach Düsseldorf, dem Kanzleisitz des neuen Präsidenten Dr. Peter Zimmermann, beschlossen. Weiterhin wurde auf die im nächsten Jahr stattfindenden Tagungen der Vereinigung wie folgt hingewiesen:

Vom 18. bis 20. Mai 2006 findet im Hotel Sacher in Wien die Frühjahrstagung zu dem Thema «Unternehmensnachfolge» und vom 21. bis 23. September 2006 findet im Best Western Premier Hotel Slon in Ljubljana die Herbsttagung zu dem Thema «Personenfreizügigkeit» statt.

Den angenehmen Ausklang fand die Tagung bei einem Empfang in den Kanzleiräumen der Sozietät Hölters & Elsing in Düsseldorf, zu der der neue Präsident zusammen mit seinen Partnern eingeladen hatte.

Weitere Informationen über die DACH Europäische Anwaltsvereinigung e.V. sind erhältlich bei der Mitgliederverwaltung, c/o Frau Rechtsanwältin Dr. Susanne Hüppi, Klosbachstrasse 10, CH-8032 Zürich, Tel.: +41 44 252 66 88, Fax.: +41 44 252 63 90, E-Mail: sh@interlaw.ch oder im Internet unter www.dach-ra.de. ■

Bruno Glaus*

Leserzuschrift zu «Mitgliedertest und Umfrage des «Beobachters»»

In der Anwaltsrevue 10/2005 werden die Antworten des SAV zum sogenannten «Beobachter-Anwaltstest» publiziert. Diese Antworten hätten nach Fairness-Grundsätzen vom «Beobachter» neben den Testergebnissen publiziert werden müssen. Der Test wollte ja – angeblich – die Qualität einer Branche darstellen. Nun wissen Juristen aber nur zu gut, dass lediglich die elektronischen Medien auf «Sachgerechtigkeit» (Art. 93 BV) verpflichtet sind.

Leider nimmt der SAV zur medienrechtlichen Problematik solcher «Tests» nicht Stellung. Der «Beobachter» fragt ihn auch nicht danach. Dennoch – oder gerade deswegen: Die Veröffentlichung eines solchen «Tests» mit Namensnennung ist sowohl unter rechtlichen als auch unter medienethischen Gesichtspunkten problematisch.

In rechtlicher Hinsicht ist folgendes festzuhalten: Die verdeckte Recherche ist ein Eingriff in die Privatsphäre der Betroffenen. Eine Publikation der als «Testergebnisse» deklarierten verdeckten Recherche (unter Angabe eines falschen Namens sowohl mündlich wie auf dem Klientenblatt) ist nicht nur vor dem Hintergrund von Art. 28 ZGB zu würdigen, es handelt sich auch um unrechtmässig beschaffte Personendaten (Art. 4 DSGVO) sowie – nicht zuletzt wegen der äusserst problematischen Testanlage – um unlauteren Wettbewerb im Sinne des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (Art. 2 und Art. 3 lit. a UWG). Die Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes und des UWG auf die Medienarbeit ist nach der Bundesgerichtspraxis unbestritten.

Medienethisch ist folgendes festzuhalten: Gemäss Grundsatz 4 der «Erklärung» bedienen sich die Journalisten bei der Beschaffung von Informationen keiner unlauteren Methoden. Es ist unlauter, bei der Beschaffung von Informationen, die zur Veröffentlichung vorgesehen sind, den Beruf als Journalist/Journalistin zu verschleiern (Richtlinie 4.1). Und Journalisten dürfen keine wichtigen Elemente von Informationen unterschlagen und entstellen (Grundsatz 2). Überdies wäre die Redaktion, so sie zu einer Publikation überhaupt berechtigt wäre (was bestritten

wird), verpflichtet, die Betroffenen zu den erhobenen Vorwürfen und Abzügen anzuhören (Stellungnahme Nr. 9/2005: Wahrheits-suche/Anhörung bei schweren Vorwürfen).

