

Peter von Ins	<b>Editorial</b>	■ 99
<hr/>		
	<b>Thema/Question du jour</b>	
Raphaël Arn/ André Kuhn	Inkrafttreten der Strafprozessordnung: auf dem Weg zu einer Vereinheitlichung der Organisation der Strafbehörden?	■ 103
<hr/>		
	<b>Anwaltspraxis/Pratique du barreau</b>	
Fachanwältinnen und Fachanwälte SAV Familienrecht	Vielschichtiges Familienrecht – Aspekte aus der Praxis (Teil 1)	■ 115
Andrea Hodel	Die neue ZPO und die eherechtlichen Verfahren	■ 115
Romeo Da Rugna	Prozesskostenvorschuss in eherechtlichen Verfahren	■ 117
Ursula Engelberger- Koller	Abschaffung der Bedenkfrist	■ 121
Gino Keller	Ehegattenunterhalt in den verschiedenen Phasen der Beziehung unter Ehegatten	■ 121
Andrea Metzler	Mankoverteilung – gemeinsame elterliche Sorge	■ 125
Renata Heim	Kinderanhörung – notwendiges Übel oder Wertschätzung?	■ 127
Karin Meyer	Wem steht das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu?	■ 129
Anka Dietrich	WEF-Bezüge in der Scheidungsvereinbarung	■ 132
Leo Staub	BWL für Anwältinnen und Anwälte	■ 135
<hr/>		
	<b>Rechtsprechung/Jurisprudence</b>	■ 140
<hr/>		
	<b>SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux</b>	
	Der SAV teilt mit/La FSA vous informe	■ 147
<hr/>		
	<b>Agenda</b>	■ 151

## Impressum

**Anwaltsrevue/Revue de l'avocat**  
14. Jahrgang 2011/14<sup>e</sup> année 2011  
ISSN 1422-5778

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

**Zitervorschlag/Suggestion de citation**  
Anwaltsrevue 2/2010, S. 61 ff.  
Revue de l'avocat 2/2010, p. 61 ss

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

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

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

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

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

## Inserate/Annonces

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

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

**Preise/Prix**  
Jährlich/Annuel: Fr. 198.–, € 158.–  
Studenten/Etudiants: Fr. 98.–, € 78.–  
Einzelheft/Numéro séparé: Fr. 25.–, € 18.–  
Mitglieder des SAV gratis/Membres FSA gratuit  
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt.  
Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. / La résiliation de l'abonne-

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

## Copyright

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

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

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



## Richtig schlitteln mit Redlich

Diejenigen Leser, welche sich noch an Winter erinnern mögen, welche mit den einschlägigen Vorstellungen, wie Winter sein sollten, auch in Natura korrespondierten, wissen, dass Schlitten zum Winter gehören wie der Schmutzli zum Samichlaus, welche ihre milden Gaben an die Jugend übrigens auch auf einem entsprechend dimensionierten, schlittenähnlichen Gefährt zu transportieren pflegen.

Wenn Redlich an Schlitten und die daraus abgeleitete Freizeitaktivität «schlitteln» denkt, dann nicht an furchterregende Hochgeschwindigkeits-Boliden mit lenkbarem Vorderteil und gefedertem anatomischem Sitz über Karbonkufen, auch nicht an diese unsäglichen, unsteuerbaren bunten Plastikwannen, die durch Zugabe eines Plastiksteuerrädchens, welches manchmal zwei Miniplastikküfchen in die vom Benutzer erhoffte Richtung lenken sollte, vorgaukeln, noch steuerbar zu sein, sondern an den traditionellen, einfachen «Davoser» Schlitten, welcher unzählige Mädchen und Buben gleichermaßen beglückt hat. Zwar erinnert sich Redlich an unzählige Flüche (sofern die Eltern nicht dabei waren), welche erstere den Schlitten ebensowenig in Fahrt brachten wie die nutzlosen Wachsmischungen, spätabends in froher Hoffnung auf morgige Rekordtempi noch im elterlichen Keller auf die Schlittenkufen aufgetragen, um am folgenden Tag einmal mehr frustriert feststellen zu müssen, dass Fritzli aus dem Unterdorf auf seinem «Davoser» wiederum schneller war. Heute, nachdem Redlich die Grundzüge der Physik einigermassen begriffen hat, weiss er natürlich, dass Fritzlis Rekordtempo seinerzeit mehr dessen Leibesfülle als der richtigen Wachswahl zuzuschreiben war, was Redlich seinerzeit vollständig und altersadäquat verborgen geblieben ist und unzählige nutzlose Aktionen im Keller zeitigte.

Liebe treue Leserschaft, Sie werden sich natürlich längst gefragt haben, was denn das nun soll, diese Nostalgie, dieses Rückwärts-Schauen in Zeiten, welche durchaus mehr Vorausschauen vertragen würden.

Es ist Redlichs Lektüre eines Bundesgerichtsurteils (133 III 556). Ein Leckerbissen intellektueller Abhandlung allgemeiner Lebenserfahrung in für Laien manchmal doch eher überraschend formulierte juristische Erkenntnisse.

Ein Vater ging mit seinem 4 ½-jährigen Sohn und dem 2 ¾-jährigen Töchterchen einst an einen flachen Hang schlitteln, wo ca. 20 Kinder zwischen 3 und 6 Jahren am Schlitteln waren. Die beiden Kinder fuhren, gemeinsam auf einem Bob sitzend, eine Frau, welche ihren Enkelkindern zuwinkte und deshalb die beiden nicht kommen sah, von hinten an. Sie verletzte sich und das Bundesgericht konnte zum Thema «Schlitteln» Folgendes ausführen:

*In diesem Alter unter Aufsicht zu schlitteln, kann aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung als üblich betrachtet werden (...)  
Es ist aber auch objektiv eine altersgerechte Betätigung.*

Aha!

Da sind wir ja fürs Erste mal beruhigt; aber wie steht es denn mit der Doppelsitzanordnung auf dem fraglichen Plastikbob? Auch

hier weiss das Bundesgericht die besorgten Aufsichtspflichtigen – hier Eltern – zu beruhigen:

*Mit 4 ½ Jahren stand R. vor der Kindergartenreife und dürfte beispielsweise – jedenfalls in ländlichen Gegenden – alleine auf den Weg zum Kindergarten geschickt werden. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu sehen, inwiefern sich die knapp dreijährige Schwester nicht hinter ihm auf den gleichen Bob hätte setzen dürfen. Es ist durchaus «üblich» im wohlverstandenen Sinn des Wortes, d.h. ohne dass dies einen Missbrauch darstellen würde, wenn ein kleineres Geschwister zu einem grösseren auf den Bob oder Schlitten gesetzt wird. Redlich fragt sich natürlich, was denn der nicht wohlverstandene Sinn des Wortes «üblich» sein könnte?*

*Im Übrigen ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen, dass die Doppelbesetzung des Bobs nicht unfallkausal war und somit für die Haftungsfrage irrelevant ist (OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 456). Möglicherweise hat das infolge der Doppelbesetzung grössere Gewicht zu einer leicht erhöhten Geschwindigkeit des Bobs geführt; eine solche hätte sich aber auch ergeben, wenn ein etwas älteres oder schwereres Kind alleine darauf gesessen hätte. (Anmerkung von Redlich: so war das eben auch mit Fritzli aus dem Unterdorf!) Im Übrigen hätte sich der Unfall ebenso gut ereignen können, wenn nur ein Kind auf dem Bob gesessen hätte. Schlitten und Bobs können selbst für Erwachsene, die darin nicht geübt sind, relativ schwierig zu lenken sein. (Anmerkung von Redlich: Wem sagt ihr das?) Kleine Kinder dürften über solche Gefährte fast überhaupt keine Herrschaft haben und ihre Fahrt ist deshalb von vornherein mit grossen Ungewissheiten verbunden, wie das Kantonsgericht treffend bemerkt hat. Redlich folgert, demnach dürfte man sie im Interesse allgemeiner Sicherheit nicht schlitteln lassen! Daraus folgt aber nicht, dass man kleine Kinder nicht schlitteln lassen darf. Im Bewusstsein dieser Besonderheiten werden jedoch die Verantwortlichen nicht nur im Interesse Dritter, sondern vor allem auch in demjenigen der Kinder selber darauf achten, dass diese beispielsweise weder in steilem oder mit Hindernissen durchsetztem Gelände noch auf belebten Strassen oder Skipisten schlitteln.*

Alles klar? Redlich wünscht noch viel Spass beim Verstehen juristischer Überlegungen zu Alltagsthemen und den Eltern viel Spass beim nächsten Schlittelausflug. Der nächste richtige Winter kommt bestimmt!



Peter von Ins







Raphaël Arn\* und André Kuhn\*\*

## Inkrafttreten der Strafprozessordnung: auf dem Weg zu einer Vereinheitlichung der Organisation der Strafbehörden?

**Stichworte:** Strafprozessordnung, Organisation der Justizbehörden, kantonale Ausführungsbestimmungen, Strafbehörden

*Wir publizieren nachstehend den zweiten Teil der Einleitung des von Raphaël Arn, Nicole Saurer\*\*\* und André Kuhn herausgegebenen Werks zur Neuorganisation der kantonalen und eidgenössischen Strafbehörden, das im ersten Halbjahr 2011 bei Helbing Lichtenhahn Basel erscheint. Die Übersetzung aus dem Französischen erfolgte durch Anne Berkemeier.\*\*\*\**

### IV. Die Gerichte

#### A. Die verschiedenen Justizbehörden im Strafrecht

Da die Organisation der Justizbehörden den Kantonen obliegt (BV 123 II), sind die Gerichtsbehörden von Kanton zu Kanton verschieden benannt und organisiert (StPO 14 I). Nichtsdestotrotz führt die StPO die vier Justizbehörden im Strafprozess auf: das Zwangsmassnahmengericht, das erstinstanzliche Gericht, die Beschwerdeinstanz und das Berufungsgericht (StPO 13).

Die Kantone haben die Möglichkeiten, die ihnen zur Organisation ihrer Gerichte überlassen wurden, weit ausgeschöpft. Die gewählte Ausgestaltung des Zwangsmassnahmengerichts (i.d.R. ein erstinstanzlicher Richter) sowie der Berufungs- und Beschwerdeinstanz unterscheiden sich zwar kaum. Das gilt jedoch nicht für das erstinstanzliche Gericht, wo die Grösse des Kantons und die vor Inkrafttreten der StPO bestehende Gesetzessituation eine grosse Rolle für dessen Ausgestaltung gespielt haben.

Bezüglich der Bezeichnung der Gerichte könnte ein deutscher Begriff Verwirrung stiften. So könnte man meinen, dass der Terminus «Kantonsgericht» eine Beschwerde- oder Berufungsinstanz bezeichnet. Dem ist jedoch nicht immer so, da es sich i.d.R. um die Bezeichnung für ein erstinstanzliches Gericht handelt. Der Begriff «Kantonsgericht» wurde gewählt, da es in diesen Kantonen lediglich ein einziges Gericht erster Instanz gibt. Aufgepasst ebenso bei der italienischen Bezeichnung «Tribunale penale cantonale», die – vor allem auch für einen Romand – trügerisch sein kann.

#### B. Die Zwangsmassnahmengerichte

Der Begriff «Zwangsmassnahme» deckt alle Verfahrenshandlungen der Strafbehörden ab, die die Grundrechte der Person unmit-

telbar berühren (StPO 196)<sup>1</sup>. Zwangsmassnahmen können nur ergriffen werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind, ein hinreichender Tatverdacht vorliegt, die angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (StPO 197 I). Solche Massnahmen können den Beschuldigten treffen, aber auch Personen, die diesen Status nicht inne haben. In diesem Fall sind Zwangsmassnahmen besonders zurückhaltend einzusetzen (StPO 197 II).

Zwangsmassnahmen liegen zum Teil in der Kompetenz der Polizei (aber nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen [StPO 198 I c], z.B. bei der polizeilichen Anhaltung [StPO 215]), zum Teil in derjenigen der Staatsanwaltschaft (StPO 198 Ia) und teilweise ist das Gericht zuständig, oder in dringenden Fällen dessen Präsident, welcher gemäss StPO 61 c die Verfahrensleitung ausübt (StPO 198 I b)<sup>2</sup>. Das Gericht, das speziell zur Anordnung und Genehmigung von Zwangsmassnahmen bestimmt wurde, ist das Zwangsmassnahmengericht (StPO 18).

Das Zwangsmassnahmengericht entscheidet über die Untersuchungshaft (d.h. über die Haft während der Untersuchungsphase) und die Sicherheitshaft (d.h. die Haft vor Erlass des Urteils nach Rechtshängigkeit beim Gericht), solange die Angelegenheit vor dem erstinstanzlichen Gericht hängig ist<sup>3</sup>. Es entscheidet weiter namentlich über die Spitaleinweisung des Beschuldigten zur stationären Begutachtung (StPO 186 II), über DNA-Massnahmenuntersuchungen<sup>4</sup> (StPO 256) und die Friedensbürgschaft (StPO 373 I). Des Weiteren hat das Zwangsmassnahmengericht z.B. die Kompetenz, bei begründetem Verdacht auf Missbrauch den freien Verkehr zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger befristet einzuschränken (StPO 235 IV) sowie die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (StPO 272 I), die Überwachung der technischen Überwachungsgeräte (StPO 281 IV mittels Verweis auf StPO 272 I), die Überwachung von Bankbeziehungen (StPO 284) und den Einsatz eines verdeckten Ermittlers (StPO 289 I) zu genehmigen.

Die Existenz des Zwangsmassnahmengerichts macht es möglich, dass sich nicht die gesamten Befugnisse in der Strafuntersu-

\* Dr. iur., Ersatzrichter am Kantonsgericht in Porrentruy, Gerichtsschreiber des Regionalgerichts Berner Jura–Seeland und Lehrbeauftragter an der Universität Bern.

\*\* Dr. iur., Professor an den Universitäten von Neuchâtel und Lausanne.

\*\*\* Lic. iur., Gerichtspräsidentin des Regionalgerichts Bern–Mittelland.

\*\*\*\* Dr. iur., Gerichtsschreiberin Kantonsgericht Freiburg.

1 Vgl. THOMAS HANSJAKOB, Zwangsmassnahmen in der neuen eidg. StPO, ZStrR 2008 I, S. 90–114.

2 Vgl. die Kritik gegenüber der Kombination von StPO 198 I b und 393 I b weiter unten, Punkt D.1).

3 Wenn eine Angelegenheit vor der Berufungsinstanz hängig ist, liegt es allerdings bei der Verfahrensleitung (bzw. beim Präsidenten der Berufungsinstanz), über die Fortsetzung der Sicherheitshaft zu entscheiden (StPO 231 II *in fine* und 232 II).

4 Z.B. bei allen Männern eines Dorfes, in dem es zu einem Sexualdelikt kam.

chung in einer einzigen Behörde (der Staatsanwaltschaft) vereinigen. So liegen Eingriffe in die Grundrechte des Beschuldigten in der Kompetenz des Gerichts. Dieses muss rasch über die sich stellenden Fragen entscheiden, da es zwar eine zusätzliche Garantie für den Beschuldigten darstellt, aber auf keinen Fall ein Hindernis für das Strafverfahren sein darf. Aus diesem Grund muss es auch zwingend<sup>5</sup> innert 48 Stunden entscheiden, nachdem die Staatsanwaltschaft ihren Antrag auf Untersuchungshaft eingereicht hat (StPO 226 I). Die Verhandlungen werden im Übrigen nicht öffentlich abgehalten (StPO 225 I).

Um die Unabhängigkeit des Richters während des gesamten Strafverfahrens zu gewährleisten, ist es ausserdem unerlässlich, dass die Mitglieder des Zwangsmassnahmengerichts nicht im selben Fall als Sachrichter tätig sein können (StPO 18 II).

Bemerkenswert ist ausserdem, dass auf Bundesebene kein Zwangsmassnahmengericht existiert (StBOG 65). Darum befassen sich die Zwangsmassnahmengerichte der Kantone, in denen die Bundesanwaltschaft ihren Sitz oder eine Aussenstelle hat, mit Angelegenheiten, die von den Bundesbehörden bearbeitet werden.

Bei einer Analyse der kantonalen Gerichtsorganisationen lässt sich feststellen, dass der Ausdruck «Zwangsmassnahmengericht», der an ein vom erstinstanzlichen Gericht unabhängiges Gericht denken lässt, irreführend ist. In Wirklichkeit haben die kantonalen Gesetzgeber oftmals darauf verzichtet, ein eigentliches Zwangsmassnahmengericht zu schaffen und diese Aufgabe dem Einzelrichter eines erstinstanzlichen Gerichts anvertraut. Als solcher Einzelrichter wird teilweise ein Richter der Zivilabteilung bestimmt, da ein Zwangsmassnahmenrichter in der Sache selbst nicht urteilen darf. Der Kanton Waadt hat mit einem Zwangsmassnahmen- und Strafvollzugsgericht eine originelle Variante geschaffen.

Mehrere Kantone unterscheiden zwischen Verfahren in Haftsaachen und anderen Zwangsmassnahmen, die entweder angeordnet oder durch das Zwangsmassnahmengericht bewilligt werden müssen. Diese Unterscheidung basiert auf dem speziellen Charakter der letztgenannten Massnahmen, die spezifische Kenntnisse in gewissen Bereichen erfordern. Sie werden demnach Richtern mit Spezialkenntnissen, die für die Beurteilung von Haftsaachen nicht zwingend nötig sind, anvertraut.

Einige kantonale Gesetzgeber haben die Gunst der Stunde genutzt und dem Zwangsmassnahmengericht Aufgaben zugewiesen, die die durch die StPO vorgesehenen Befugnisse übersteigen. So kann das Zwangsmassnahmengericht in gewissen Kantonen auch Verfahren im Ausländerrecht oder Fälle häuslicher Gewalt behandeln.

### C. Die erstinstanzlichen Gerichte, inkl. Wirtschaftsstrafgericht

Als erstinstanzliches Gericht (StPO 19) wird dasjenige verstanden, das mittels Überweisung der Anklageschrift (was die Rechtshängigkeit auslöst) durch die Staatsanwaltschaft angerufen wird

5 Selbst wenn die Frist an einem Feiertag ausläuft. Tatsächlich werden die oben erwähnten Fristen in Stunden gezählt und unterliegen nicht StPO 90, der bestimmt, dass in Tagen gezählte Fristen am ersten Werktag, der einem Feiertag, einem Samstag oder Sonntag folgt, auslaufen.

(StPO 328). Nachdem der Präsident des erstinstanzlichen Gerichts als Verfahrensleiter insbesondere überprüft hat, ob die Anklageschrift und die Akten korrekt erstellt worden sind (StPO 329 I), bereitet er die erstinstanzliche Verhandlung vor (StPO 330 ff.) und leitet diese (StPO 335 ff.). Das erstinstanzliche Gericht ist grundsätzlich als Kollegialbehörde ausgestaltet. Es steht den Kantonen jedoch frei, einen Einzelrichter vorzusehen, der ausschliesslich Übertretungen behandelt oder Verbrechen und Vergehen beurteilt, bei denen die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als 2 Jahren fordert (StPO 19 II). Der Einzelrichter verfügt weder über die Kompetenz, eine Verwahrung, noch eine stationäre therapeutische Massnahme von psychisch gestörten Tätern anzuordnen (StPO 19 II b).

Beim Kollegialgericht gibt der Präsident die Akten vor Eröffnung der Verhandlung in Zirkulation (StPO 330 II). Diese Bestimmung macht es unmöglich, ein Geschworenengericht einzusetzen (das verhandelt, ohne die Angelegenheit im Vorfeld zu kennen), wie es in gewissen Kantonen im Jahre 2010 noch gebräuchlich gewesen ist<sup>6</sup>. In seiner Botschaft<sup>7</sup> bestätigte der Bundesrat selbst diese Ansicht und stellte fest, dass der Einsatz eines Geschworenengerichts an sich nicht ausgeschlossen sei, aber die Bestimmungen betreffend erstinstanzliche Verhandlungen keinen Raum für den Einsatz eines solchen liessen<sup>8</sup>. Dies gilt allerdings nicht für Laienrichter, deren Einsatz möglich bleibt<sup>9</sup>.

Die grössten Unterschiede in der Gerichtsorganisation der Kantone finden sich zweifelsohne bei den Behörden der ersten Instanz, und zwar bezüglich ihrer Organisation wie der geographischen Aufteilung. Die Unterschiede bestehen im Prinzip auf drei Ebenen: hinsichtlich der geographischen Aufteilung der Gerichtsbehörden, des Vorhandenseins eines Wirtschaftsstrafgerichts und schliesslich der Existenz von Laienrichtern im Spruchkörper.

Geographisch betrachtet hat die unterschiedliche Anzahl der Gerichtsbezirke nichts mit der Bevölkerungsgrösse oder Anzahl von Regionen zu tun. So gibt es in den Kantonen Genf oder Basel-Land nur einen einzigen Bezirk, in den Kantonen Aargau und Graubünden jedoch deren elf. Der Trend geht allerdings in Richtung einer deutlichen Reduktion der Anzahl Bezirke (z.B. von 13 auf 4 im Kanton Bern). Zahlreiche Kantone verfügen nur noch über einen einzigen Gerichtsbezirk (AR, BL, BS, GE, GL, JU, NE [mit einer besonderen Übergangsphase], NW, OW, SH, TI und ZG).

Die Möglichkeit, spezialisierte Gerichte für bestimmte Bereiche einzurichten, wurde nur wenig genutzt. So verfügen lediglich einige wenige Kantone über «richtige» Wirtschaftsstrafgerichte.

6 Vgl. den Bericht der Ad-hoc-Kommission Justiz 2011, die den Gesetzesentwurf des Verfassungsgesetzes des Staatsrates zur Änderung der Verfassung der Republik und des Kantons Genf (PL 10327-A) verfasste, spez. 5 ff. Vgl. dazu auch ANDRÉ KUHN/CAMILLE PERRIER, Le projet de procédure pénale unifiée et son incidence sur les organisations cantonales, ZStrR 2007 III, S. 258.

7 BBl 2006 1115.

8 Die französische Version spricht von «cour d'assises», die deutsche Variante präzisiert jedoch «Schwur- oder Geschworenengericht» (BBl 2006 1138).

9 Vgl. die Botschaft des Bundesrates E-StPO 350 (BBl 2006 1270).

Gleichwohl geht der Trend bei den Gerichten – im Einklang mit der Reduktion der Anzahl Gerichtsbezirke – hin zu einer grösseren Spezialisierung der Richter, von denen einige über Zusatzqualifikationen in spezifischen Bereichen, namentlich in wirtschaftsrechtlichen Belangen, verfügen. Diese spezifischen Kenntnisse werden grundsätzlich bei der Verteilung der Prozesse berücksichtigt, ohne dass dies gesetzlich vorgeschrieben wäre. Der Kanton Wallis jedoch hat ausdrücklich die Möglichkeit festgeschrieben, dass für bestimmte Prozesse ein Richter mit spezifischen Kenntnissen, namentlich bei Wirtschaftsdelikten, zu wählen sei.

Mit stetig komplexeren Gesetzen, inkl. des Strafrechts, werden die Ansprüche an die Richterausbildung immer grösser. So haben sich spezifische Ausbildungsmöglichkeiten für Richter und Gerichtsschreiber herausgebildet.<sup>10</sup> Das Absolvieren solcher Ausbildungen ist verschiedentlich bereits Pflicht, um den Beruf des Richters ausüben zu dürfen.<sup>11</sup> Auch die Universitäten haben Masterstudiengänge im Bereich Richterausbildung eingeführt.<sup>12</sup> Verschiedene Kantone verlangen in ihren Gesetzen jedoch nicht, dass die Berufsrichter über eine juristische Ausbildung verfügen müssen.

Die zunehmende Komplexität des Strafverfahrens, die u.E. von der immer grösser werdenden Eingriffsmöglichkeit des Opfers bzw. der Privatklägerschaft im Strafprozess herrührt, bringt ausserdem die schrittweise Aufgabe oder Reduzierung der Fälle mit sich, in denen Laienrichter mitwirken dürfen. Die von den Kantonen bisweilen genutzte Möglichkeit, einen Einzelrichter für Freiheitsstrafen von bis zu zwei Jahren einzusetzen, hat zudem zur Folge, dass die Kompetenz des Einzelrichters erweitert worden ist und die Anzahl der Fälle, die durch ein Kollegialgericht zu beurteilen sind, entsprechend abnehmen wird. Als indirekte Folge hat dies auch zu einer Reduzierung der Laienrichter in jenen Kantonen, die solche kannten, geführt.

Zudem haben einige Kantone die Laienrichter abgeschafft und sehen jetzt nur noch Gerichte mit Berufsrichtern vor. Schliesslich mussten Kantone, die über Geschworenengerichte verfügen, diese aus den bereits genannten Gründen aufgeben.

Die den Kantonen und dem Bund durch StPO 19 II überlassene Möglichkeit, einen Einzelrichter für Freiheitsstrafen von bis zu 2 Jahren vorzusehen, hat im Allgemeinen zu einer Erweiterung der Kompetenz der Einzelrichter erster Instanz geführt. Allerdings haben einige Kantone die Grenze bei einem Jahr Freiheitsstrafe gezogen; einige wenige Kantone sehen in erster Instanz gar keine einzelrichterlichen Kompetenzen vor. Gewisse Kantone sehen schliesslich die Möglichkeit vor, dass ein Einzelrichter, welcher mit einem sehr speziellen Fall befasst ist, beantragen kann, dass dieser durch das Kollegialgericht beurteilt wird. Diese Lö-

sung erscheint uns sinnvoll, da so bei schwierigen oder komplexen Fällen auf die Meinung und das Wissen anderer Richter zurückgegriffen werden kann.

## D. Beschwerdeinstanz und Berufungsgericht

### 1. Die Beschwerdeinstanz

Die Beschwerdeinstanz beurteilt Beschwerden gegen Verfahrenshandlungen und gegen nicht der Berufung unterliegende Entscheide (StPO 20). Es handelt sich demnach um die Behörde, die Beschwerden gegen die Staatsanwaltschaft behandelt, insoweit diese als Leiterin des Verfahrens während der Untersuchungsphase agiert, gegen die Übertretungsstrafbehörden und das erstinstanzliche Gericht, wenn sie Verfahrenshandlungen durchführen oder Verfügungen erlassen, darüber hinaus gegen gewisse Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts (StPO 393).

Gemäss StPO 393 I (b) *in fine* sind Entscheide der Verfahrensleitung des erstinstanzlichen Gerichts von der Beschwerde ausgenommen. Diese Bestimmung ist u.E. mit anderen Bestimmungen teilweise nicht kongruent.<sup>13</sup> Wenn auch der Gesetzgeber damit Unterbrechungen von Verhandlungen vermeiden wollte,<sup>14</sup> hat er die Existenz von StPO 198 I (b) *in fine* nicht bedacht. Dieser Artikel sieht vor, dass in dringenden Fällen Zwangsmassnahmen durch die Verfahrensleitung angeordnet werden können. Die nachfolgende Genehmigung einer solchen Entscheidung durch das Gesamtgericht ist in der StPO nicht vorgesehen.<sup>15</sup> Der in dringenden Fällen mündlich getroffene Entscheid muss jedoch schriftlich bestätigt werden.<sup>16</sup>

So ist z.B. die Verfahrensleitung erster Instanz – der Präsident des Gerichts oder der Einzelrichter (StPO 61 c und d) – zuständig, wenn es darum geht, die erkennungsdienstliche Erfassung einer Person (StPO 260 II), eine Hausdurchsuchung, eine Durchsuchung von Aufzeichnungen, von Personen oder Gegenständen (StPO 241 ff.) oder eine Beschlagnahme (StPO 263 II) dringend anzuordnen. In diesen Konstellationen gibt es keinerlei rechtliche Überprüfungsmöglichkeit dieser Entscheidung auf dem Rechtsmittelweg. Wenn diese Zwangsmassnahmen allerdings während des Vorverfahrens von der Staatsanwaltschaft oder während des erstinstanzlichen Verfahrens in Fällen ohne Dringlichkeit angeordnet werden, steht ein Rechtsmittel zur Verfügung.

Die Botschaft schlägt als Ausgleich zum von StPO 393 I (b) *in fine* geschaffenen Ungleichgewicht vor, diese Entscheide der Verfahrensleistung gleichzeitig mit Berufung gegen den Endentscheid anzufechten, «insoweit diese den Endentscheid beeinflusst haben»<sup>17</sup>. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum derjenige, der eine Zwangsmassnahme zu ertragen hat, warten muss, bis er gegen den Endentscheid Berufung einlegen kann, damit er diesen

10 Namentlich für die Romandie Weiterbildungen im Rahmen der «l'Ecole romande de la magistrature pénale» ([www.ilce.he-arc.ch](http://www.ilce.he-arc.ch) [11.11.2010]) und für die ganze Schweiz die Richterakademie ([www.unilu.ch/deulrich/terakademie170275.html](http://www.unilu.ch/deulrich/terakademie170275.html) [16.12.2010]).

11 Dies war der Fall bei den Bewerbungen um die Stelle eines Gerichtspräsidenten im Kanton Bern.

12 Z.B. Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Lausanne («Maitrise universitaire en Droit en Sciences Criminelles, mention magistrature»: [www.unil.ch/esc/page18923.html](http://www.unil.ch/esc/page18923.html) [11.11.2010]).

13 Diese Bemerkung ist dem Aufsatz von ANDRÉ KUHN und CAMILLE PERRIER «Quelques points problématiques du Code de procédure pénale suisse», Jusletter vom 22.9.2008, Rz 15–18, entnommen.

14 Botschaft, BBl 2006 1296.

15 Dies gilt nur, soweit es sich nicht um ein erstinstanzliches Gericht mit Einzelrichter gemäss StPO 19 II handelt.

16 Vgl. z.B. StPO 241 I, 260 III und 263 II.

17 BBl 2006 1296.

Entscheid der Verfahrensleitung anfechten kann. Dies umso mehr, als solche verfahrensleitenden Entscheide das Urteil in der Sache grundsätzlich nicht wesentlich zu beeinflussen vermögen.

Es erscheint demnach angebracht, einen in dringenden Fällen durch die Verfahrensleitung erlassenen Entscheid im Bereich der Zwangsmassnahmen einem solchen durch das Gesamtgericht angeordneten gleichzustellen. Diese Auslegung bietet sich nach dem Gesetzeszweck an. Andernfalls würde es ausreichen, dass ein Richter die Anordnung einer Zwangsmassnahme als dringend erachtet, um eine evtl. sofortige Beschwerde umgehen zu können. Damit würde das Institut der Beschwerde unbrauchbar gemacht.

## 2. Die Berufungsinstanz

Die Berufungsinstanz ist ein Gericht, das in zweiter Instanz über Berufungen gegen Urteile der erstinstanzlichen Gerichte entscheidet (StPO 21 I a). Es handelt sich um einen fundamentalen Grundsatz des Rechts, dass jeder Entscheid durch eine zweite Instanz überprüft werden können muss.<sup>18</sup> Jede Partei kann innert 10 Tagen seit Eröffnung des Entscheids die Berufung anmelden (StPO 399 I). Diese Anmeldung bestätigt die Partei, indem sie innert 20 Tagen seit Zustellung des begründeten Urteils eine schriftliche Berufungserklärung einreicht (StPO 399 III).

Das Berufungsgericht kann das Urteil rechtlich und in Bezug auf den Sachverhalt überprüfen (StPO 398 II). Mit anderen Worten: Es verifiziert, ob das Strafrecht richtig angewendet und der Sachverhalt, der dem Urteil zugrunde liegt, korrekt und vollständig erhoben worden ist. Es verfügt über volle Kognition und kann in der Angelegenheit ein zweites Urteil fällen. StPO 398 IV sieht jedoch eine Ausnahme der vollen Kognition im Bereich der Übertretungen vor. Bildeten ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so kann mit der Berufung nur geltend gemacht werden, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung.

Ausserdem entscheidet das Berufungsgericht über Revisionsgesuche (StPO 21 I b). Weiter können Kantone die Befugnisse der Beschwerdeinstanz dem Berufungsgericht übertragen (StPO 20 II), solange sichergestellt ist, dass ein Mitglied der Beschwerdeinstanz, das tätig wurde, nicht im selben Fall als Mitglied des Berufungsgerichts wirken kann (StPO 21 II). Dieselbe Regel gilt im Übrigen auch für die Revision, wo Mitglieder des Berufungsgerichts im selben Fall nicht als Revisionsrichter amten dürfen (StPO 21 III).

Innerhalb der Berufungsinstanz können verschiedene Kammern geschaffen werden, denen spezielle Bereiche zugeordnet werden (z.B. Wirtschaftsstraffälle). Die StPO schliesst übrigens – unserer Ansicht nach<sup>19</sup> – nicht aus, dass die Berufungsinstanz als

Gericht mit Einzelrichter tagt<sup>20</sup>. In diesem Fall sollte dieser über dieselben Kompetenzen wie der erstinstanzliche Einzelrichter verfügen<sup>21</sup>.

Erwähnenswert ist schliesslich, dass das Bundesgesetz zur Organisation der Bundesstrafbehörden (Organisation der Strafbehörden des Bundes, StBOG)<sup>22</sup> – u.E. befremdlicherweise – für den Bund keine Berufungsinstanz vorsieht. In diesen Zusammenhängen finden wir es stossend, dass in Bundesstrafangelegenheiten (die oft als die wichtigeren angesehen werden) Beschuldigte weniger Rechte geniessen als die in kantonalen Verfahren beschuldigten Personen. Ebenso stossend ist, dass der Bund den Kantonen die Schaffung einer Berufungsinstanz auferlegt, sich selber aber erlaubt, keine solche einzurichten!

## 3. Die Gerichtsorganisation in den Kantonen

Die Kantone haben logischerweise von StPO 20 II Gebrauch gemacht, die Befugnisse der Beschwerdeinstanz dem Berufungsgericht zu übertragen. Auf kantonalen Ebene gibt es also nur ein einziges Gericht zweiter Instanz, Obergericht oder Kantonsgericht<sup>23</sup> genannt. Die Unterscheidung zwischen Berufungsgericht und Beschwerdeinstanz wird also mittels der Kammern, die entscheiden, gemacht. In der Regel verfügen die Obergerichte über eine Beschwerdekammer und andere Kammern bzw. Höfe, die Berufungen behandeln.<sup>24</sup>

Die StPO überlässt es den Kantonen, die Zusammensetzung von Berufungs- und Beschwerdeinstanz festzulegen. Unter Vorbehalt von StPO 395 entscheiden diese grundsätzlich nicht als Einzelrichter, sondern i.d.R. mit drei Berufsrichtern. Ausnahmen sind in den Kantonen Schaffhausen und Wallis vorgesehen und – in geringerem Ausmass – in Appenzell Ausserrhodens. Zudem ist in schwerwiegenden Fällen gelegentlich eine Fünferbesetzung vorgesehen.

20 Sinn und Zweck der zweiten Instanz ist es, den Entscheid der ersten Instanz zu überprüfen, gemäss dem Motto: vier Augen sehen mehr als zwei. Aus diesem Grund könnte man annehmen, dass die zweite Instanz «besser» Recht spricht als die erste Instanz; aus dem einfachen Grund, dass Erstere ihre Überzeugungen nicht nur auf ihren eigenen Überlegungen gründen muss, sondern diese den Überlegungen des erstinstanzlichen Gerichts gegenüberstellen kann. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Anzahl der Richter wenig entscheidend. Wenn man hingegen von der Voraussetzung ausgeht, dass die zweite Instanz unbedingt «besser» sein muss als die erste, wird man entweder einen oder mehrere besonders kompetente Richter ernennen oder es entscheidet in zweiter Instanz die grössere Anzahl Richter als in der ersten Instanz. Mit anderen Worten: Entweder besteht die Berufungsinstanz immer aus mehr Richtern als in erster Instanz, oder aber die Anzahl bleibt gleich, dafür sind sie wegen ihrer Ausbildung oder ihres Lebenslaufs qualitativ «bessere» Richter oder sind anderweitig besonders befähigt, ihre eigenen Überlegungen denjenigen der ersten Instanz gegenüberzustellen. U.E. ist es durchaus möglich, einen Einzelrichter als Berufungsinstanz für Fälle gemäss StPO 19 II vorzusehen.

21 D.h. wenn sich das Urteil auf Übertretungen oder nicht schwerwiegende Verbrechen und Vergehen gemäss StPO 19 II bezieht.