Mit der Ausnahmeklausel in Richtlinie 4.2, wonach verdeckte Recherchen «ausnahmsweise zulässig sind, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse an den damit recherchierten Informationen besteht und wenn diese Informationen nicht auf andere Weise beschafft werden können», kann vorliegend eine Namensnennung der Beteiligten nicht gerechtfertigt werden, es sei denn ein einzelner Ausreisser müsse im Interesse einer Warnung der Öffentlichkeit namentlich publik gemacht werden. Gegen eine nicht identifizierende Veröffentlichung von Testresultaten, die rechtmässig beschafft wurden, kann unter persönlichkeitsrechtlichen Aspekten nichts eingewendet werden. Vorbehalten bleiben wie erwähnt die Fragen eines allfälligen Urkundendelikts des Recherchierenden beim Ausfüllen des Klientenblatts und rechtswidrige Aspekte der Informationsbeschaffung.

Als Verbandsmitglied wünsche ich mir, dass der Verband nicht erst nach Veröffentlichung, sondern bereits vor der Veröffentlichung mit Bestimmtheit gegen derartige «Tests» auf dem Buckel willkürlich ausgewählter Mitglieder antritt. Den «Getesteten» kann man nur raten: Nie mehr Auskunft am Telefon. Und sie sollten sich tröstlich daran erinnern, dass die Glaubwürdigkeit der Medienschaffenden gemäss den jüngsten Umfragen auf einem historischen Tiefpunkt angelangt ist.

Stellungnahme des Präsidenten des Presserats Dr. Peter Studer zum «Anwaltstest»

«Solche Umfragen sind tolerabel, wenn der Betroffene mit dem Ergebnis konfrontiert wird, sich dazu äussern und die Namensnennung refusieren oder hinnehmen kann. Letzteres würde dann die Lauterkeitsverletzung heilen (Privatgutachten Franz Riklin; so auch Studer/Mayr von Baldegg, S. 79 f.; Praxis des Kassensturzes).»

* RA Dr. Bruno Glaus, Uznach.

René Rall

Mitteilungen des Generalsekretärs

Kurzbericht über die Herbstkonferenz der Präsidenten der kantonalen Anwaltsverbände in Bern

An der diesjährigen Herbstkonferenz der Präsidenten der kantonalen Anwaltsverbände vom 4. November 2005 standen folgende Themen im Zentrum der Diskussionen: Konkretisierungsbedarf Schweizerische Standesregeln, Aktivitäten im Bereich Menschenrechte, Handlungsbedarf in den Bereichen Aus- und Fortbildung und weiteres Vorgehen i. S. Anwaltskörperschaften.

Anwaltliche Aus- und Fortbildung

Im Anschluss an die aufschlussreichen Gastreferate von *Dr. Dierk Mattik*, Hauptgeschäftsführer des DeutschenAnwaltVereins, zum Thema «System der Aus- und Fortbildung in Deutschland» und Kollege *Pierre Lafont*, Präsident der Kommission Aus- und Fortbildung des Conseil National des Barreaux de France, zum Thema «Pflichtfortbildung» gab der Schreibende in einer Übersicht bekannt, welche Länder in Europa eine Pflichtfortbildung eingeführt haben, respektive für die Zukunft planen. In der darauf folgenden Diskussion unter der Leitung des Vorsitzenden des SAV-Fachausschusses Anwaltsrecht, Kollege *Vincenzo Amberg*, Bern, vertraten die Präsidenten die Meinung, dass der SAV seine allgemeinen Fortbildungsbemühungen hauptsächlich im Anwaltskongress bündeln und im Übrigen regelmässig Veranstaltungen zu nationalen Gesetzen (insbesondere im Bereich des Prozessrechts) regional anbieten soll.

Anwaltskörperschaften

Im Jahre 1998 hat der SAV eine Projektgruppe Anwaltsgesellschaften unter der Leitung von Kollege Ulrich Hirt, Bern, eingesetzt. Diese ist zur Auffassung gelangt, dass das geltende Recht genügend Möglichkeiten bietet, Anwaltskanzleien in der Form juristischer Personen (insbesondere AG, GmbH) zu führen, ohne dass hierzu eine besondere neue Gesellschaftsform für professionelle Partnerschaften der liberalen Berufe geschaffen werden muss (vgl. Anwaltsrevue 6–7/2004, S. 223 ff.).

Eine Arbeitsgemeinschaft aus Vertretern von Zürcher und Genfer Kanzleien hat es in der Folge übernommen, den Konsequenzen aus der Erkenntnis der SAV-Arbeitsgruppe nachzugehen und Lösungen zu erarbeiten.