22 SR 173.71.

23 Der Begriff «Kantonsgericht» kann aber auch ein Gericht erster Instanz betreffen, vgl. weiter oben, Punkt A..

24 Im Kanton St. Gallen unterscheidet sich der Ernennungsmodus für die Beschwerdeinstanz sowie ihre Zusammensetzung von demjenigen anderer Gerichte der zweiten Instanz.

18 GÉRARD PIQUERETZ, *Traité de procédure pénale suisse*, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2006, § 1176; THOMAS MAURER, *Das bernische Strafverfahren*, 2. Aufl., Bern 2003, S. 473.

19 Vgl. a.M. ARNOLD MARTI, Einzelrichter an Obergerichten: fragwürdige Rationalisierungsmassnahme zu Lasten der demokratischen Justizkultur, *Jusletter* 16.6.2008.

Eine Analyse der kantonalen Unterschiede zeigt sehr grosse Übereinstimmungen in der Gerichtorganisation im Bereich von Beschwerdeinstanz und Berufungsgericht. Dies steht im Gegensatz zur Situation bei der ersten Instanz und gründet auf der Tatsache, dass die StPO in Artikel 14 IV und 20 f. die Organisationsfreiheit der Kantone in diesem Bereich stark einschränkt. Im Übrigen erscheint es aus organisatorischen Gesichtspunkten unlogisch, zwei voneinander unabhängige Gerichte für die Berufung und die Beschwerde zu schaffen, selbst wenn die StPO dies nicht verbietet. Jedoch stellt StPO 21 II, wonach die Mitglieder der Beschwerdeinstanz nicht in derselben Angelegenheit in der Berufungsinstanz mitwirken dürfen, für einige kleine Kantone insoweit ein Problem dar, als das Obergericht grundsätzlich bei Beschwerde und Berufung mit drei Richtern entscheiden muss, die Anzahl der ständigen Richter aber kleiner als sechs ist (Jura z.B.). In solchen Fällen ist der Rückgriff auf Ersatzrichter regelmässig notwendig.

## E. Das Bundesgericht

Mit dem Bundesgericht sind die vier Justizgewalten, die in der StPO aufgeführt werden, komplett. Es stellt die höchste Rechtsprechungsbehörde des Bundes dar.<sup>25</sup> Sein Status, seine Organisation und seine Kompetenzen sind in einem Spezialgesetz geregelt: dem Bundesgerichtsgesetz (BGG)<sup>26</sup>. Wir werden nicht im Detail auf dieses Gesetz eingehen, doch sei die Beschwerde in Strafsachen (BGG 78–81) erwähnt, die von einer Person mit Beschwerdelegitimation gemäss BGG 81 innert 30 Tagen nach Mitteilung des angefochtenen Urteils eingelegt werden kann (BGG 100). Die Kognition des Bundesgerichts beschränkt sich auf Rechtsfragen und beschlägt den Sachverhalt nicht. Es ist an die Sachverhaltsfeststellung der letzten kantonalen Instanz oder des Bundesstrafgerichts gebunden (BGG 105 und 106).

## V. Spezielle Verfahrensregeln

### A. Die Verfahrenssprache

In Kantonen, die lediglich über eine offizielle Sprache verfügen, ist diese die Verfahrenssprache. Es ist folglich notwendig, dass ein Anwalt, der einen Klienten in einem solchen Kanton verteidigen möchte, diese Sprache beherrscht, andernfalls er die Rechte seines Klienten gefährden könnte. Zu begrüssen ist die in StPO 67 II vorgesehene Möglichkeit, Ausnahmen zuzulassen. Diese Bestimmung ermöglicht es der Verfahrensleitung, in spezifischen Fällen eine Abweichung vom kantonalen Recht vorzunehmen. Jedoch muss sie in solchen Fällen berücksichtigen, dass die Bestimmungen zur Verfahrenssprache immer auch der Wahrung der Rechte

25 Vgl. YVAN JEANNERET und ROBERT ROTH, *Le recours en matière pénale*, in: Bénédicte Foëx, Michel Hottelier et Nicolas Jeandin (Hrsg.), *Les recours au Tribunal fédéral*, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 109–132; LAURENT MOREILLON, *Le recours en matière pénale*, in: Urs Portmann (Hrsg.), *La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral*, Lausanne, CEDIDAC, 2007, S. 173–193; sowie die Kommentare zu den diversen Bestimmungen des BGG im Basler Kommentar BGG (Marcel Alexander Niggli, Peter Uebersax et Hans Wiprächtiger [Hrsg.]).

26 SR 173.110.

der Parteien dienen. Infolgedessen erscheint uns eine Ausnahme nur möglich – z.B. bei der Anhörung eines Zeugen –, wenn die Parteien die von der Verfahrensleitung autorisierte Sprache ebenfalls verstehen.

Ein kürzlich publizierter Entscheid des Bundesgerichts<sup>27</sup> zu Bestimmungen der Freiburger Kantonsverfassung umreißt den Rahmen der Sprachenfreiheit im Verfahren. Mehrere kantonale Bestimmungen sowie auf Bundesebene Artikel 6 I<sup>28</sup> des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 2007 über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften (Sprachengesetz, SpG; SR 441.1), das am 1. Januar 2010 in Kraft getreten ist, garantieren die freie Sprachenwahl. Das hat zur Folge, dass der Rechtsuchende sich an eine kantonale Behörde in einer offiziellen kantonalen Sprache oder Landessprache seiner Wahl wenden kann. Das Kantonsgericht kann demnach nicht verlangen, dass eine Berufung oder eine Beschwerde, die in einer offiziellen Sprache verfasst worden ist, welche aber nicht der Verfahrenssprache entspricht, übersetzt werden muss.

Unter Vorbehalt der durch diese Rechtsprechung gesetzten Regeln steht den Kantonen und dem Bund die Wahl der Verfahrenssprachen ihrer Strafbehörden frei (StPO 67 I). Die Lösungen der zwei- bzw. dreisprachigen Kantone sind nicht einheitlich. So hat sich der Kanton Wallis für ein einfaches System entschieden, nämlich für die freie Sprachenwahl für Verfahrenshandlungen und die Verhandlung. Der Kanton Bern dagegen hat relativ komplexe Regelungen geschaffen, die sich je nach Gerichtsbezirk unterscheiden. Im Kanton Freiburg besteht ebenfalls ein eher komplexes und von den verschiedenen Bezirken abhängiges System. Auf Bundesebene schliesslich hängt die Verfahrenssprache von der Entscheidung der Bundesstaatsanwaltschaft ab. Die vor dem zuständigen kantonalen Zwangsmassnahmengericht geltende Verfahrenssprache richtet sich indessen nach kantonalem Recht.

### B. Der Anwalt der ersten Stunde

Sowohl der Beschuldigte als auch der Privatkläger und andere am Verfahren Beteiligte können sich jederzeit durch einen Rechtsbeistand zur Verteidigung ihrer Rechte vertreten lassen (StPO 127 I). Die Verteidigung des Beschuldigten ist jedoch einem Anwalt vorbehalten, der nach dem Anwaltsgesetz<sup>29</sup> vom 23. Juni 2000 berechtigt ist, Parteien vor Gerichtsbehörden zu vertreten (StPO 127 V).

Als beschuldigte Person gilt jede Person, die in einer Strafanzeige, einem Strafantrag oder von einer Strafbehörde in einer Verfahrenshandlung einer Straftat verdächtigt, beschuldigt oder angeklagt wird (StPO 111 I). Jeder Beschuldigte hat gewisse Verfahrensrechte, darunter jenes, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen (StPO 129). Daraus folgt, dass jeder Beschuldigte das Recht hat, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen, wenn er von einer Strafbehörde verdächtigt wird, eine Straftat begangen

27 BGE 136 I 149.

28 Vgl. dazu MARCO SAVOLDELLI, *Die Amtssprachenregelung nach dem neuen Sprachengesetz des Bundes: ihre Bedeutung für das öffentliche Prozessrecht*, ZBl 109/2008, S. 478 ff.

29 SR 935.61.

zu haben. Im Allgemeinen erfährt der Beschuldigte von den Verdächtigungen anlässlich seines ersten Kontaktes mit den Strafverfolgungsbehörden (oft der Polizei). Ab diesem Moment also hat der Beschuldigte das Recht, sich von einem Anwalt vertreten zu lassen. Dieser kann nicht nur passiv an der Einvernahme des Beschuldigten durch die Polizei teilnehmen, sondern sich auch aktiv durch Fragestellung an seinen Klienten beteiligen (StPO 159 I).

Aufgrund dieses Beschuldigtenrechts, das sehr früh im Verfahren wahrgenommen werden kann, wird diese Befugnis im Allgemeinen «Anwalt der ersten Stunde» genannt.<sup>30</sup>

Dieses Recht darf jedoch nicht missbraucht werden. Mit anderen Worten: Die StPO sieht vor, dass die Geltendmachung dieses Rechts keinen Anspruch auf Verschiebung der Einvernahmen gibt (StPO 159 III). Dies bedeutet, dass sich die Anwälte organisieren müssen (z.B. durch die Schaffung eines Bereitschaftsdienstes), um sieben Tage die Woche 24 Stunden lang verfügbar zu sein.

Zu Beginn jeder Einvernahme weisen die Strafverfolgungsbehörden die beschuldigte Person darauf hin, dass gegen sie ein Vorverfahren eingeleitet worden ist, welche Straftaten Gegenstand des Verfahrens bilden, dass sie die Aussage und die Mitwirkung verweigern kann, dass sie berechtigt ist, eine Verteidigung zu bestellen oder ggf. eine amtliche Verteidigung zu beantragen, und dass sie den Beizug eines Übersetzers verlangen kann (StPO 158).

In jenen Kantonen, die das Institut des Anwalts der ersten Stunde noch nicht kannten, haben sich die kantonalen Anwaltsverbände organisiert, um einen Pikettdienst auf die Beine zu stellen. Die Notwendigkeit ständiger Erreichbarkeit, wie auch die Möglichkeit des Anwalts, an polizeilichen Einvernahmen teilzunehmen, hat auf Seiten der Polizei und auch der Rechtsvertreter zu viel Besorgnis geführt. Diese Sorgen sind, wenn man der Praxis jener Kantone glauben schenken kann, die dieses Institut bereits vor dem 1. Januar 2011 gekannt haben, völlig unbegründet. Wie HANSJAKOB in seinem Beitrag betreffend den Kanton St. Gallen festhält, stellt dies in Wirklichkeit keine grossen Probleme dar. Ausserdem beschränkt sich der Kontakt zwischen Anwalt und Beschuldigtem im Allgemeinen auf Telefongespräche, in denen der Beschuldigte mit seinem Rechtsvertreter über seine Situation spricht. Hier stellt sich der Polizei jedoch ein praktisches Problem, insoweit das Gespräch zwischen Beschuldigtem und Anwalt in Abwesenheit der Polizei stattfinden sollte.

Für eine weitere Unsicherheit unter den Rechtsvertretern sorgt die Frage, ob sie automatisch für den Aufwand einer Intervention als Anwalt der ersten Stunde entschädigt werden. In diesem Punkt unterscheidet die StPO eindeutig zwischen den Bestimmungen zum Anwalt der ersten Stunde und denjenigen zur notwendigen und amtlichen Verteidigung. Die StPO sieht keine Garantie vor für die Deckung der Kosten des Anwalts der ersten Stunde für dessen Einsatz bei einer Einvernahme während der polizeilichen Ermittlungen. Ausserdem kann eine solche Entschei-

dung vor der Einvernahme des Beschuldigten grundsätzlich nicht getroffen werden, da die Polizei keine solche Entscheidung fällen kann. Eine solche liegt in der Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren.

In der Lehre wird darüber diskutiert, von welchem Zeitpunkt an die Staatsanwaltschaft eine notwendige Verteidigung anordnen muss, wenn die Bedingungen für eine solche ohne weiteres erfüllt sind. Für einen Teil der Lehre,<sup>31</sup> der sich namentlich auf die parlamentarischen Beratungen stützt, muss die notwendige Verteidigung durch den Staatsanwalt angeordnet werden, und zwar sicher nach der ersten polizeilichen Einvernahme, aber in jedem Fall vor der Eröffnung des Vorverfahrens durch die Staatsanwaltschaft und – entgegen dem Text von StPO 131 II – nicht erst nach der ersten Anhörung durch dieselbe. Dieser Schluss entspricht der Systematik der StPO, die keine Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft vor Eröffnung der Untersuchung vorschreibt.

Unseres Erachtens muss die notwendige Verteidigung (und die amtliche Verteidigung bei Mittellosigkeit des Beschuldigten) auf die erste Intervention des Anwalts (analog zu ZPO 119 IV) rückwirken, um die Zahlung des Honorars des Anwalts der ersten Stunde zu gewährleisten. Letztlich obliegt es dem Staat, die Umsetzung des Instituts des Anwaltes der ersten Stunde zu gewährleisten bzw. zumindest eine Aufwandsentschädigung zum Tarif der unentgeltlichen Rechtspflege zu gewährleisten,<sup>32</sup> unter Vorbehalt von Bagatelldelikten und Fällen, in denen der Beschuldigte über ausreichend Mittel zur Deckung der Auslagen verfügt. Diese Vorgehensweise ermöglicht den reibungslosen Ablauf dieses Systems; dem Anwalt steht es immer noch frei, Interventionen im Rahmen von StPO 159 abzulehnen, wenn er befürchtet, dass seine Aufwendungen nicht entschädigt werden könnten. Mangels einer solchen Garantie der Entschädigung kommen die Bestimmungen des privatrechtlichen Auftragsverhältnisses zum Tragen, wodurch der Anwalt ein Mandat ablehnen kann. Dies birgt allerdings die Gefahr einer Zweiklassenjustiz in sich. Wohlhabende Personen könnten sich ab der ersten Einvernahme vertreten lassen, wohingegen dieser Anspruch für andere nur auf dem Papier bestünde. U.E. sollte es daher möglich sein, dass ggf. der Staatsanwalt dem Beschuldigten in seiner Nichtanhandnahmeverfügung einen amtlichen Verteidiger zuordnet, um eventuelle Lücken im Kostendeckungssystem zu vermeiden.

Den Kantonen steht es frei, eine solche Kostengarantie vorzusehen. Nachdem internationale Bestimmungen und das Bundesrecht die Anwälte verpflichten, sich so zu organisieren, dass ein Bereitschaftsdienst gewährleistet ist, ist es u.E. für einen reibungslosen Ablauf des Instituts angebracht, eine Mindestgarantie zur Kostendeckung der Auslagen des Anwaltes vorzusehen.

Nur einige wenige Kantone sehen eine solche Kostendeckungsgarantie der anwaltlichen Auslagen – im Allgemeinen zum Tarif der amtlichen Verteidigung – vor, obwohl dies auf kantonaler Ebene rege diskutiert worden ist.

30 Vgl. dazu auch LORENZ ERNI, Die Verteidigungsrechte in der Eidg. Strafprozessordnung, insbesondere zum «Anwalt der ersten Stunde», ZStrR 2007 III, S. 229–241; SARARARD ARQUINT, «Anwalt der ersten Stunde»? – Ein Positionspapier, in: Benjamin Schindler und Regula Schlauri (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, S. 175–201.

31 NIKLAUS RUCKSTUHL, Die Praxis der Verteidigung der ersten Stunden, ZStrR 2010, S. 132 ff., insb. S. 140.

32 NIKLAUS RUCKSTUHL (Fn. 31), S. 132 ff., insb. S. 141 und S. 145.

### C. Amtlicher Rechtsbeistand und Entschädigung des Anwalts

Die Bestimmungen zur amtlichen Verteidigung und unentgeltlichen Rechtspflege finden sich in StPO 132 ff. Das Bundesrecht legt die Bedingungen fest, um diese zu erhalten sowie die diesbezüglichen Verfahrensbestimmungen. Im Gegenzug überlässt das Bundesrecht den Kantonen die Festlegung der Entschädigungshöhe des amtlichen Verteidigers (StPO 135 I). Diese Freiheit ist allerdings relativ, da das Bundesgericht kürzlich in mehreren Entscheiden Mindestbestimmungen in diesem Bereich festgelegt hat.<sup>33</sup>

Diese Rechtsprechung führte in mehreren Kantonen zu einer Anpassung der Bestimmungen im Bereich der unentgeltlichen Rechtspflege und der Anwaltsentschädigung. Das Inkrafttreten der StPO bot gewissen Kantonen zudem die Gelegenheit, ihre Bestimmungen in diesem Bereich zu überarbeiten. So sehen die Kantone nun einen Minimalbetrag für die Entschädigung des amtlichen Rechtsbeistandes vor, welcher der Rechtsprechung des Bundesgerichts entspricht. Die Beträge liegen zwischen CHF 180.– und CHF 250.–.

### D. Die Vollstreckung der Urteile

Im Bereich der nachträglichen Entscheide sieht das Bundesrecht vor, dass das Gericht, das das Urteil in erster Instanz erlassen hat, grundsätzlich auch für den Erlass nachträglicher Entscheide, die in der Kompetenz einer Justizbehörde liegen, zuständig ist, sofern gemäss StPO 363 I Bund und Kantone nichts anderes bestimmen. Diese Möglichkeit wurde von einigen Kantonen genutzt, um ein unabhängiges Gericht zu schaffen, das auf kantonaler Ebene alle nachträglichen Verfahren behandelt. Diese Variante, die sich aus Effizienzgründen rechtfertigen kann, ist u.E. aus praktischen Erwägungen nicht die beste. In der Tat verfügt das Gericht, das den Entscheid in erster Instanz erlassen hat, i.d.R. über gute Kenntnisse der Situation des Beschuldigten. Aufgrund dieser Kenntnisse kann das Gericht bei Vollstreckungsproblemen des Urteils die Strafe oftmals in angemessener Weise anpassen. Dies geschieht nach dem Vorbild des Jugendstrafrechts, wo die Entwicklung des Verurteilten ab Urteilsverkündung verfolgt werden kann. Die Variante, dass zwischen dem Richter, der über die Schuldfrage entscheidet, und demjenigen, der die Strafe erlässt, unterschieden wird, hat jedoch auch Vorteile. Diese wurden bereits in einem Buch dargestellt;<sup>34</sup> die Wiedergabe derselben würde den hier vorgegebenen Rahmen sprengen.

Im Gegensatz zu jenen Fällen, in denen ein Gericht ein Urteil gefällt hat, bestimmt StPO 363 II, dass die Staatsanwaltschaft oder die Übertretungsstrafbehörde zuständig ist zur Fällung nachträglicher Entscheide in jenen Fällen, die durch einen Strafbefehl geahndet worden sind.

Auch wenn BV 123 I den Kantonen die Kompetenz für den Vollzug von Urteilen belässt, finden sich im StGB und in der StPO

33 BGE 132 I 201

34 Vgl. dazu ANDRÉ KUHN, *Détenus: Combien? Pourquoi? Que faire?*, Bern 2000, S. 211 ff.

zahlreiche Vorschriften dazu. Auf kantonaler Ebene sieht die Mehrzahl der Kantone die Vollstreckung von Urteilen als etwas vom Strafverfahren Getrenntes an. Folglich finden sich die Bestimmungen in diesem Bereich im Allgemeinen in einem Gesetz zur Urteilsvollstreckung. Dennoch haben einige Kantone solche Bestimmungen in ihren Einführungsgesetzen zur StPO oder zu den Justizgesetzen aufgenommen. Dies hat den Vorteil, dass ein einziger Gesetzestext alle Strafverfahrensbestimmungen i.w.S. erfasst.

## VI. Überblick über die Bestimmungen des Jugendstrafprozessrechts<sup>35</sup>

Im Gegensatz zum Erwachsenenstrafrecht, das sich hauptsächlich damit beschäftigt, den Tatbestand zu eruieren, stellt das Jugendstrafrecht den Delinquenten ins Zentrum seiner Überlegungen. In diesem Zusammenhang wird im Gegensatz zum *Tatstrafrecht* im Erwachsenenstrafrecht gerne von *Täterstrafrecht* gesprochen.<sup>36</sup> So entschied der Gesetzgeber, als auf das Jahr 2007 im materiellen Jugendstrafrecht Änderungen vorgenommen wurden<sup>37</sup>, eine Strafprozessordnung speziell für Jugendliche auszuarbeiten. Dieses Gesetz wurde als *lex specialis* zur Erwachsenenstrafprozessordnung geschaffen und enthält alle Bestimmungen, die von den Bestimmungen des Erwachsenenstrafprozesses abweichen.

### A. Die Wahl des Verfahrensmodells

Im Jugendstrafprozessrecht gibt es zwei anwendbare Verfahrensmodelle: das sog. «Jugendrichtermodell» (*juge des mineurs*) und das sog. «Jugendanwaltsmodell» (*procureur des mineurs*).<sup>38</sup>

#### 1. Das Jugendrichtermodell

Das Jugendrichtermodell, das die Kantone der Romandie gewählt haben, sieht eine Personalunion vor zwischen dem Beamten, der die Untersuchung leitet, dem Beamten, der das Urteil erlässt, sowie dem Beamten, der den Vollzug der Strafe überwacht. Zudem ist der Jugendrichter auf Jugendangelegenheiten spezialisiert.

Die Hauptvorteile dieses Modells sind die Personalisierung der Betreuung des delinquenten Jugendlichen, die Schnelligkeit des Verfahrens und die Spezialisierung der Amtspersonen, die mit Jugendangelegenheiten betraut sind.

Die Nachteile dieses Modells liegen hauptsächlich darin, dass zuviel Macht in den Händen einer einzigen Amtsperson konzentriert ist und dass damit die Voraussetzungen der Unabhängigkeit des Richters nicht gewahrt sind (BV 30 und EMRK 6).

35 Für weitergehende Informationen: vgl. François Bohnet und André Kuhn (Hrsg.), *La procédure applicable aux mineurs*, Neuchâtel 2011.

36 Vgl. z.B. BBI 1999 2023.

37 Vgl. dazu YVAN JEANNERET, *Aperçu général du nouveau droit*, in: François Bohnet (Hrsg.), *Le nouveau droit pénal des mineurs*, Neuenburg 2007, S. 1–35, N 5 ff.

38 Für weitere Ausführungen vgl. BBI 2006 1092.

## 2. Das Jugendanwaltsmodell

Das Modell des Jugendanwaltes ist in der deutschen Schweiz weit verbreitet und sieht die Trennung der untersuchenden und der urteilenden Behörden vor. Der Jugendanwalt («*le procureur des mineurs*») tritt vor dem *Jugendgericht* in Aktion. Dort ist er damit betraut, in einer Art Mittel-Position zwischen öffentlichem Ankläger und Verteidiger die Anklage zu vertreten. Die Vollstreckung der Urteile obliegt auch hier der Untersuchungsbehörde, namentlich dem *Jugendanwalt*.

Der Hauptvorteil dieses Modells liegt darin, dass damit die Unabhängigkeit des Richters, der in Jugendangelegenheiten urteilt, gewahrt wird. Im Übrigen entspricht die Personalunion zwischen Untersuchungsbehörde und öffentlicher Anklage dem Staatsanwaltschaftsmodell II<sup>39</sup>, dem das Erwachsenenstrafprozessrecht folgt. Das Jugendanwaltsmodell hat weiter den Vorteil, den Jugendstrafprozess demjenigen der Erwachsenen anzugleichen.

Grundsätzlicher Nachteil dieses Modells ist, dass die Jugendlichen oft von ordentlichen Gerichten, die sich nur gelegentlich mit Jugendstrafrecht befassen, abgeurteilt werden, und insoweit keine Spezialisierungen bestehen.

## 3. Zwei verschiedene Modelle – doch mehrheitlich ähnlich

Die beiden oben beschriebenen Modelle verfügen offensichtlich über fundamentale Unterschiede, hauptsächlich was die Rolle der untersuchenden Person vor dem Jugendgericht betrifft (wobei der Jugendrichter Mitglied dieser Behörde ist, während der Jugendanwalt die Anklage vertritt). Das Jugendrichtermodell setzt den (hauptsächlichen) Schwerpunkt auf die individuelle Strafzumessung; das Jugendanwaltsmodell stellt das Prinzip des unabhängigen Richters in den Vordergrund.<sup>40</sup>

In beiden Modellen erlässt die Untersuchungsbehörde – ob es sich nun um den Jugendrichter oder den Jugendanwalt handelt – in Bagatellfällen (Fällen von geringer Schwere) das Urteil selber. Auf diese Art und Weise werden 90 % der Fälle, die Jugendliche betreffen, in einem Verfahren behandelt, das die Personalunion von Untersuchungs-, urteilender und Vollstreckungsbehörde vorsieht.<sup>41</sup> Die oben beschriebenen Gegensätze zwischen den beiden Modellen betreffen demnach weniger als 10 % der Strafangelegenheiten im Jugendstrafrecht.

## 4. Die (Nicht-) Wahl des Gesetzgebers

Auch wenn die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts konsequenterweise zu einer Wahl zwischen diesen beiden Modellen

geführt haben sollte, beschritt der Gesetzgeber einen dritten Weg: Den Kantonen steht die Wahl zwischen den beiden Modellen frei.

Wenn eine Wahl hätte getroffen werden müssen, wäre wohl das Modell, das im Erwachsenenstrafrecht<sup>42</sup> anwendbar ist (d.h. das Jugendanwaltsmodell), eingeführt worden. Doch ein Mitarbeiter aus der Romandie des Bundesamtes für Justiz brachte ein drittes, gemischtes Modell ein, um dem Föderalismus und den regionalen und/oder kantonalen Sensibilitäten Rechnung zu tragen.

Aus diesem Grund schlug er die Unterteilung des Strafprozesses in handelnde Personen *und* Verfahrensstadien vor und nicht nur – wie bis anhin – lediglich eine Unterteilung hinsichtlich der Akteure *oder* der verschiedenen Verfahrensstadien. Im Gegensatz zu zahlreichen kantonalen Erwachsenenstrafprozessordnungen, wo sich zwei Akteure die Untersuchungsphase teilten (der Untersuchungsrichter und der Staatsanwalt), ist es im Jugendstrafprozess möglich, für jedes Verfahrensstadium einen einzigen Akteur vorzusehen.

So gibt es (1) eine Amtsperson, die mit der Untersuchung betraut ist, (2) eine Amtsperson, die den Staat vor Gericht vertritt, (3) eine Amtsperson, die über die Angelegenheit urteilt und (4) eine Amtsperson, die mit der Vollstreckung der ausgesprochenen Strafe beauftragt ist.

Durch dieses subtile Zusammenspiel der durch die Gesetzgebung erlaubten Personalunionen<sup>43</sup> wird es demnach möglich, beide oben beschriebenen Modelle beizubehalten und gleichzeitig den Jugendstrafprozess zu vereinheitlichen.

Das Jugendanwaltsmodell<sup>44</sup> ergibt sich durch die erlaubte Personalunion zwischen untersuchender Amtsperson, der Amtsperson, die den Staat vor Gericht vertritt, und der vollstreckenden Behörde. Das Jugendrichtermodell<sup>45</sup> entspringt der möglichen Personalunion zwischen untersuchender Amtsperson, urteilendem Richter und Vollstreckungsbehörde.

Sicherheitsvorkehrungen mussten dennoch eingeführt werden, um eine Personalunion zwischen der Funktion des Anklägers und derjenigen der urteilenden Behörde zu vermeiden<sup>46</sup>. Zudem war es notwendig, ein vereinfachtes Ausstandsverfahren vorzusehen, um die richterliche Unabhängigkeit im Jugendrichtermodell (halbwegs) zu wahren.<sup>47</sup>

Damit dieses gemischte Modell eingeführt werden konnte, mussten als Konzession alle Kantone zwingend die vier Funktionen im Sinne der StPO vorsehen. Somit mussten jene Kantone, die dem Jugendrichtermodell folgten und kein Eingreifen der Staatsanwaltschaft vorsahen, eine Jugendstaatsanwaltschaft zur Vertretung der öffentlichen Anklage einführen.

39 Vgl. dazu z.B. ANDRÉ KUHN, Procédure pénale unifiée: reformatio in pejus aut in melius?, Charmey 2008, S. 18 ff.; oder auch DERSELBE, La procédure pénale suisse selon le CPP unifié, ZSR II, Band 1, 2009, S. 132 ff.

40 Im Erwachsenenstrafrecht wurde schon vor langer Zeit die Personalunion zwischen Untersuchungs- und urteilender Behörde abgeschafft, um die Unabhängigkeit des Richters zu wahren (BGE 112 Ia 290, E. 5b und 5c; BGE 113 Ia 72, E. 2; BGE 117 Ia 157, E. 3). Nichtsdestotrotz schreiben im Jugendstrafrecht weder die BV noch die EMRK noch internationale Abkommen zu den Kinderrechten vor, dass diese beiden Funktionen unbedingt getrennt werden müssen (BGE 121 I 208, E. 4b; EGMR *Nortier c. Niederlande*, Urteil vom 24. August 1993, Serie A, N 267, Ziff. 38).

41 Vgl. dazu BBI 2006 1094.

42 Zur Erinnerung: Im Erwachsenenstrafprozessrecht untersucht der Staatsanwalt belastende und entlastende Umstände, verfasst die Anklageschrift und wird vor Gericht zum Vertreter des Staates, der einzig belastende vorbringt.

43 Vgl. E-JStPO 7 III (BBI 2006 1545) und JStPO 6 II bis IV.

44 Vgl. JStPO 6 IV und 42 I.

45 Vgl. JStPO 6 III und 42 I.

46 JStPO 6 sieht explizit und abschliessend die möglichen Personalunionen vor.

47 JStPO 9.

### 5. Die Umsetzung des gemischten Modells im Gesetz

Die Einführung zweier Modelle in einem einzigen Gesetzeswerk geht leider nicht ohne Komplikationen vonstatten. So ist die Jugendstrafprozessordnung vermutlich nicht das verständlichste Gesetzeswerk unseres Landes ... Das folgende Kapitel versucht zum besseren Verständnis dieses Gesetz zu entschlüsseln.

Alles beginnt mit JStPO 6, der vorsieht, dass «Strafverfolgungsbehörden sind: (a) die Polizei; (b) die Untersuchungsbehörden; (c) die Jugendstaatsanwaltschaft, wenn das kantonale Recht diese Behörde vorsieht (Art. 21)». Buchstabe (a) stellt kein Problem dar, Buchstabe (b) hingegen öffnet die «Büchse der Pandora». Tatsächlich muss unter «Untersuchungsbehörde» hier entweder der Jugendrichter oder der Jugendanwalt verstanden werden (JStPO 6 II). Wenn man die «Untersuchungsbehörde» als «Jugendrichter» auslegt, befindet man sich im Jugendrichtermodell, wenn man allerdings darunter den «Jugendanwalt» versteht, liegt das Jugendanwaltschaftsmodell vor.

Da zwingend eine Behörde geschaffen werden muss, die die öffentliche Anklage vertritt, brauchen sich die Kantone, die das Jugendanwaltschaftsmodell gewählt haben, keine Sorgen zu machen, da JStPO 6 IV eben gerade vorsieht, dass «der Jugendanwalt die Anklage vor dem Jugendgericht vertritt». Die Kantone hingegen, die sich für das Jugendrichtermodell entschieden haben, müssen zwingend einen Jugendstaatsanwalt einführen (JStPO 21). Buchstabe c von JStPO 6 I richtet sich demnach an sie.

JStPO 9 bzgl. des vereinfachten Ausstandsverfahrens richtet sich auch einzig an die Kantone, die das Jugendrichtermodell vorsehen. Es ist nicht möglich, dass der Jugendanwalt gemäss JStPO 9 in den Ausstand tritt. Dies ist jedoch der Fall bzw. möglich beim Jugendrichter, von dem der jugendliche Beschuldigte annimmt, dass er ihm als Mitglied des Jugendgerichts nachteilig sein könnte. Ein solcher Ausstand hätte folglich zum Nachteil, dass der Jugendliche von einem Gericht abgeurteilt wird, von welchem kein einziges Mitglied ihn genauer kennt, und dies ausgerechnet im Jugendstrafrecht, wo doch gerade die individuelle Strafzumessung die Basis des Jugendstrafrechts ist.

Der Ausstand gemäss JStPO 9 wird «vereinfacht» genannt, weil er keiner Begründung durch den Jugendlichen (oder seines gesetzlichen Vertreters) bedarf, der sich darauf beruft.

Die Gründe für den Ausstand sind diejenigen gemäss StPO 56, mit Ausnahme von lit. b, der vorsieht, dass derjenige, welcher in einer anderen Funktion in derselben Angelegenheit schon einmal gehandelt hat, in den Ausstand treten muss. Gerade die Intervention einer Person in mehreren Funktionen ist das Besondere des Jugendstrafprozesses.

Schliesslich erwähnen noch einige Bestimmungen der JStPO die Jugendstaatsanwaltschaft, um ihr gewisse Rechte und Kompetenzen zu erteilen, welche im *Jugendanwaltschaftsmodell* dem Jugendanwalt zukommen. Namentlich sind dies: Die Anklageerhebung (JStPO 33), die Legitimation zur Rechtsmitteleinlegung (JStPO 38), das Akteneinsichtsrecht (JStPO 15 II), das Recht, das begründete Urteil zugestellt zu erhalten (JStPO 37), das Recht, dass ihm der Strafbefehl eröffnet wird und er dagegen Einsprache erheben kann (JStPO 32). Die wichtigsten Kompeten-

zen der Jugendstaatsanwaltschaft sind in JStPO 21 zusammengefasst.

### B. Die in den Kantonen vorherrschenden Modelle

Die Kantone haben im Rahmen der ihnen überlassenen Wahlmöglichkeiten die bereits bestehenden Modelle nicht gewechselt, und die Änderungen in ihrer Gerichtsorganisation sind sehr begrenzt geblieben. Die einzige Ausnahme bildet hier der Kanton Bern, der – nicht ohne Mühe – vom «Jugendrichtermodell» zum «Jugendanwaltschaftsmodell» übergegangen ist. Daher ist das «Jugendrichtermodell» nunmehr nur noch in den Kantonen der Romandie verbreitet.

Zu beachten gilt, dass der Bund über keine Gerichtsorganisation für jugendstrafrechtliche Fälle verfügt. JStPO 2 schreibt nämlich vor: «Für die Verfolgung und Beurteilung der Straftaten sowie den Vollzug der verhängten Sanktionen sind ausschliesslich die Kantone zuständig.»

### C. Die Strafverfolgungsbehörden

Zunächst ist es wichtig in Erinnerung zu rufen, dass die JStPO nicht das gesamte Strafverfahren bei jugendlichen Tätern regelt, sondern nur die im Vergleich zum Erwachsenenstrafprozess besonderen Bestimmungen. Wie oben bereits erwähnt, ist die JStPO als *lex specialis* zur StPO konzipiert, d.h., diese ist auch für jugendliche anwendbar, aber mit einigen Ausnahmen<sup>48</sup> und Spezialbestimmungen in der JStPO (JStPO 3).

#### 1. Die Polizei

Im Allgemeinen eröffnet die Polizei das Ermittlungsverfahren (StPO 306). Sie erhebt die Indizien, analysiert und stellt Spuren sicher, identifiziert und greift Verdächtige auf und befragt diese. Im Übrigen hat die Polizei die Verpflichtung, die Resultate ihrer Ermittlungen unverzüglich der Untersuchungsbehörde zu melden (StPO 307).<sup>49</sup>

Einige Kantone tragen dem Umstand der Jugendlichen-Problematik dadurch Rechnung, dass Jugendstrafverfahren innerhalb der Polizei von einer spezialisierten Einheit oder spezifisch ausgebildeten Polizeibeamten behandelt werden.

#### 2. Die Untersuchungsbehörde

Die Untersuchungsbehörde – d.h. je nach gewähltem Modell der Jugendrichter oder der Jugendanwalt – entscheidet, ob auf den Fall nicht eingetreten und demgemäss eine Nichtanhandnahme-

48 Im Übrigen sind die Bestimmungen der StPO bzgl. der Übertretungsstrafbehörden, der Bundesgerichtsbarkeit, des Gerichtsstands, des abgekürzten Verfahrens, des Verfahrens bei Anordnung der Friedensbürgschaft und des Verfahrens bei einer schuldunfähigen beschuldigten Person nicht anwendbar für jugendliche Delinquenten (JStPO 3 II).