An der Präsidentenkonferenz vom 12. April 2005 haben die Präsidenten die Absicht des Vorstandes, die Arbeiten dieser Arbeitsgemeinschaft aus nächster Nähe zu unterstützen und zu begleiten, unwidersprochen zur Kenntnis genommen.

Dem von der Arbeitsgemeinschaft in der Zwischenzeit vorgelegten Positionspapier liegen folgende Erkenntnisse zugrunde:

- Anwältinnen und Anwälten steht die Organisationsfreiheit zu. Jede Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV

bedarf gemäss Art. 36 BV einer gesetzlichen Grundlage, muss sich durch ein öffentliches Interesse rechtfertigen lassen und hat verhältnismässig zu sein.

- Auch die Unabhängigkeit der bei einer Anwaltskörperschaft angestellten Anwältinnen und Anwälte kann sichergestellt werden, in dem durch geeignete gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen (im Aktionärbindungsvertrag, im Organisationsreglement und in den Statuten) vorgesehen wird, dass die Anwaltskörperschaft dauernd durch registrierte Anwältinnen und Anwälte beherrscht bleibt.
- Schweizer Anwältinnen und Anwälte müssen gleich wie jene ausländischen Berufskollegen behandelt werden, die – weil sie nach dem BGFA Freizügigkeit geniessen – in der Schweiz den Anwaltsberuf ausüben dürfen, obwohl sie in einer Anwaltskörperschaft organisiert sind – was beispielsweise in Deutschland, England und Frankreich zulässig ist.

Gestützt darauf hat diese Arbeitsgemeinschaft Entwürfe zu Statuten, Organisationsreglement und zu einem Aktionärbindungsvertrag erarbeitet.

Der Vorstand SAV schliesst sich den in diesen Vorarbeiten gewonnenen Erkenntnissen an, wonach es möglich sein soll, Anwaltskörperschaften so zu organisieren, dass den Vorschriften des BGFA, insbesondere denjenigen über die Unabhängigkeit der Berufsausübung, Genüge getan wird. Es geht nun darum, auf der Grundlage des Positionspapiers die vorhandenen Entwürfe mit den Behörden des Bundes und der Kantone zu besprechen und die Bedingungen, unter welchen die Anwaltskörperschaft zugelassen werden kann, zu definieren. Zur Erreichung dieses Ziels setzt der SAV einen Koordinationsausschuss ein, um die zentrale Behandlung dieser Anliegen zu gewährleisten.

Um die einheitliche Behandlung dieses Projekts nicht zu gefährden, bittet der SAV seine Mitglieder, vorerst keine Modelle aus Eigeninitiative zu entwickeln. Sollte das Bedürfnis hierzu dennoch bestehen, wird darum ersucht, mit dem SAV Kontakt aufzunehmen, damit das Vorgehen koordiniert werden kann. Wichtig scheint dem SAV, mit Blick auf den internationalen Wettbewerb, dass die Möglichkeit, sich in Anwaltskörperschaften zu organisieren, auch schweizerischen Anwaltskanzleien nicht vorenthalten ist.

Schweizerische Standesregeln

Bekanntlich sind auf den 1. Juli 2005 die Schweizerischen Standesregeln in Kraft getreten. Damit wurden verbindliche Standesregeln für sämtliche Mitglieder des Schweizerischen Anwaltsverbandes eingeführt.

Nach dem Willen der Delegiertenversammlung vom 10. Juni 2005 ersetzen die Schweizerischen Standesregeln die bisher in den Kantonen geltenden Standesregeln. Kantonale Standesregeln sind aus Sicht des SAV nur zulässig, als es sich um ergänzende, präzisierende oder um reine «Benimm-Regeln» handelt

und sich der Anwendungsbereich allein auf Mitglieder des betreffenden Kantonalverbandes beschränkt.

Die Schweizerischen Standesregeln sehen ausdrücklich vor, dass die Disziplinargewalt im Fall von Verletzungen von Standesregeln weiterhin ausschliesslich bei den Kantonen bleibt.

Im Hinblick auf eine möglichst einheitliche Umsetzung der Standesregeln in den einzelnen Kantonalverbänden, wurde an der Präsidentenkonferenz die Frage eines vom SAV begleiteten «Auslegungsmechanismus» diskutiert. Das vom SAV vorgestellte Massnahmenpaket fand Zustimmung:

- Schaffung eines Konsultativgremiums für die Kantonalverbände auf Stufe SAV: Der SAV wird damit nicht zur Anlaufstelle für SAV-Mitglieder in Standesangelegenheiten. Diese haben sich nach wie vor direkt an ihren Kantonalverband zu wenden. Das Konsultativgremium des SAV setzt sich aus dem Präsidenten und beiden Vizepräsidenten des SAV zusammen, welches im Bedarfsfall auf die Meinung des SAV-Fachausschusses Anwaltsrecht zurückgreifen wird. Grundsatzfragen werden dem Vorstand SAV vorgelegt. Die Auskünfte des Konsultativgremiums sollen als Wegleitung dienen und haben keine bindende Wirkung.
- Auf der Website *bgfa.ch* wird die Rubrik «Standesregeln» (mit Auskünften, Stellungnahmen, Entscheiden) eingeführt. Die Kantonalverbände sind aufgerufen, dem SAV entsprechende Entscheide zuzustellen.
- Im Hinblick auf eine koordinierte Auslegungspraxis plant der SAV, eine Konferenz der kantonalen Aufsichtsbehörden zu organisieren.

- In einer späteren Phase (nach ersten Erfahrungen) ist zu den einzelnen Bestimmungen der Standesregeln ein Kommentar vorgesehen.
- Eine noch zu bildende SAV-Projektgruppe wird sich der Frage der Möglichkeiten von Kanzleibezeichnungen und Domains annehmen.

Menschenrechte

Kollege *Shahram Dini*, Genf, Vorsitzender des SAV-Fachausschusses Menschenrechte präsentierte die für die Legislaturperiode 2005/2007 vorgesehenen Ziele. Zum einen hat eine Bestandaufnahme zu denjenigen Praxisbereichen in Verwaltung und Justiz zu erfolgen, deren Übereinstimmung mit der Achtung der Menschenrechte als zweifelhaft erscheint. Auch die Entwicklung in der Gesetzgebung und Rechtsprechung wird aufmerksam verfolgt. Die Gesetzesvorlagen sind insbesondere hinsichtlich ihrer Auswirkung auf den Schutz der Rechtsuchenden zu prüfen. Nach Rücksprache mit dem Vorstand soll des weiteren jeweils vermehrt auf internationaler Ebene interveniert werden, im Falle von Solidaritäts- und Hilfersuchen von Anwältinnen und Anwälten, welche zu Folge eines Eingriffs in ihre Rechtsstellung oder in die Rechte der Rechtsuchenden an ihrer Berufsausübung gehindert werden. Geprüft wird auch die Frage der Schaffung eines Preises für Menschenrechte, den der SAV im Zweijahresrhythmus verleihen würde.

Bern, 9. November 2005 ■

René Rall

Communications du Secrétaire général

Bref compte-rendu de la conférence automnale des Bâtonniers qui s'est tenue à Berne

Les thèmes principaux des discussions qui se sont tenues lors de la conférence automnale des Bâtonniers du 4 novembre 2005 ont été les suivants: besoin de concrétisation du Code suisse de déontologie, activités dans le domaine des droits de l'homme, besoins dans les domaines de la formation de base et de la formation continue, et suite des travaux dans l'affaire des sociétés commerciales d'avocats.

Formation de base et formation continue de l'avocat

A la suite de conférences instructives données, d'une part, par *M. Dierk Mattik*, directeur de la Fédération Allemande des Avocats, sur l'organisation de la formation de base et continue en Allemagne, et, d'autre part, par *Me Pierre Lafont*, Président de la commission de formation du Conseil National des Barreaux de France, sur la formation continue obligatoire en France, l'auteur a communiqué, dans le cadre d'une vue d'ensemble, quels

étaient les Etats européens qui avaient introduit ou planifié une obligation de formation continue. Les discussions qui ont suivi, conduites par *Me Vincenzo Amberg*, avocat à Berne, Président de la Commission spécialisée FSA «Droit de l'avocat», ont montré que les Bâtonniers estimaient que la FSA devait focaliser ses efforts de formation continue dans le Congrès de l'avocat et que, pour le surplus, elle devait régulièrement proposer à un niveau régional des séminaires relatifs à la législation nationale (en particulier dans le domaine de la procédure).