49 Im Sinne von JStPO 6 I b und II, d.h. der Jugendrichter oder Jugendanwalt, je nach gewähltem Modell.

verfügung (StPO 310) erlassen wird,<sup>50</sup> oder ob die Untersuchung zu eröffnen ist, wenn die Voraussetzungen von StPO 309 erfüllt sind. In diesem Fall obliegt es ihr, den Sachverhalt zu klären und die Angelegenheit rechtlich zu würdigen (StPO 308). Mit anderen Worten: Die Untersuchungsbehörde muss Belastendes und Entlastendes untersuchen (StPO 6), um die Angelegenheit vor das Jugendgericht bringen zu können (StPO 308 III). Wenn sie die Untersuchung eröffnet, leitet sie diese auch (JStPO 30 I). Dazu verfügt sie über die für die Staatsanwaltschaft nach der StPO in diesem Verfahrensstadium ausgearbeiteten Kompetenzen und Aufgaben (JStPO 30 II).

Es obliegt ebenfalls der Untersuchungsbehörde, die notwendigen Zwangsmassnahmen anzuordnen (JStPO 26), mit Ausnahme jener Massnahmen, die nicht auf der abschliessenden Liste der genannten Bestimmung aufgeführt sind und für die das Zwangsmassnahmengericht angerufen werden muss (JStPO 26 II). Die Untersuchungsbehörde im Jugendstrafprozess hat im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft im Erwachsenenstrafprozess die Möglichkeit, Untersuchungshaft anzuordnen (JStPO 26 I b), selbst wenn dies die Ausnahme bleiben muss (JStPO 27). Wenn die Untersuchungshaft jedoch auf mehr als eine Woche verlängert werden soll, entscheidet das Zwangsmassnahmengericht (JStPO 27 II und III).

### 3. Die Jugendstaatsanwaltschaft

Es sei an dieser Stelle nochmals daran erinnert, dass diejenigen Kantone, die das Jugendrichtermodell gewählt haben, eine «Jugendstaatsanwaltschaft» vorsehen müssen, die sowohl die Anklage vor dem Jugendgericht erhebt, an der Verhandlung vor der ersten Instanz teilnimmt, als auch Berufung einlegen und diese vor der zweiten Instanz vertreten kann (JStPO 21). Die Aufzählung der Aufgaben wäre zudem durch gewisse im kantonalen Recht vorgesehene Aufgaben zu ergänzen (JStPO 21 e).

Nach Abschluss der Untersuchung entscheidet die Untersuchungsbehörde über das weitere Vorgehen (StPO 317 f.). Es stehen ihr drei Möglichkeiten offen. Wenn es keinen hinreichenden Verdacht für die Anklageerhebung gibt oder sich herausstellt, dass keine Straftat begangen wurde, stellt sie das Verfahren ein (StPO 319 ff.). Andernfalls erlässt sie einen Strafbefehl (JStPO 32) oder erhebt Anklage (d.h. die Angelegenheit wird an ein Gericht überwiesen), wenn der Sachverhalt genügend erstellt ist und der Erlass eines Strafbefehls nicht in Frage kommt (JStPO 33 I). Im letzteren Fall fasst der Jugendrichter bzw. der Jugendanwalt – je nach Modell – die Anklageschrift (JStPO 33 II), in der die Gesamtheit der dem Beschuldigten vor Gericht zur Last gelegten Straftaten aufgeführt ist und teilt diese dem Beschuldigten, seinen gesetzlichen Vertretern, der Privatklägerschaft und dem Jugendgericht mit (JStPO 33 III).

50 Wenn die Tatbestandselemente oder die Bedingungen für die Eröffnung eines Strafverfahrens offensichtlich nicht erfüllt sind (z.B. weil das Verfahren verjährt ist oder weil es keine Strafanzeige des Geschädigten gibt), wenn ein Prozesshindernis existiert (ein Strafverfahren ist aufgrund des selben Sachverhalts in einem anderen Staat hängig), oder wenn die in JStPO 5 genannten Gründe vorschreiben, auf die Eröffnung eines Strafverfahrens zu verzichten.

Unter dem Aspekt der Gerichtsorganisation ist die Jugendstaatsanwaltschaft zum einen eine unabhängige Behörde, der ein General-Jugendstaatsanwalt vorsteht, zum anderen aber der Staatsanwaltschaft angegliedert ist. Dabei bildet die Jugendstaatsanwaltschaft grundsätzlich eine eigene Einheit; deren Aufgaben werden jedoch manchmal einem «gewöhnlichen» Staatsanwalt anvertraut. Namentlich ist dies in den kleineren Kantonen der Fall. In diesen Kantonen ist die Zahl der Angelegenheiten, die Jugendliche betreffen, nicht einmal so hoch, dass eine Stelle zu 100% ausgefüllt werden könnte, so dass der Staatsanwalt, der sich um Straftaten Jugendlicher kümmert, auch Delikte von Erwachsenen bearbeiten muss.

## D. Die Gerichte

### 1. Die Zwangsmassnahmengerichte

Kein einziger Kanton hat die Möglichkeit gewählt, ein separates Zwangsmassnahmengericht für Jugendliche zu schaffen. Daraus folgt, dass die Zwangsmassnahmengerichte für Erwachsene ebenfalls die Verfahren betreffend Jugendliche behandeln, und dies gemäss den für Erwachsene geltenden Zuständigkeitsregeln.

### 2. Das Jugendgericht

Idealerweise ist das Jugendgericht ein von den Gerichten für Erwachsene unabhängiges Gericht, dessen Zusammensetzung vom Gesetz bestimmt wird (JStPO 7 II). Es handelt sich konkret um eine Dreierbesetzung mit einem Präsidenten und zwei Beisitzern.

Das Jugendgericht beurteilt als erste Instanz alle Straftaten, für die entweder eine Unterbringung oder eine Busse von mehr als 1000 Franken oder ein Freiheitsentzug von mehr als drei Monaten in Frage kommt sowie Anklagen im Anschluss an Einsprachen gegen Strafbefehle (JStPO 34 I und II). Fällt eine Straftat nach Auffassung des Jugendgerichts in die Zuständigkeit der Untersuchungsbehörde – weil die voraussehbare Strafe unter den in JStPO 34 I genannten Grenzen liegt –, so kann das Jugendgericht die Straftat selbst beurteilen oder den Fall der Untersuchungsbehörde zum Erlass des Strafbefehls überweisen (JStPO 34 IV).

Wenn der Straffall bei ihm hängig ist, ist das Jugendgericht für die Anordnung der gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen zuständig (JStPO 34 V). Im Gegensatz zum Erwachsenenstrafprozess interveniert das Zwangsmassnahmengericht im Jugendstrafprozess in diesem Stadium des Verfahrens nicht.<sup>51</sup>

Die von der StPO aufgestellten Regeln haben die Organisation der kantonalen Jugendgerichte nicht grundsätzlich verändert. In den Kantonen der Romandie, die dem Jugendrichtermodell folgten, wurde das Jugendgericht zentralisiert und spezialisiert. In jenen Kantonen dagegen, die dem Jugendanwaltschaftsmodell folgten, kann das Jugendgericht entweder unabhängig von den anderen Gerichten amtieren, oder eine Kammer des oder der erstinstanzlichen Gerichte übernimmt diese Funktion.

51 Eine Ausnahme gibt es trotzdem, da eine Beschwerde gegen eine Sicherheitshaft in der Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts liegt (JStPO 39 III).

### 3. Beschwerdeinstanz und Berufungsgericht im Jugendstrafprozess

Wenn das Urteil des Jugendgerichts gefällt ist, kann dieses vor der Berufungsinstanz mit Berufung angefochten werden (JStPO 40). Zur Berufung legitimiert sind die Parteien (JStPO 18), d.h. nicht nur der Beschuldigte, die Privatklägerschaft<sup>52</sup> und der Vertreter der öffentlichen Anklage (Jugendstaatsanwalt oder Jugendanwalt), sondern auch die gesetzliche Vertretung des Beschuldigten und – wo diese fehlt – die Behörde des Zivilrechts (JStPO 18b und 38 I b).

Im Übrigen ist die Beschwerde gegen alle in StPO 393 aufgelisteten Entscheide zulässig. Die Beschwerde ist überdies zulässig in den von der JStPO genannten Fällen (JStPO 39 II) sowie gegen Entscheide im Bereich des Vollzugs von Sanktionen (JStPO 43). So kann namentlich Beschwerde geführt werden gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Polizei, der Untersuchungsbehörden oder des Gerichts, gegen die vorsorgliche Anordnung von Schutzmassnahmen und die Anordnung von Beobachtung, gegen den Entscheid über die Einschränkung der Akteneinsicht, die Änderung einer Massnahme oder die Überweisung an eine andere Einrichtung sowie gegen die Verweigerung oder den Widerruf der bedingten Entlassung. Es gibt jedoch eine Ausnahme: Bei Beschwerden gegen die Anordnung der Untersuchungs- und Sicherheitshaft ist das Zwangsmassnahmengericht zuständig (JStPO 39 III).

Am Rande sei erwähnt, dass ein Gesuch um Revision jederzeit gestellt werden kann.<sup>53</sup> In diesem Fall entscheidet das Jugendgericht (JStPO 41).

Laut JStPO 7 III können die Kantone die Befugnisse der Beschwerdeinstanz der Berufungsinstanz übertragen.

Kein einziger Kanton hat für ein von den für Erwachsene bestehenden Berufungs- und Beschwerdeinstanzen unabhängiges Gericht zur Behandlung von Verfahren betreffend Jugendliche organisiert.

## E. Andere wichtige Bestimmungen im Jugendstrafprozessrecht der Kantone

### 1. Der Gerichtsstand

Bezüglich des Gerichtsstands wurden die Prinzipien des JStGB beibehalten. So ist für die Strafverfolgung die Behörde des Ortes zuständig, an dem der beschuldigte Jugendliche bei Eröffnung des Verfahrens seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (JStPO 10 I). Diese Bestimmung läuft allerdings dem im Erwachsenenstrafrecht vorherrschenden Prinzip des Gerichtsstands des Tatortes zuwider (StPO 31). Der Gerichtsstand des Tatortes bleibt infolgedessen im

52 Im Rahmen des von StPO 382 bestimmten Möglichen (auf diese Bestimmung verweist JStPO 38 III), d.h. solange sie ein geschütztes rechtliches Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheids hat und die Beschwerde sich nicht auf das Strafmass bzw. die ausgesprochene Massnahme bezieht.

53 Genauer gesagt: Die Revision zugunsten der verurteilten Person (reformatio in melius) kann jederzeit verlangt werden (StPO 410 III). Die Revision zuungunsten des Beschuldigten oder der verurteilten Person (reformatio in peius) kann nur bis zum Eintritt der Verjährung verlangt werden.

Jugendstrafrecht die Ausnahme. Diese Ausnahmeregelung ist anwendbar, wenn der Beschuldigte keinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat (JStPO 10 II a), oder es sich bei der begangenen Straftat um eine Übertretung handelt (JStPO 10 III).

Im Übrigen sei erwähnt, dass die Bestimmungen zur Bundesgerichtsbarkeit (StPO 23 bis 28) im Jugendstrafprozess nicht anwendbar sind (JStPO 3 II b).

### 2. Mediation und Vergleich

Die Mediation war schon vor Inkrafttreten der Strafprozessordnung Teil des Bundesrechts, da sie bereits 2007 im Jugendstrafgesetz (aJStGB 8 und 21 III) eingeführt wurde<sup>54</sup>. Diese Bestimmungen wurden jedoch aufgehoben und sind seit dem 1. Januar 2011 in JStPO 17 eingeflossen. Der Vergleich dagegen existierte schon seit langer Zeit in zahlreichen kantonalen Gesetzen und findet sich heute in JStPO 16 wieder.

Zur Erinnerung: Mediation und Vergleich sind zwei Prozessvarianten, die es dem Straftäter und seinem Opfer ermöglichen – unter der Voraussetzung, dass dies freiwillig geschieht –, aktiv und mithilfe eines Dritten an einer Lösungsfindung für die durch eine Straftat entstandenen Probleme mitzuwirken. Wenn diese Drittperson unabhängig ist und das Ziel hat, unter den Parteien eine auf Freiwilligkeit beruhende Lösung herbeizuführen, spricht man von *Mediation*. Wenn diese Drittperson ein Behördenmitglied ist, über Entscheidungsmacht verfügt und versucht, ihre Lösung – selbst wenn diese für beide Parteien akzeptabel ist – unter «Androhung» der Nichteinstellung des Verfahrens durchzusetzen, spricht man von einem *Vergleich*.

Die Untersuchungsbehörde und das Jugendgericht können versuchen, einen Vergleich zu erzielen, soweit Antragsdelikte Gegenstand des Verfahrens sind (JStPO 16a), oder sofern eine Strafbefreiung in Frage kommt (JStPO 16b).

Sie können zudem das Verfahren jederzeit sistieren und einen Mediator mit der Durchführung eines Mediationsverfahrens beauftragen, wenn die Voraussetzungen von JStPO 17 erfüllt sind.

Mündet der Vergleich in einer Wiedergutmachung oder einer Strafbefreiung, muss der Richter auf die Strafverfolgung oder das Aussprechen einer Strafe gegen den Jugendlichen verzichten. Wenn der Vergleich einen Rückzug des Strafantrages beinhaltet, erlischt das Strafverfahren automatisch. Gelingt eine Mediation, so wird das Verfahren eingestellt (JStPO 17 II).<sup>55</sup>

### 3. Die gesetzlichen Vertreter im Prozess

JStPO 19 I bestimmt: «Der beschuldigte Jugendliche handelt durch die gesetzliche Vertretung.» Trotzdem kann im Fall, wo der Jugendliche urteilsfähig ist, dieser seine Parteirechte selbständig wahrnehmen (JStPO 19 II). Es ergeben sich daher zwei Fragen: (1) Wer ist schlussendlich Partei im Prozess und (2) was passiert,

54 Vgl. dazu ANDRÉ KUHN, La médiation en droit pénal des mineurs, in: François Bohnet (Hrsg.), Le nouveau droit pénal des mineurs, Neuenburg 2007, S. 57–75.

55 Über den Sinn einer solchen Einstellung, vgl. ANDRÉ KUHN (Fn. 54), N 24 ff.

wenn es einen Interessenkonflikt zwischen dem Jugendlichen und seinem gesetzlichen Vertreter gibt?

Die erste der beiden Fragen beantwortet die JStPO sehr deutlich. Sowohl der beschuldigte Jugendliche als auch seine Eltern sind Prozessparteien (JStPO 18a und b), und zwar getrennt voneinander. Mit anderen Worten: Selbst wenn der Grad der Stellvertretung des Jugendlichen durch seine gesetzlichen Vertreter abhängig von dessen Alter und Urteilsfähigkeit variieren kann, verbleibt den gesetzlichen Vertretern die Qualität als Prozesspartei und damit auch alle Vorrechte, die die JStPO diesen einräumt. So haben die gesetzlichen Vertreter z.B. das Recht, Beschwerde oder Berufung einzulegen, ohne dabei auf eine evtl. gegenteilige Meinung des urteilsfähigen Jugendlichen Rücksicht nehmen zu müssen.

Unter gesetzlicher Vertretung werden die Eltern, ausnahmsweise der Vormund<sup>56</sup> und – in seltenen Fällen – der Beistand<sup>57</sup> verstanden.

Erwähnenswert ist noch, dass die Vertretung des beschuldigten Jugendlichen nicht in jedem Fall möglich ist. Die StPO bestimmt, dass eine beschuldigte Person nur dann verhandlungsfähig ist, wenn sie körperlich und geistig in der Lage ist, der Verhandlung zu folgen (StPO 114 I). Demnach muss in Anwendung von StPO 114 III bei dauernder Verhandlungsunfähigkeit<sup>58</sup> das Strafverfahren sistiert bzw. eingestellt werden.

So wie den gesetzlichen Vertretern in Jugendstrafverfahren Rechte zustehen, haben sie auf der anderen Seite auch Verpflichtungen. Daher müssen sie, wie auch die Behörden des Zivilrechts, am Verfahren mitwirken, wenn die Jugendstrafbehörde dies an-

ordnet (JStPO 12 I). Bei Nichtbefolgung droht ihnen eine Ordnungsbusse von bis zu CHF 1000.– (JStPO 12 II).

Zweitens stellt sich die Frage, was passiert, wenn die Interessen des beschuldigten Jugendlichen denjenigen seiner gesetzlichen Vertretung widersprechen. In diesem Fall kann die Strafbehörde die gesetzliche Vertretung nur noch in summarischer Form über den Weitergang des Verfahrens informieren bzw. diese auch vom Verfahren ausschliessen, und ggf. das Notwendige vorkehren, damit der Jugendliche einen Beistand i.S.v. ZGB 392 II erhält.

#### 4. Die Vollstreckung der Urteile

Ausgehend vom Grundsatz, dass ausgesprochene Strafen Jugendlichen gegenüber einen grösseren erzieherischen Nutzen haben, wenn die Aufsicht einer Behörde übertragen wird, die den Jugendlichen persönlich kennt, ist für den Vollzug von Strafen und Schutzmassnahmen die Untersuchungsbehörde zuständig (JStPO 42).

## VII. Schluss: Die Organisation der Strafjustizbehörden als Beispiel unserer kulturellen Vielfaltigkeit

Die vorangehenden Seiten und insbesondere die einigen hundert Seiten in unserem Werk, welches noch erscheinen wird, zeigen es deutlich: Die Kantone erfreuen sich im Bereich der Gerichtsorganisation einer grossen Freiheit. Im Allgemeinen wurde von diesen Handlungsspielräumen Gebrauch gemacht, um bereits vor Inkrafttreten der StPO und JStPO bestehende kantonale Behörden im Grossen und Ganzen beizubehalten. Die Vereinheitlichung ist hauptsächlich bei der Staatsanwaltschaft, beim Zwangsmassnahmengericht, bei der – zwingend dreiköpfigen – Zusammensetzung des Jugendgerichts und den Rechtsmitteln deutlich zu erkennen. Dafür haben die Kantone die ihnen durch die StPO eingeräumten Befugnisse reichlich genutzt, um die auf ihre Grösse und vormals bestehende Gerichtsorganisation am besten zugeschnittenen Lösungen zu finden. ■

56 Wenn der Jugendliche nicht unter elterlicher Obhut steht (ZGB 368).

57 Wenn ein Interessenkonflikt zwischen dem minderjährigen Beschuldigten und seinen gesetzlichen Vertretern die Anwendung von ZGB 392 II notwendig macht.

58 Es ist nicht vorstellbar, dass irgendein gesetzlicher Vertreter den Beschuldigten für Handlungen, die seine persönliche Anwesenheit erfordern, vertritt (z.B. JStPO 35 I).