Sociétés commerciales d'avocats

En 1998, la FSA a mis en place un groupe de travail chargé d'examiner les possibilités d'exploiter une étude d'avocat sous forme de société commerciale. Ce groupe, présidé par *Me Ulrich Hirt*, avocat à Berne, est arrivé à la conclusion qu'il n'était pas nécessaire de créer un type de société particulière aux professions libérales, les formes de sociétés existantes en droit positif (notamment SA et SARL) y suffisant. (cf. *Revue de l'avocat* 6–7/2004, p. 223 ss).

Depuis lors, des représentants d'études zürichoises et genevoises, ont poursuivi la réflexion et proposé des solutions pratiques.

Les Bâtonniers ont exprimé leur soutien unanime au projet du Conseil d'appuyer les travaux de ces confrères.

Dans un rapport ultérieur, ce groupe d'étude a posé les principes suivants:

- Les avocates et avocats disposent de la faculté de s'organiser librement. Toute limitation de la liberté économique, telle qu'elle est définie à l'art. 27 Cst., requiert, conformément à l'art. 36 Cst., une base légale et doit être justifiée par un intérêt public, tout en étant proportionnée au but visé.
- L'indépendance des avocates et avocats engagés au sein d'une société commerciale d'avocats peut elle aussi être garantie, à partir du moment où il est prévu, par des mesures appropriées du droit des sociétés (dans la convention d'actionnaires, dans le règlement d'organisation ou dans les statuts), que la société commerciale d'avocats ne regroupe de manière permanente que des avocates ou des avocats inscrits au registre.
- Les avocates et les avocats suisses ne sauraient être traités différemment de leurs confrères étrangers pratiquant en Suisse. Ces derniers, grâce aux règles sur la libre circulation, peuvent exercer en Suisse, même si leur étude revêt la forme d'une société d'avocats, ce qui est possible en Allemagne, en France ou en Angleterre, par exemple.

Sur la base de ces considérations, le groupe d'étude a conçu un projet de statuts, de règlement d'organisation et de convention d'actionnaires.

Le Conseil de la FSA fait siennes les conclusions tirées de ces travaux préparatoires. Il doit être possible de constituer des sociétés commerciales d'avocats, tout en tenant compte des règles de la LLCA, en particulier sur l'indépendance. Il s'agit maintenant d'entamer avec les autorités fédérales et cantonales des discussions au sujet des projets conçus, et de définir les conditions auxquelles les sociétés commerciales d'avocats pourront être admises. Pour atteindre ce but et garantir un traitement uniforme la FSA a mis en place un comité de coordination.

La FSA prie ses membres de ne pas, pour le moment, développer des modèles sur leur propre initiative. Si le besoin devait toutefois s'en faire ressentir, il conviendrait de prendre contact avec la FSA, de sorte que les actions puissent être coordonnées. Au regard de la concurrence internationale, la FSA estime qu'il est important que les études suisses puissent également s'organiser sous la forme de sociétés commerciales d'avocats.

Code suisse de déontologie

Le Code suisse de déontologie est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2005. Des règles déontologiques impératives ont ainsi été introduites pour tous les membres de la Fédération Suisse des Avocats.

Conformément à la décision de l'Assemblée des délégués du 10 juin 2005, le Code suisse de déontologie remplace les règles déontologiques en vigueur dans les cantons jusqu'à cette date. Du point de vue de la FSA, des règles déontologiques cantonales ne sont admissibles que si elles ont pour but de compléter ou de

préciser le Code suisse de déontologie, ou encore de définir une pure «règle de comportement», applicables aux seuls membres de l'Ordre cantonal concerné.

Le Code suisse de déontologie prévoit par ailleurs explicitement que le pouvoir disciplinaire, en cas de violation de règles déontologiques, est toujours du ressort des cantons.