Fachanwältinnen und Fachanwälte SAV Familienrecht\*

## Vielschichtiges Familienrecht – Aspekte aus der Praxis (Teil 1)

**Stichworte:** die Schweizerische ZPO in eherechtlichen Verfahren, Prozesskostenvorschuss, Kindsanhörungen, Aufenthaltsbestimmungsrecht und Kindsentführungen, Ehegattenunterhalt in den verschiedenen Phasen der Beziehung unter den Ehegatten, Berechnungstabellen, Mankoteilung, Vorsorgeunterhalt, Wohneigentumsförderung in der Scheidungsvereinbarung, Steueraspekte, Abschaffung der Bedenkfrist

*Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen*

*Die Autorinnen und Autoren der nachfolgenden Beiträge sind allesamt Fachanwältinnen und Fachanwälte SAV für Familienrecht. Sie befassen sich in ihrer täglichen Arbeit mit dem Familienrecht und wissen, dass auch dieses Rechtsgebiet seine Tücken hat. Es bedarf eines hohen Grades an Spezialisierung, um einerseits an alle Aspekte zu denken und andererseits über das Fachwissen zu verfügen, um der Komplexität des Familienrechts gerecht zu werden. Das Familienrecht ist längst kein Rechtsgebiet mehr, das man als Anwalt, als Anwältin nur so nebenher noch «machen» kann. Wenn Sie mit Freude in diesem Gebiet anwaltlich tätig sind, dann sei Ihnen die Fachanwaltsausbildung sehr empfohlen.*

\* [www.fa-familienrecht.ch](http://www.fa-familienrecht.ch)

*Die nachfolgenden Beiträge sind Ausführungen aus der Sicht der Praktikerin und des Praktikers. Sie erheben nicht den Anspruch auf Wissenschaftlichkeit. Auch werden bei Weitem nicht sämtliche Aspekte des Familienrechts thematisiert. So bleiben beispielsweise insbesondere das Güterrecht, der Vorsorgeausgleich und vollstreckungs-, sozialversicherungsrechtliche und IPR-Fragen unerwähnt.*

*Der Umfang der Darlegungen sprengt die März-Ausgabe der Anwaltsrevue. Weitere Beiträge erscheinen deshalb in Teil 2 in der April-Ausgabe.*

Anka Dietrich\*\* ■

\*\* Dr. iur., Advokatin, Mediatorin SAV, Fachanwältin SAV Familienrecht, Basel. [www.advokaturnotariat.com](http://www.advokaturnotariat.com)

Andrea Hodel\*

## Die neue ZPO und die eherechtlichen Verfahren

**Stichworte:** Eidgenössische ZPO, Eheschutzverfahren, eherechtliche Verfahren, Eheschutzmassnahmen, Schutzschrift, Eheschutzentscheid

### Eheschutzverfahren

Das Eheschutzverfahren ist in Art. 271 ff. ZPO geregelt. Das Gesuch ist am Wohnsitz einer der Parteien (Art. 23 ZPO) in den Formen nach Art. 130 ZPO (Art. 252 Abs. 1 und 2 ZPO), und damit schriftlich und begründet, im Doppel und mit zweifachen Beilagen inkl. Beweismittelverzeichnis zu stellen. Es ist eher wahrscheinlich, aber heute noch nicht klar, ob ein unbegründetes Gesuch mit Begehren und Beilagen unter Hinweis auf die mündliche Begründung anlässlich der Verhandlung nach wie vor zulässig ist. Ganz allgemein ist davon auszugehen, dass die Gerichte versuchen, ihre bisher «bewährten» Regeln beizubehalten. So dürfte es sein, dass im Kanton Zürich nach wie vor unbegründete Gesuche entgegengenommen werden. Im Kanton Zug wird (wie unter der alten ZPO ZG) eine schriftliche Begründung verlangt. Sicher ist nur, dass nach Art. 132 ZPO das Gericht eine Nachfrist ansetzen muss, wenn es die Ansicht vertritt, das Gesuch müsse schriftlich begründet werden.

\* RA lic. iur., Fachanwältin SAV Familienrecht, Zug. [www.hodel-frei.ch](http://www.hodel-frei.ch)

Im Eheschutzverfahren finden gestützt auf Art. 272 ZPO die Regeln der Untersuchungsmaxime Anwendung. Es ist allerdings zu beachten, dass mit Ausnahme der Kinderbelange die eingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt. Das Gericht hat den Sachverhalt nicht von Amtes wegen zu erforschen, sondern lediglich den entscheiderelevanten Sachverhalt, so wie die Parteien ihn dargestellt haben, festzustellen.

Der Entscheid kann mittels Berufung nach Art. 308 ZPO angefochten werden, aber sowohl für die Berufung als auch für die Berufungsantwort ist die gesetzliche Frist von 10 Tagen, also ohne Erstreckungsmöglichkeit (Art. 314 ZPO) und ohne Gerichtsferien, einzuhalten. Eine Anschlussberufung ist nicht zulässig und es gibt auch keine Nachfrist mehr zur Begründung, wie dies im Kanton Zürich bisher möglich gewesen war. Die Berufung gegen einen Eheschutzentscheid hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides (Art. 315 Abs. 1 ZPO), und der Entzug der aufschiebenden Wirkung und damit die vorzeitige Vollstreckbarkeit muss mit der Berufung vor Oberinstanz beantragt und auch begründet werden.

Dies im Gegensatz zum vorsorglichen Massnahmeverfahren nach Art. 137 ZGB; gemäss Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO hat in diesem Fall die Berufung keine aufschiebende Wirkung; also zwei verschiedene Wirkungen von Rechtsmitteln, obwohl der Inhalt der Entscheide im Eheschutzverfahren und im vorsorglichen Massnahmeverfahren während der Dauer des Scheidungsverfahrens oftmals materiell identisch sind.

Beim summarischen Verfahren ist ganz allgemein zu beachten und manchmal in Eheschutzmassnahmen hilfreich, dass neu (zumindest für einige Kantone) eine Schutzschrift ausdrücklich vorgesehen ist (Art. 270 ZPO). Demnach kann, wer Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn eine superprovisorische Massnahme beantragt wird, seinen Standpunkt vorsorglich in einer Schutzschrift darlegen. Diese Schutzschrift dürfte in Fällen der behaupteten häuslichen Gewalt, eines Konfliktes, der im Zusammenhang mit Kinderbelangen eskaliert, seine Bedeutung durchaus auch im Eheschutzverfahren erlangen.

Eine weitere allgemeine Bestimmung, die im Beweisverfahren – gerade im eherechtlichen Verfahren – seien es nun Eheschutzverfahren, vorsorgliche Massnahmeverfahren oder im Scheidungsverfahren, an Bedeutung gewinnt, ist die Bestimmung über widerrechtlich erlangte Beweismittel. Art. 152 Abs. 2 ZPO erklärt dazu, rechtswidrig beschaffte Beweismittel werden nur (aber immerhin dann) berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Diese Bestimmung kann sich in eherechtlichen Verfahren, wo sich Streitigkeiten meistens im privaten und damit schwierig beweisbaren Bereich abspielen, als wichtig erweisen, z.B. unerlaubt abgehörte Telefonaufnahmen, unerlaubt aufgenommene Gespräche zwischen Ehegatten usw. Es wird aber zu begründen sein, weshalb das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt, was vor allem im Rahmen der Kinderbelange von Bedeutung sein könnte, weil dort der umfassende Untersuchungsgrundsatz gilt.

### Vorsorgliche Massnahmen nach Art. 137 ZGB

Vorsorgliche Massnahmen während der Dauer des Scheidungsverfahrens trifft das Gericht, das für das Scheidungsverfahren zuständig ist. Es gilt das summarische Verfahren. Diesbezügliche Entscheide, dies wurde bereits erwähnt, sind mit Berufung innerhalb von 10 Tagen anfechtbar. Die Berufung hat keine rechtskrafthemmende Wirkung. Vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens sind also vollstreckbar, auch wenn sie angefochten werden.

### Der Scheidungsprozess

Die Einleitung der Scheidungsklage sowohl bei gemeinsamen Begehren als auch bei teilweiser oder keiner Einigung erfolgt nach Art. 23 ZPO am Wohnsitz beider Parteien. Dieser Gerichtsstand ist zwingend. Ein Schlichtungsverfahren entfällt (Art. 198 lit. c und d ZPO). Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen im ZGB (Art. 135 bis Art. 149) sind insoweit aufgehoben, als die Zivilprozessordnung Anwendung findet.

Die Scheidungsklage ist schriftlich oder in elektronischer Form (Signatur) mit je zwei Exemplaren der Rechtsschrift und der Beila-

gen (also auch Beilagen neu im Doppel) einzureichen. Wird diese Formvorschrift verletzt, erhält man eine Nachfrist (Art. 131 ZPO). Beim strittigen Scheidungsverfahren ist speziell, dass die Klage mit oder ohne Begründung (Art. 290 ZPO) eingereicht werden kann. Wird sie ohne Begründung eingereicht, lädt das Gericht zu einer Einigungsverhandlung vor. Kommt an der Verhandlung keine Einigung zu Stande, so setzt das Gericht der klagenden Partei eine Frist, die als richterliche Frist erstreckt werden kann, zur schriftlichen Klagebegründung an. Der Scheidungsanwalt oder die Scheidungsanwältin wird sich also überlegen: Will er/sie das Scheidungsverfahren eher zügig durchführen, ist eine begründete Scheidungsklage einzureichen, weil diesfalls die Gegenpartei zur Klageantwort aufgefordert wird und es erst anschliessend zu einer Parteibefragung und/oder Instruktionsverhandlung kommt und zu diesem Zeitpunkt bereits Entscheidungsgrundlagen wie Belege über Einkommen, Vermögen und Pensionskasse vorliegen dürften. Will die klagende Partei eher Zeit gewinnen und hofft auf ein länger dauerndes Scheidungsverfahren, wird sie eine unbegründete Scheidungsklage einreichen, um durch Ansetzung eines Termins zur Einigungsverhandlung Zeit zu gewinnen und nach dessen Scheitern eine entsprechend erstreckbare Frist erhält, ihre Klage zu begründen. Für das forum running, also den Erhalt des Gerichtsstandes, ist die Scheidungsklage ohne schriftliche Begründung für all jene Anwälte und Anwältinnen sehr hilfreich, die nicht im Kanton Zürich prozessieren und deshalb bis heute nie die Gelegenheit hatten, die Begehren einzureichen, ohne eine umfassende Begründung mitzuliefern.

Zu beachten ist speziell Art. 229 ZPO über das Novenrecht in Verbindung mit Art. 277 Abs. 1 ZPO. Für die güterrechtliche Auseinandersetzung und den nahehelichen Unterhalt gilt der Verhandlungsgrundsatz. Damit gilt das unbeschränkte Novenrecht neu nur bis zum Ende des zweiten Schriftenwechsels. Findet nur ein einfacher Schriftenwechsel statt, was bei einfacheren Verhältnissen üblich sein dürfte, sind Noven unbeschränkt bis zur ersten Instruktionsverhandlung oder, sofern eine solche nicht durchgeführt wird, bis zur Hauptverhandlung zulässig.

Das Rechtsmittel gegen das Scheidungsurteil ist die Berufung gestützt auf Art. 308 ZGB. Die Frist beträgt 30 Tage. Die Berufung ist innert Frist vollständig zu begründen. Die Berufungsantwort muss ebenfalls in der gesetzlichen und nicht erstreckbaren Frist von wiederum 30 Tagen erfolgen. Im Berufungsverfahren nach einem Scheidungsverfahren gelten zumindest die Gerichtsferien. Das Rechtsmittel der Berufung hemmt nach Art. 315 ZPO die Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils im Umfang der Anträge. Anschlussberufung ist möglich.

Die Scheidung auf gemeinsames Begehren erfolgt ebenfalls mittels schriftlicher Eingabe der Ehegatten. Wiederum ist Art. 131 ZPO zu beachten. Alles ist im Doppel mit doppelten Beilagen einzureichen. Damit macht unsere standesrechtliche Bestimmung, den/die Gegenanwalt/-anwältin zusätzlich mit einem Exemplar zu bedienen, nur mehr wenig Sinn.

Die Parteien werden wie bereits bisher gemeinsam angehört. Der Entscheid kann mittels Berufung innerhalb von 30 Tagen (Art. 311 ZPO), der Scheidungspunkt nur noch wegen Willensmängeln angefochten werden (Art. 289 ZPO). ■

Romeo Da Rugna\*

## Prozesskostenvorschuss in eherechtlichen Verfahren

**Stichworte:** Unentgeltliche Rechtspflege versus Prozesskostenvorschuss, Voraussetzungen und Schicksal Prozesskostenvorschuss, echter Vorschuss oder Unterhaltsleistung à fonds perdu?

### I. Einführung

Der Anspruch auf Einräumung eines Prozesskostenvorschusses ergibt sich aus dem materiellen Zivilrecht und richtet sich gegen den Ehegatten.<sup>1</sup> Die Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den einen Ehegatten an den anderen Ehegatten, welche dem Anspruch des mittellosen Ehegatten auf unentgeltliche Rechtspflege vorgeht,<sup>2</sup> stösst häufig auf ein Akzeptanzproblem. Dies vor allem dann, wenn der Prozesskostenvorschuss, wie in der neueren Lehre und Rechtsprechung teilweise argumentiert wird, als eine (Unterhalts-)Leistung à fonds perdu betrachtet wird, aber auch dann, wenn mit den geltend gemachten Forderungen des den Vorschuss in Anspruch nehmenden Ehegatten die Grenze dessen deutlich überschritten wird, was vom Prozesskostenvorschussleistenden noch als «vernünftig» und «fair» taxiert wird.

Wird der Prozesskostenvorschuss dagegen als eine Vorausleistung auf später im Scheidungsurteil abzurechnende Ansprüche der Gegenpartei behandelt, kann eine bessere Akzeptanz der entsprechenden Verfügung des Prozessgerichts erzielt werden. Damit erhält auch der Gedanke Gewicht, dass die den Prozesskostenvorschuss von ihrem Ehegatten beanspruchende Gegenpartei letztendlich «eigene» Mittel für die Bezahlung ihrer Anwalts- und Gerichtskosten einsetzen muss. Der Einsatz von «eigenen» Mitteln für die Bezahlung der Prozesskosten dürfte auch zu einem ökonomischeren Umgang mit den zur Verfügung stehenden Ressourcen führen und sich damit auch dämpfend auf den Antrieb zur Geltendmachung von (bewusst weit) übertriebenen Forderungen auswirken.

Zum einen soll hier der Frage nachgegangen werden, gestützt auf welche Rechtsgrundlage und unter welchen Voraussetzungen zwischen Ehegatten ein Anspruch auf die Leistung eines Prozesskostenvorschusses besteht. Zum anderen stellt sich die Frage, ob und wie ein geleisteter Prozesskostenvorschuss im Rahmen der Regelung der Scheidungsfolgen zu berücksichtigen ist.

### II. Rechtslage zum Prozesskostenvorschuss unter dem früheren Recht

#### 1. Lehre

Die wohl auch heute noch ausführlichste und detaillierteste Darstellung der sich im Zusammenhang mit dem Prozesskostenvor-

schuss als vorsorgliche Massnahme im Rahmen eines Scheidungsprozesses stehenden Rechtsfragen findet sich in der (Berner) Kommentierung zu Art. 145 ZGB a.F. durch WALTER BÜHLER und KARL SPÜHLER.<sup>3</sup>

#### a) Grundlagen und Voraussetzungen des Prozesskostenvorschusses für den Scheidungsprozess

Nach Auffassung der erwähnten Autoren war die gegenseitige und unabhängig von Parteistellung sowie Scheidungsverschulden bestehende Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses aus der gegenseitigen *Beistandspflicht* der Ehegatten abzuleiten. Hatte die Ehefrau zwar Ansprüche auf eheliches Vermögen oder Vermögensertrag, konnte darüber aber nicht verfügen, bestand nach diesen Autoren subsidiär eine Vorschusspflicht des Ehemannes aus ehelichem Güterrecht; der Ehemann sollte ihr auf Anrechnung an ihre Ansprüche aus dem Frauenvermögen einen Vorschuss leisten.

Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses setzte auf jeden Fall voraus, dass

«einerseits der Ehegatte, der ihn verlangt, für die Finanzierung des Prozesses auf den Beistand des anderen Teils angewiesen und dass andererseits der angesprochene Ehegatte zur Leistung des Vorschusses in der Lage ist.»

Die Vorschusspflicht wurde als für die Dauer des Verfahrens bestehend erachtet und musste daher *zu Beginn* des Verfahrens geltend gemacht werden; für dessen Zusprechung erst im Endentscheid im Zusammenhang mit den Kosten- und Entschädigungsfolgen bestehe kein Raum. Auch zur umfangmässigen Bestimmung sowie zur Vollstreckung eines Prozesskostenvorschusses äusserten sich BÜHLER/SPÜHLER einlässlich und detailliert.

#### b) Schicksal des Prozesskostenvorschusses

Nach der Auffassung dieser Autoren ist der Prozesskostenvorschuss eine vorläufige Leistung, über welche im Scheidungsprozess abzurechnen ist, und zwar unabhängig davon, ob die entsprechende Verpflichtung mit einem solchen Vorbehalt verbunden wurde und auch unabhängig davon, ob ein ausdrücklicher Antrag auf Abrechnung desjenigen Ehegatten vorliegt, der den Vorschuss geleistet hat.

«Der Ehegatte, der den Vorschuss geleistet hat, besitzt grundsätzlich, unabhängig vom Ausgang des Prozesses in der Sache

\* Lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Familienrecht, Zürich.

1 Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 9. September 2009 (Kass-Nr. AA080164) E. II.3.1 (<http://www.gerichte-zh.ch/entscheide.html>; besucht am 24.2.2011).

2 Basler Komm/RÜEGG, ZPO 117 N 13.

3 BernerKomm/BÜHLER/SPÜHLER, ZGB 145 a.F. N 259 ff.; vgl. auch FamKomm Scheidung/VETTERLI, 1. A. Bern 2005, Vorbem. zu Art. 175–179 N 17; FamKomm Scheidung/VETTERLI, 2. A. Bern 2011, Anh. ZPO 271 N 17 sowie THOMAS SUTTER/DIETER FREIBURGHAN, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, zu ZGB 137 N 40.

selber, einen mit dem Endentscheid fälligen persönlichen Anspruch auf Rückerstattung des Geleisteten oder dessen Anrechnung auf güterrechtliche und/oder zivilprozessuale Gegenforderungen des anderen Teils.»<sup>4</sup>

Es fehlte nicht der Hinweis, dass im Einzelfall je nach den Umständen vom Grundsatz abgewichen werden könne. Die kantonale Praxis lasse für die Rückerstattungs- und Anrechnungspflicht auch Billigkeitserwägungen gelten.

## 2. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts unter dem alten Eherecht

Im Entscheid BGE 66 II 70 ff. hatte sich das Bundesgericht mit dem Standpunkt einer Ehefrau zu befassen, die geltend machte, die von der Vorinstanz getroffene Anordnung der Rückerstattung des Kostenvorschusses sei bundesrechtswidrig, weil sich «(d)ie Kostenvorschusspflicht des Ehemannes (...) auch im Verfahren nach Art. 145 ZGB auf die generelle Unterhaltspflicht gegenüber der Ehefrau gemäss Art. 160»<sup>5</sup> stütze. Zu Sinn und Zweck der Prozesskostenvorschusspflicht äusserte sich das Bundesgericht in diesem Entscheid ausführlich wie folgt:

«Der Zweck der Institution erheischt jedoch nicht, dass die der Frau aus der Prozessführung erwachsenden Kosten notwendigerweise **definitiv** zu Lasten des Mannes fallen. Er ist *erreicht*, wenn dank den Vorschüssen die Ehefrau ihre *Interessen* im Prozesse hat *wahren* können, und er wird nicht dadurch illusorisch gemacht, dass sie nachher, nach durchgeführter Wahrung ihrer Interessen, den erhaltenen Vorschuss zurückerstatten muss. Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Ehefrau im Scheidungsprozess zur Tragung der Prozesskosten des Mannes verurteilt werden kann. Es ist nicht einzusehen, warum in diesen nicht auch die von ihm der Ehefrau vorgeschossenen Prozesskosten inbegriffen sein sollten. Wenn die Ehefrau zur Tragung der Anwaltskosten des Mannes verhalten werden kann, so muss sie auch, ja erst recht, zur Bezahlung ihrer eigenen Anwaltskosten – in der Form der Rückerstattung der ihr vom Manne *zu diesem Zweck vorgeschossenen* Beiträge – verpflichtet werden können. Es handelt sich schliesslich, *trotz* der Herkunft der Pflicht des Mannes aus der *Unterhalts-* bzw. *Beistandspflicht*, doch nur um einen **Vorschuss**. Die definitive Regelung, welche Partei die Kosten tragen soll, hat im Urteil nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts zu erfolgen; bundesrechtlich ist lediglich die Pflicht des Mannes, der Frau die ihrigen **vorzuschüssen**. Der kantonale Richter kann somit, wie er es vorliegend getan hat, ohne Bundesrecht zu verletzen, in die der Ehefrau aufzuerlegenden Prozesskosten die ihr vom Mann vorgeschossenen einbeziehen.»<sup>6</sup>

Die Argumentation des Bundesgerichts leitet sich damit grundlegend aus dem Zweck des Instituts des Prozesskostenvorschusses

4 BernerKomm/BÜHLER/SPÜHLER, ZGB 145 a.F. N 300, mit zahlreichen Nachweisen zur damaligen Rechtsprechung.

5 BGE 66 II 71.

6 BGE 66 II 71 f.; Hervorhebungen durch Fettdruck wie im Original; Kursivsetzungen beigefügt.

ab. Dieser Zweck besteht darin, dem weniger bemittelten Ehegatten zu ermöglichen, seine Interessen im Scheidungsprozess gegenüber dem leistungsfähigeren Ehegatten rechtzeitig und bestmöglich zu wahren. Der Erstere soll nicht bereits deshalb in eine unterlegene Position kommen, weil er nicht in der Lage ist, selber einen eigenen Anwalt zu mandatieren und die üblichen Kostenvorschüsse zu leisten. Muss der leistungsfähigere Ehegatte dem anderen zu diesem Zweck Geld vorschiessen, beruht diese Vorschusspflicht (und nur diese) – als sofort erforderliche, aber letztlich temporäre Hilfestellung – auf der allgemeinen ehelichen Beistands- und Unterhaltspflicht.

Das Bundesgericht nimmt in diesem Entscheid eine klare Trennung zwischen der so verstandenen Vorschusspflicht einerseits und der Pflicht zur definitiven Tragung der Prozesskosten nach Abschluss und aufgrund des Ausgangs des Prozesses andererseits vor. Diese Kostenverteilung hat nach den entsprechenden prozessualen Regelungen, d.h. heute nach den Bestimmungen der Schweizerischen ZPO zu erfolgen. Mit den schon bisher geltenden, nunmehr auch in der ZPO festgehaltenen Verteilungsgrundsätzen (Art. 106 ZPO), wonach grundsätzlich<sup>7</sup> der unterliegenden Partei die Prozesskosten<sup>8</sup> zu auferlegen sind, wird nach wie vor dem Gedanken nachgelebt und das Ziel angestrebt, Parteien von aussichtslosen Prozessen abzuhalten.

## 3. Folgerungen unter dem früheren Recht

Das Risiko, vermeidbare Gerichts- und Anwaltskosten als Verursacher selber tragen zu müssen, ist ein von den Prozessgesetzen gewollter Steuerungsfaktor, der die Parteien anhalten soll, die «mit der Prozessführung verbundenen finanziellen Risiken in einem vernünftigen Verhältnis zum Interesse der vertretenen Partei am Prozessausgang, zu ihren Erfolgchancen und zu ihren Mitteln»<sup>9</sup> zu halten.

Die selbe Überlegung drückt sich regelmässig in den Erwägungen des Bundesgerichts bei der Beurteilung der «*Aussichtslosigkeit*» eines Prozesses im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege aus, wenn in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung argumentiert wird, dass

«(a)ls aussichtslos (...) Prozessbegehren anzusehen (sind), bei denen aufgrund einer summarischen Prüfung nach den Verhältnissen zur Zeit, zu der das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt wird, die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. (...) Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf ei-

7 Einschränkende Ausnahmen sind in Art. 107 ZPO (Verteilung nach Ermessen, insbesondere auch bei familienrechtlichen Verfahren, Art. 107 Abs. 1 Bst. c ZPO) und Art. 108 ZPO (unnötige Prozesskosten sind vom Verursacher zu tragen) vorgesehen.

8 Die Prozesskosten (Art. 95 Abs. 1 ZPO) bestehen aus den Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 2 ZPO) und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 3 ZPO)

9 PETER HAFTER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Einführung in die Kunst des Prozessierens, 2. A. Zürich 2011, Rz 8.

gene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet.»<sup>10</sup>

Aus alledem kann für die Zeit des früheren Rechts mit Fug gefolgert werden, dass es dem Bundesgericht mit seiner Betonung des Vorschusscharakters des Prozesskostenvorschusses wohl darum ging, der mittellosen Partei mit Mitteln des anderen Ehegatten, soweit vorhanden und sofort verfügbar, rasch Zugang zum Gericht, zu einem Anwalt und damit zu einem gleich langen Spiess zu verhelfen, wie es sich die leistungsfähige Partei leisten konnte, nicht aber darum, den bedürftigen Ehegatten von seiner Verantwortung für die Art und Weise der Prozessführung zu entbinden.

### III. Rechtslage unter dem geltenden Recht

#### 1. Meinungsstreit in der Lehre

Nach dem Inkrafttreten des neuen Eherechts am 1. Januar 1988 wurde die bis dahin vertretene dogmatische Begründung der Prozesskostenvorschusspflicht mit der ehelichen Beistandspflicht in der Lehre teilweise in Frage gestellt, was vermutungsweise auf folgende Anmerkung in der Botschaft zum neuen Eherecht<sup>11</sup> zurückgeführt wird<sup>12</sup>:

«Zu den persönlichen Bedürfnissen der Ehegatten gehören der gesellschaftliche Umgang, die kulturelle Bildung und Vergnügungen sowie das Bedürfnis nach Rechtsbeistand zur Verteidigung finanzieller oder nichtfinanzieller Interessen.»<sup>13</sup>

Im Ergänzungsband zum Berner Kommentar nach Inkrafttreten des neuen Eherechts führten die Autoren SPÜHLER/FREI-MAURER soweit ersichtlich ohne eigene Begründung aus, die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses sei nicht mehr auf die Beistandspflicht gemäss Art. 159 ZGB, sondern neu «(a)ufgrund des sogenannten neuen Eherechts (...) auf Art. 163 abgestützt; die Vorschusspflicht gehört zum Unterhalt.»<sup>14</sup>

Sie bezogen sich dabei auf eine entsprechende Meinungsäusserung der Autoren HAUSHEER/REUSSER/GEISER, welche argumentierten, die Aufhebung der geschlechtsspezifischen Ausgestaltung des Unterhaltsanspruchs führe dazu, dass die frühere Abstützung der Prozesskostenvorschusspflicht auf die eheliche Beistandspflicht nicht mehr zutreffend sei. Es sei nun vielmehr so, dass eine Übernahme der Kosten eines Rechtsstreits, soweit dessen Gegenstand die eheliche Gemeinschaft oder die Person eines Ehegatten betreffe, durch den anderen Ehegatten vielmehr Teil des gebührenden Unterhalts sei.<sup>15</sup>

Gestützt auf diese Rechtsauffassung wurde in der Folge die Meinung vertreten, soweit die Prozesskosten beider Parteien durch die Aufnahme in die erweiterte Bedarfsrechnung zum lau-

genden Unterhalt gehörten, würden sie von der unterhaltspflichtigen Partei nicht nur vorgeschossen, sondern könnten im Umfang der effektiven Aufwendungen nicht mehr zurückgefordert werden.<sup>16</sup>

Für die tatsächliche Handhabung des Prozesskostenvorschusses in der Praxis ist aber wohl weniger entscheidend, auf welche Rechtsgrundlage eine entsprechende Leistungspflicht gestützt wird, als vielmehr, wie auch HAUSHEER/REUSSER/GEISER in der 1999 erschienenen 2. Auflage ihres Kommentars festhielten, dass die endgültige Verteilung der Prozesskosten einer Scheidung nicht nach Art. 163 ZGB zu erfolgen habe:

«Die Kostenaufgabe erfolgt nach scheidungsrechtlichen Kriterien aufgrund der kantonalen Prozessgesetze.»<sup>17</sup>

Die sachgerechten Argumente für die nach Auffassung des Autors der vorliegenden Zeilen zutreffende Rechtsauffassung werden von BRÄM/HASENBÖHLER<sup>18</sup> und STECK<sup>19</sup> wie folgt zusammengefasst:

Zum einen sei es der Situation nicht angemessen, die Mittel, die der Ehegatte für die Vorschussleistung von Gerichts- und Anwaltskosten benötigt, in monatliche Raten umzurechnen. Des Weiteren verlange der Grundsatz der Gleichbehandlung der Ehegatten, dass auch beim anderen Ehegatten, nicht nur demjenigen, der einen aufwendigen und kostspieligen Prozess führe, regelmässige Betreffnisse für Prozesskosten im Bedarf zu berücksichtigen wären. Eine objektive Beurteilung der Angemessenheit von Prozess- und Anwaltskosten, die wesentlich von der Art abhängen, mit welchem Aufwand ein Prozess geführt wird, sei kaum möglich. Es sei weiter fraglich, ob es richtig wäre, den besonderen Rechtsschutz, der Unterhaltsbeiträgen zukommt, auch auf die Beiträge auszudehnen, die für die Bezahlung von Anwalts- und Gerichtskostenvorschüssen bestimmt sind. Der Begriff der Vorschussleistung impliziere eine Pflicht zur Rückerstattung, was dem Zweck des Unterhaltsanspruches widerspreche, der auf die Deckung der Lebenshaltungskosten, d.h. auf den Verbrauch ausgerichtet sei.<sup>20</sup> Der Prozesskostenvorschuss sei daher als eine auf der Beistandspflicht beruhende Leistung aufzufassen, über deren Rückerstattung oder Verrechnung mit anderen, z.B. güterrechtlichen oder prozessrechtlichen Ansprüchen im Scheidungsurteil zu befinden sei. Die Kriterien der Rechtsprechung, die ermöglichen sollen, einen Entscheid über den gebührenden Unterhalt nach Recht und Billigkeit zu treffen, seien nicht ohne weiteres auf die Frage der Angemessenheit von Prozesskosten zu übertragen.

16 So insbesondere das Kassationsgericht Zürich in ZR 90 (1991) Nr. 82 E. 1.2.2.

17 BernerKomm/Hausheer/Reusser/Geiser, 2. A. 1999, zu ZGB 163 N 15 sowie zu ZGB 159 N 38 a.E.

18 ZürcherKomm/Bräm/Hasenböhler, zu ZGB 159 N 135 S. 54.

19 Hans Hinderling/Daniel Steck, Das schweizerische Ehescheidungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung und des Expertenentwurfs der Scheidungsrechtsrevision, 4. A. Zürich Zürich 1995 (zit. Hinderling/Steck), S. 540 f.

20 Diesem Argument halten Hausheer/Reusser/Geiser (BernerKomm, zu ZGB 159 N 38 a.E.) allerdings entgegen, der Umstand, dass ein Prozesskostenvorschuss allenfalls eine Unterhaltsleistung sei, stehe einer Rückerstattung schon deshalb nicht entgegen, weil Art. 165 eine solche Pflicht für zu viel bezahlten Unterhalt ausdrücklich vorsehe.

10 BGE 5A\_562/2009, Urteil vom 22. Januar 2010, E. 3.

11 BBl 1979 II 1191 ff.

12 Sylvia Frei, Prozesskostenvorschuss: eheliche Beistands- oder Unterhaltspflicht?, in: Rechtsschutz. Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 51 ff. (zit. Frei, Prozesskostenvorschuss), S. 53 Ziff. 4.

13 BBl 1979 II 1250 Anm. 155.

14 BernerKomm/Spühler/Frei-Maurer, zu ZGB 145 a.F. N 260.

15 BernerKomm/Hausheer/Reusser/Geiser, 2. A. 1999, zu ZGB 159 N 38 f. sowie zu ZGB 163 N 15 f.

## 2. Rechtsprechung des Bundesgerichts unter geltendem Recht

Zwar hat das Bundesgericht die Kontroverse um die Frage, ob sich die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses aus der in Art. 159 Abs. 3 ZGB statuierten Beistandspflicht oder aus der in Art. 163 ZGB geregelten Unterhaltspflicht erbe, zur Kenntnis genommen und auch festgestellt, dass es dazu bisher noch keine Stellung genommen hat.<sup>21</sup> Es hat die Frage nach der Rechtsnatur des Prozesskostenvorschusses aber nach wie vor ausdrücklich offen gelassen.

Im gleichen Entscheid<sup>22</sup> hat es vielmehr bekräftigt, dass seine Rechtsprechung zum Prozesskostenvorschuss unter dem alten Eherecht nach wie vor gelte. Ferner scheint sich das Bundesgericht in Bezug auf die unterschiedlichen Fragen und Problemstellungen, die sich zwischen einem Prozesskostenvorschuss einerseits und dem ehelichen oder nahehelichen Unterhalt andererseits stellen, eher der von BRÄM vertretenen Auffassung angeschlossen zu haben, wenn es schreibt,

«(z)war wird die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses – neben der Beistandspflicht – auch mit der Unterhaltspflicht nach Art. 163 ZGB begründet. Damit ist jedoch noch nichts über dessen Festlegung im Einzelnen gesagt. Insbesondere kommt der Leistungsfähigkeit des Ansprechers im Unterhaltsrecht eine andere Bedeutung zu als bei der Prüfung des Prozesskostenvorschusses. Ob dem Ansprecher eine berufliche Tätigkeit zuzumuten ist und damit von einem hypothetischen Einkommen auszugehen ist, spielt gegebenenfalls bei der Festlegung des Unterhalts während der Ehe und beim nahehelichen Unterhalt eine Rolle (BGE 130 III 537 E. 3). Demgegenüber ist für die Klärung der Frage, ob dem andern Ehegatten ein Prozesskostenvorschuss zu leisten ist, von dessen tatsächlicher Bedürftigkeit auszugehen. Dem pflichtigen Ehegatten ist auf jeden Fall sein Existenzminimum zu belassen (BGE 103 Ia 99 E. 4 S. 101). (...) Zudem werden die Fälle selten sein, bei denen bereits im Zeitpunkt der Festsetzung des Prozesskostenvorschusses die künftige Unterhaltspflicht abschliessend beurteilt werden kann.»<sup>23</sup>

In einem Entscheid aus dem Jahre 2000 hat das Bundesgericht bestätigt, dass bei der Abklärung, ob der Ehegatte in der Lage ist, seinem bedürftigen Partner einen Prozesskostenvorschuss zu leisten, nicht nur sein den Zwangsbedarf übersteigendes Einkommen, sondern auch sein Vermögen angemessen zu berücksichtigen sei. Die Berücksichtigung von Vermögen setze aber voraus, dass dieses im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens oder im Zeitpunkt des Gesuchs vorhanden und verfügbar ist und nicht erst nach Abschluss des Verfahrens realisiert werden kann.<sup>24</sup>

In zwei jüngsten Entscheiden bestätigte das Bundesgericht, dass ein Prozesskostenvorschuss nur dann ein Ersatz für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist, wenn er auch innerhalb nützlicher Frist einbringlich ist.<sup>25</sup>

## IV. Fazit

Ausschlaggebend ist nach Meinung des Autors der vorliegenden Zeilen, dass die Prozesskostenvorschusspflicht nach Sinn und Zweck des Instituts als vorläufige Hilfeleistung im Sinne eines echten Vorschusses und nicht als Unterhaltsleistung zu verstehen ist. Damit soll eine entsprechende Bedürftigkeit des betroffenen Ehegatten vorläufig behoben werden, damit er seine Interessen im Scheidungsprozess zeit- und sachgerecht wahren kann. Es kann insbesondere nicht darum gehen, dem bedürftigen Ehegatten mit dem Instrument des Prozesskostenvorschusses ein kostenloses Prozessieren zu ermöglichen und ihn dadurch von seiner Verantwortung zu entbinden, sich im Prozess ökonomisch vernünftig zu verhalten, weil er darauf vertrauen kann, dass er die vom anderen Ehegatten unter dem Titel eines Vorschusses erhältlich gemachten Mittel so oder anders nicht zurückerstatten muss.