Afin d'assurer une application la plus uniforme possible des règles déontologiques dans les différents Ordres cantonaux, la création d'un «instrument d'interprétation» a fait l'objet de discussions. Les mesures suivantes ont été adoptées:

- Constitution d'une commission consultative de la FSA à disposition des Ordres cantonaux. Cette commission sera à la seule disposition de ces derniers, à l'exclusion de leurs membres individuels qui devront, comme par le passé, s'adresser au Conseil de leur Ordre. Elle sera composée du président et des deux vice-présidents de la FSA, qui pourront, en cas de besoin, faire appel à la commission spécialisée FSA «Droit de l'avocat». Les questions de principe seront soumises au Conseil lui-même. Les avis de la commission n'auront pas de caractère contraignant mais sont destinés à aider les Ordres cantonaux dans leurs prises de décisions.
- Une rubrique intitulée «Code suisse de déontologie» (avec des informations, des prises de position et des décisions) sera accessible sur le site Web *bgfa.ch*. A ce titre, les Ordres cantonaux sont invités à faire parvenir à la FSA les décisions prises.
- Dans la perspective d'une pratique d'interprétation coordonnée, la FSA a prévu d'organiser une conférence regroupant les autorités de surveillance cantonales.
- Dans une phase ultérieure, il est prévu de rédiger un commentaire des règles déontologiques, une fois les premières expériences faites.
- Un groupe de projet FSA – qui doit encore être créé – va se charger d'examiner la question des possibilités qui s'offrent au sujet des noms d'études ou de domaine.

Droits de l'homme

Me Shahram Dini, avocat à Genève, Président de la Commission spécialisée FSA des Droits de l'homme, a présenté les objectifs fixés pour la période de fonction 2005/2007. Il s'agit, d'une part, de procéder à un état des lieux des pratiques administratives et judiciaires, dont la conformité avec le respect des droits de l'homme paraît douteuse. D'autre part, il conviendra de suivre attentivement l'évolution législative et jurisprudentielle. Les projets de loi devront eux aussi être examinés, en particulier sur l'incidence qu'ils ont sur la protection des droits des justiciables. Par ailleurs, après discussion préalable avec le Conseil, il devrait y avoir plus d'interventions à un niveau international, notamment dans les cas de demandes de solidarité et d'assistance formulées par des avocats qui sont empêchés d'exercer leur profession en raison d'une atteinte à leurs droits ou à ceux des justiciables. La question de la création d'un prix des Droits de l'homme est également examinée. La FSA distribuerait ce prix tous les deux ans.

Berne, le 9 novembre 2005

Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires**Zivilrecht/Droit civil**

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 041 244 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
------------	-------------------------------	--------	---

Handelsrecht/Droit commercial

01.12.2005	Der Verwaltungsrat in Krisensituationen	Bern	Stämpfli Verlag AG, Frau Katja Wyss, Wölflistrasse 1, 3001 Bern, Tel. 031 300 63 17, Fax 031 300 66 88, katja.wyss@staempfli.com
06./07.12.2005	Wealth Management & Tax Planning Forum	Geneva	Mme Amelie Louesdon, +44 207 482 10 00, amelie@louesdon@shorex.com, www.shorex.com/geneva
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

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
08.–10.03.2006	Neue Technologien und Kriminalität: Neue Kriminologie? / Nouvelles technologies et criminalité: Nouvelle criminologie?	Interlaken	Groupe suisse de travail de criminologie / Schweiz. Arbeitsgruppe für Kriminologie, Nicolas Queloz, Droit pénal et criminologie, Université de Fribourg, Av. Beauregard 11, 1700 Fribourg, www.criminologie.ch

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

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
------------	--	------	---

Internationales Recht/Droit international

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
18./19.05.2006 (08./09.06.2006)	Les principes unidroit 2004: Leur impact dans la pratique contractuelle, dans la jurisprudence et sur les efforts de codification nationaux, régionaux et supranationaux	Lausanne	Institut suisse de droit comparé, Dorigny, 1015 Lausanne, Tél. 021 692 49 65, Fax 021 692 49 49, Pierre.Widmer@gmx.net, www.isdc.ch

Diverses/Divers

05./06.12.2005	Rhetorik-Intensiv-Workshop	Zürich	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
02./03.01.2006	Präsentationen professionell strukturieren	Thalwil	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
17.01.2006	SAV-Mediationsausbildung	Bern	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
24.01.2006	Mehr Effizienz durch Arbeitsmethodik und Zeitmanagement	Thalwil	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
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
07.–11.02.2006	Mediation – Wirtschaft, Arbeitsrecht und öffentlicher Bereich: Basisseminar	Raum Luzern oder Zürich	Institut für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 041 244 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
04./05.04.2006	Erfolg durch professionelles Schreiben	Risch	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
27.–29.04.2006	Mediation – Wirtschaft, Arbeitsrecht und öffentlicher Bereich: Vertiefungsseminar I	Raum Luzern oder Zürich	Institut für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 041 244 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
01./02.06.2006	Mediation – Vom Konflikt zur Win-Win Situation	Thalwil	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
17.–19.08.2006	Mediation – Wirtschaft, Arbeitsrecht und öffentlicher Bereich: Vertiefungsseminar III	Raum Luzern oder Zürich	Institut für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 041 244 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
23.–26.10.2006	Mediation – Wirtschaft, Arbeitsrecht und öffentlicher Bereich: Mediation in der Wirtschaft / Supervision/ Praxistransfer I	Raum Luzern oder Zürich	Institut für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 041 244 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch

07.–09.12.2006	Mediation – Wirtschaft, Arbeitsrecht und öffentlicher Bereich: Mediation in der Arbeitswelt	Raum Luzern oder Zürich	Institut für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 041 244 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
22.–24.02.2007	Mediation – Wirtschaft, Arbeitsrecht und öffentlicher Bereich: Mediation im öffentlichen Bereich	Raum Luzern oder Zürich	Institut für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 041 244 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
06.–08.06.2007	Mediation – Wirtschaft, Arbeitsrecht und öffentlicher Bereich: Supervision/Praxistransfer II	Raum Luzern oder Zürich	Institut für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 041 244 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
23./24.08.2007	Mediation – Wirtschaft, Arbeitsrecht und öffentlicher Bereich: Supervision/Praxistransfer III	Raum Luzern oder Zürich	Institut für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 041 244 28 83, irp-ch@unisg.ch, www.irp.unisg.ch

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
June 2006	Ninth Annual International Commercial Law Seminar	Cologne, Germany	International Law Programs, School of Law, UC Davis Extension Building, 1333 Research Park Drive, Davis, CA 95616-4852, Phone +1 530 757 85 69, Fax +1 530 757 85 96, law@unexmail.ucdavis.edu, www.extension.ucdavis.edu/international/law/
09.07.– 05.08.2006	Orientation in U.S.A. Law	Davis and Berkeley, California	International Law Programs, School of Law, UC Davis Extension Building, 1333 Research Park Drive, Davis, CA 95616-4852, Phone +1 530 757 85 69, Fax +1 530 757 85 96, law@unexmail.ucdavis.edu, www.extension.ucdavis.edu/international/law/
09.07.– 19.08.2006	Summer Master of Arts Degree in International Commercial Law	Davis and Berkeley, California	International Law Programs, School of Law, UC Davis Extension Building, 1333 Research Park Drive, Davis, CA 95616-4852, Phone +1 530 757 85 69, Fax +1 530 757 85 96, law@unexmail.ucdavis.edu, www.extension.ucdavis.edu/international/law/
August 2006– May 2007	LL.M. Program	Davis, California	International Law Programs, School of Law, UC Davis Extension Building, 1333 Research Park Drive, Davis, CA 95616-4852, Phone +1 530 757 85 69, Fax +1 530 757 85 96, law@unexmail.ucdavis.edu, www.extension.ucdavis.edu/international/law/
07.–18.08.2006	Structuring an International Joint Venture	Davis, California	International Law Programs, School of Law, UC Davis Extension Building, 1333 Research Park Drive, Davis, CA 95616-4852, Phone +1 530 757 85 69, Fax +1 530 757 85 96, law@unexmail.ucdavis.edu, www.extension.ucdavis.edu/international/law/
22.–26.08.2006	44 ^e Congrès de l'AIJA	Genève	Comité Organisateur, c/o Me Jean-Louis Collart, Tél. 022 319 21 00, Fax 022 319 21 12, info@aijageneve.com, www.aija2006.ch
31.10.– 04.11.2006	50 ^e Congrès UIA	Salvador, Brésil	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.