Wichtig ist demnach, dass die aus der Prozesskostenvorschusspflicht vom anderen Ehegatten erhaltenen Mittel wirtschaftlich eigene Mittel des bedürftigen Ehegatten sind und bleiben, damit dieser gezwungen bleibt, sich beim Einsatz dieser Mittel die gleichen Kosten-/Nutzen-Überlegungen anzustellen, wie jede andere als vernünftig angenommene Partei auch.

Die Verlegung der Prozesskosten soll demgegenüber nach wie vor nach den entsprechenden prozessualen Regeln erfolgen, d.h. grundsätzlich nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens (Art. 106 ZPO). Art. 107 Abs. 1 Bst. c der neuen Schweizerischen ZPO sieht zwar vor, dass das Gericht u.a. in familienrechtlichen Verfahren von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 absehen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann. Damit ist auf der Ebene des formellen Bundesrechts aber lediglich festgeschrieben, was schon nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Prozesskostenvorschuss galt,<sup>26</sup> nämlich dass je nach den Umständen des Einzelfalls aus Billigkeitsgründen vom Grundsatz der Rückerstattung oder Anrechnung abgewichen werden könne. Auch in der Literatur zur neuen Zivilprozessordnung wird zu Recht darauf hingewiesen, dass *«derartige Abweichungen vom Grundsatz des Unterliegens im Entscheid zu begründen»*<sup>27</sup> sind und dass *«(h)ievon (...), wie bei jeder Ausnahmeregelung, zurückhaltend Gebrauch zu machen (ist); die Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens ist der Normalfall.»*<sup>28</sup> ■

25 BGE 5A\_843/2009 E. 4.3; BGE 5A\_562/2009 E. 5.

26 BernerKomm/BÜHLER/SPÜHLER, ZGB 145 a.F. N 302.

27 Basler Komm/RÜEGG, ZPO 107 N 1.

28 ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich 2008, § 16 Rz 36.

21 BGE 5P.346/2005 E. 4.3.

22 BGE 5P.346/2005 E. 4.3.

23 BGE 5P.346/2005 E. 4.4.

24 BGE 5P.133/2000.

Ursula Engelberger-Koller\*

## Abschaffung der Bedenkfrist

**Stichworte:** Bedenkfrist, Scheidungsrecht, Trennungsfrist, Scheidungsbegehren

Am 1. Januar 2000 wurde das neue Scheidungsrecht in Kraft gesetzt. Art. 114 und 115 ZGB wurden im Jahr 2003 aufgrund einer Initiative revidiert und traten am 1. Juni 2004 in revidierter Form in Kraft.

Die nun per 1. Februar 2010 in Kraft gesetzte Revision der Bedenkfrist bringt eine neue Anpassung.

Gemäss des altArt. 111 Abs. 2 ZGB mussten die Ehegatten, die eine Scheidung auf gemeinsames Begehren beantragten, nach Anhörung durch das Gericht den Scheidungswillen und die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen nach einer Bedenkzeit von zwei Monaten bestätigen. Somit wurde die Scheidung erst nach einer Bedenkzeit von zwei Monaten ausgesprochen, obwohl sich die Parteien in allen Punkten einig waren. Auch bei einer Scheidung nach Art. 112 ZGB wurde nach der Anhörung der Parteien eine zweimonatige Bedenkfrist angesetzt, bevor das Verfahren weitergeführt werden konnte.

Diese Regelung stellte sich in der Praxis als höchst unbefriedigend dar. Ehegatten, welche sich zu einer einvernehmlichen

Scheidung entschlossen hatten und ein gemeinsames Begehren einreichten, fühlten sich oft bevormundet durch die zweimonatige Bedenkfrist. Auch führte die Bedenkfrist nicht selten dazu, dass eine an sich akzeptable Konvention plötzlich während der zweimonatigen Bedenkzeit in Frage gestellt wurde.

Als nicht sinnvoll stellte sich auch die Regelung in altArt. 112 Abs. 2 ZGB dar, welche die Ehegatten nach Berücksichtigung der zweijährigen Trennungsfrist zwang, nach Einreichung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens zusätzlich eine zweimonatige Bedenkfrist einzuhalten, welche bei einer Klage auf Scheidung nach Art. 114 ZGB wegfiel.

Eine Umfrage des Bundesrates, welche bereits ein Jahr nach Einführung des neuen Scheidungsrechts in Auftrag gegeben wurde, zeigte deutlich, dass die Bedenkfrist bei Fachleuten aus der Praxis stark kritisiert wurde. 73% der Befragten sprachen sich für eine Änderung/Revision aus. Nur gerade 23% waren mit der geltenden Regelung zufrieden.

Aufgrund des Umfrageergebnisses wurden altArt. 111 Abs. 2 ZGB und altArt. 112 Abs. 2 ZGB in Revision gezogen und die zweimonatige Bedenkfrist abgeschafft. Die Änderung trat am 1. Februar 2010 in Kraft. ■

\* Lic. iur., Rechtsanwältin und Notarin, Fachanwältin SAV Familienrecht, Partnerin der Anwaltskanzlei Kummer Bolzern & Partner in Luzern. [www.kbup.ch](http://www.kbup.ch)

Gino Keller\*

## Ehegattenunterhalt in den verschiedenen Phasen der Beziehung unter Ehegatten

**Stichworte:** persönlicher Unterhalt, Regelung des Getrenntlebens, vorsorgliche Massnahmen, Konkubinat, Ehescheidung, lebensprägende Ehe, Eigenversorgungskapazität, clean break Prinzip, Behauptungslast, Beweislast

### I. Einführung

Von Mandantinnen höre ich oft: «Ich will einfach das, was mir gemäss Gesetz zusteht». Tatsächlich wäre es im anwaltlichen Beratungsalltag wirklich angenehm, wenn man einfach aus dem Gesetz ableiten könnte, ob es einen persönlichen Ehegattenunterhalt gibt und wenn ja, wie hoch dieser wohl wäre. Zumindest eine Berechnungsmethode wäre doch das Mindeste, was man von einem Gesetz erwarten dürfte, so die Meinung der Rechtsunterworfenen. Da es dies nicht gibt und aufgrund der Vielfalt der gelebten Ehen nicht geben kann, muss es die Gerichtspraxis und

die Lehre tun; bekanntlich führt das selten zu einem einheitlichen Ergebnis; so auch im Unterhaltsrecht<sup>1</sup>.

Tatsächlich kann man bezüglich des persönlichen Unterhalts systematisch verschiedene Phasen einer Beziehung zwischen zwei erwachsenen Personen, welche irgendwann heiraten oder eine Partnerschaft eintragen lassen, unterscheiden. Und es fragt sich, ob und wenn ja welche Unterschiede in den einzelnen Zeitabschnitten bestehen.

\* Lic. iur. LL.M., Fürsprecher, Fachanwalt SAV Familienrecht mit eigener Anwaltspraxis in 5200 Brugg.

1 Die nachfolgend besprochenen Entscheide des Bundesgerichts wurden mehrheitlich anlässlich des Seminars von Frau Prof. Dr. iur. Aebi-Müller und Herrn Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Hausheer besprochen, welche als Quelle hiermit genannt seien.

## II. Phase 1: Die Phase des Zusammenlebens ohne Trauschein

Zunächst gibt es die Phase des Zusammenlebens vor der Ehe,<sup>2</sup> die systematisch noch nicht zum Eherecht gehört und daher vorliegend auch nicht umfassend behandelt wird; es gibt auch keine eigentliche gesetzliche Regelung, jedoch allenfalls bereits Wirkungen bezüglich Kosten der Haushaltsführung und allenfalls in Einzelfällen Vorwirkungen für eine spätere Ehe. Mangels eigentlicher Regelung, was durchaus erwünscht ist, da die Partner ja selbst entscheiden können, in einen andern Zivilstand zu wechseln, muss man Analogien u.a. aus dem Arbeitsrecht und für die Auflösung auch aus dem Gesellschaftsrecht bemühen.

## III. Phase 2: Die Phase der gelebten Ehe

Dann folgt die Phase zwei, die mit der Heirat beginnt und die man als gelebte Ehe bezeichnen kann. Die Parteien haben sich zu verständigen, wer welchen Beitrag an die Kosten des gemeinsamen Haushalts zu leisten hat; grundsätzlich verpflichtet das Gesetz beide Parteien nach ihren Kräften einen Beitrag zu leisten (Art. 163 ZGB). Dieser kann in Form von physischer Arbeit wie Hausarbeit und Kindererziehung oder in Form von Geldmitteln erfolgen. Die Möglichkeit, einen Beitrag zu erzwingen, hat in der Alltagspraxis der Anwaltschaft wohl eine eher marginale Bedeutung. Dagegen machen sich unterschiedliche Beiträge an den Unterhalt während der Ehe in der Zwangsvollstreckung bemerkbar. Allenfalls gibt es auch bei Unterhaltspflichten gegenüber früheren Ehegatten und Kindern aus früherer Beziehung einen indirekten Zwang zu einem Beitrag aufgrund der ehelichen Beistandspflicht.

## IV. Phase 3: Die Phase der getrennten Ehe

Es folgt bei rund fünfzig Prozent der Ehepaare irgendwann die dritte Phase, somit das Getrenntleben der Ehegatten. Grundsätzlich ändert sich wenig zur zweiten Phase der gelebten Ehe, denn die Parteien bleiben verheiratet, womit weiterhin die Pensionskassenbeiträge – im Spar- wie auch im Risikoteil – und auch die AHV-Beiträge inklusive der Erziehungsgutschriften bei Kindern beiden Parteien zugute kommen usw. Einzig entstehen natürlich höhere Kosten durch die Begründung eines zweiten Haushalts. Das Gesetz drückt in Art. 176 Abs. 1 Ziffer 1 ZGB zwar aus, dass Unterhaltsbeiträge festzulegen sind, jedoch nicht, wie man das tun soll oder nach welchen Kriterien. Die Gerichtspraxis ist diesbezüglich jedoch relativ klar: Es werden die Existenzminima nach der Trennung ermittelt, allfällige Überschüsse werden nach dem Verteilschlüssel  $\frac{1}{2}$  Faktor für ein Kind und Faktor 1 für eine erwachsene Person verteilt. Sparquoten könnten allenfalls in Abzug gebracht werden. Die Gerichtspraxis ist diesbezüglich im Normalfall relativ klar, jedoch bei aussergewöhnlich hohen Einkommen kann dies nicht schematisch angewandt werden. Allerdings ent-

2 Es ist selbstverständlich denkbar, dass diese Phase entfällt, z.B. aus kulturellen, religiösen oder persönlichen Gründen.

stehen durch zwei Haushalte bedeutend höhere Kosten (Grundbeiträge und Mietkosten sowie meist auf einer Seite die Steuern durch einen Tarifwechsel). Die Berechnung ist meist eine einfache «Milchbüchlirechnung», die sich auf relativ gefestigte Kriterien stützt. Lediglich lokale Unterschiede sind nach wie vor zu berücksichtigen, da man keine vereinheitlichten Berechnungsgrundlagen hat.<sup>3</sup> Zudem kann man über einzelne Positionen auch durchaus kontroverse Ansichten haben (ein Beispiel: Sind es nun beim Arbeitsweg und der auswärtigen Verpflegung 22 Tage pro Monat oder 220 Tage im Jahr, somit 18.33 Tage pro Monat?). Schwierig sind Fälle, bei denen die Parteien auf das Existenzminimum gesetzt werden müssen. Insbesondere die Kosten bei den Kontakten zu den Kindern müssen aus dem Existenzminimum gedeckt werden; eine (freilich nicht bedeutsame) Ausnahme ist nach neuerer Rechtsprechung<sup>4</sup> allenfalls bei den Kosten des Fahrtweges zur Besuchsrechtsausübung möglich. Aber auch die unterhaltsberechtigten Partei hat bei solchen Mangelfällen ein nicht befriedigend lösbares Problem: Da meist die Kinderunterhaltbeiträge primär festgelegt werden, fehlt das Geld für den Teil des persönlichen Unterhalts. Das wiederum führt zu einer Schuldenbelastung nur einer Partei,<sup>5</sup> obwohl die Sozialhilfe der Kinder im Gegensatz zu jener der Eltern nicht zurückbezahlt werden müsste. Diese Mankofälle sind äusserst zahlreich. Eine Familie mit zwei kleinen Kindern und einem Familieneinkommen von unter CHF 6500.– bis CHF 7000.– kann selbst in kostengünstigen ländlichen Gebieten keine zwei Haushaltungen finanzieren.<sup>6</sup>

## V. Phase 4: Die Phase der Vorbereitung der Scheidung und des Scheidungsverfahrens selbst

Nun folgt, sofern die Eheleute nicht wieder zusammenziehen oder bis zum Tode des einen Ehegatten im getrennten Zustand verbleiben, die vierte Phase, in welcher bereits klar ist, dass die Ehescheidung folgen wird. Dies kann in seltenen Fällen bereits vor der Rechtshängigkeit der Scheidung beginnen, setzt aber meistens erst mit der Rechtshängigkeit der Scheidung ein, also mit der Klageeinreichung. Da die genannten Faktoren, welche bei der Trennung gleich bleiben wie bei ungetrennter Ehe, nach wie vor bestehen bleiben, ändert sich unterhaltsrechtlich nicht viel; das Gesetz verweist denn auch in Art. 137 Abs. 2 ZGB ein-

3 Beispiel Grundbeiträge und Zuschläge. In einigen Kantonen wird ein Zuschlag zum Grundbetrag zugelassen, wenn Kinder betreut werden müssen (CHF 1350.– anstatt CHF 1200.–), nicht z.B. im Kanton Aargau.

4 BGE 5C.282/2002, E. 3. 1 und 3.2: Es ist ein Ausgleich zu schaffen zwischen dem Unterhaltsanspruch des Kindes und dem ebenfalls wichtigen Anspruch auch des Kindes, dass das Besuchsrecht auch ausgeübt werden kann.

5 Ein Manko muss einseitig von der berechtigten Partei getragen werden (BGE 135 III 66 = BGE 5A\_767/2007, nochmals bestätigt in BGE 5A\_121/2008, E. 3).

6 Beispiel der überschlagsmässigen Kostenzusammenstellung im Kanton Aargau: 2x CHF 1200.– Grundbetrag für zwei Erwachsene, CHF 800.– für zwei kleine Kinder, eine Wohnung zu CHF 1500.– und eine zu CHF 1100.–, Arbeitsweg und auswärtige Verpflegung von rund CHF 350.–, Krankenkassenbeiträge, nur KVG-Teil und ohne Verbilligung, von rund CHF 620.–, total ohne Steuern usw. von ca. CHF 6770.–. Werden die Kinder älter, steigen die Grundbeiträge um CHF 200.– pro Kind.

fach auf die Kriterien bei der Regelung des Getrenntlebens.<sup>7</sup> Gibt es bereits ein Urteil, das die Verhältnisse während des Getrenntlebens geregelt hat, gilt dieses weiterhin bis zur Scheidung bzw. bis es vom Massnahmegericht ersetzt wurde<sup>8</sup>. Diese Gleichbehandlung der Unterhaltsfrage vor und nach der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage könnte sich mit einer im Moment diskutierten Revision zur Vorverlegung des Zeitpunkts der Aufteilung der Altersguthaben der zweiten Säule per Zeitpunkt der Scheidungsrechtshängigkeit ändern:<sup>9</sup> Wenn der Teilungszeitpunkt auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Scheidung vorverlegt werden soll, fällt damit der bisherige vollständige Versicherungsschutz der wirtschaftlich schwächeren Partei bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils dahin, woran von ihrer Rechtsvertretung gedacht werden muss. Was in dieser vierten Phase der Beziehung jedoch bereits nach gegenwärtiger Rechtslage ändern kann, ist die Zukunftsplanung der Ehepartner als Grundlage der Unterhaltsfestlegung<sup>10</sup>: Die Parteien wissen nun bereits, dass die Ehe im Sinne einer Schicksalsgemeinschaft enden wird. Damit ist ihre Eigenversorgungskapazität entsprechend neu zu beurteilen. Wenn es von der Gesundheit und vom Alter her zumutbar ist, kann dies auch zu einem Wiedereinstieg ins Berufsleben führen oder zu einer Erhöhung des Arbeitspensums. Eine Faustregel besagt dabei, dass, wer Kinder betreut, mit dem zehnten Altersjahr des jüngsten Kindes wieder zu rund fünfzig Prozent arbeiten kann; mit dem 16. Altersjahr kann die volle Ausschöpfung der Eigenversorgungskapazität mit einem Vollzeitpensum erreicht werden.<sup>11</sup> Diese volle Ausschöpfung der Eigenversorgungskapazität bedeutet somit, dass dann das absolut zu erwartende Maximum eines je nach Alter und Beruf unterschiedlichen, erzielbaren Erwerbseinkommens erreicht werden kann. Bezüglich Altersgrenzen bei den Kindern gibt es natürlich auch abweichende Lehrmeinungen, die hier nicht diskutiert werden sollen.

## VI. Phase 5: Die Phase der geschiedenen Ehe

Mit der Rechtskraft der Scheidung, bei Teilrechtskraft allenfalls erst mit der Rechtskraft des Unterhaltspunkts, folgt die nächste, die fünfte Phase der Beziehung. Art. 125 Abs. 1 ZGB stellt den Grundsatz auf, dass nun jeder für sich selbst zu sorgen hat und die eheliche Solidarität ihr Ende findet. Allerdings gibt es einen Ausnahmekatalog in Absatz 2 der Gesetzesbestimmung: Grundsätzlich geht es darum zu bestimmen, ob eine Partei den eigenen, ihr nach der Scheidung weiterhin gebührenden Unterhalt selbst finanzieren kann. Was das genau ist, sagt das Gesetz nicht, mit Ausnahme des Einschlusses einer «angemessenen Altersvorsorge» (Art. 125 Abs. 1 ZGB). Dass ein Unterhalt zu bezahlen ist, wird daher von den Parteien meist sehr unterschiedlich beurteilt.

7 Die Begrenzungen von Art. 172 Abs. 3 ZGB gelten allerdings nicht mehr.

8 BGE 129 III 60 E. 2 S. 61.

9 Dies wurde von Frau Prof. Dr. iur. Rumo-Jungo anlässlich zweier Weiterbildungsveranstaltungen, Symposium Familienrecht vom September 2009 und St. Galler Tagung zum Eherecht vom Dezember 2010 erläutert.

10 Auch diesbezüglich dehnt Art. 137 ZGB die Möglichkeiten gegenüber Art. 172 ZGB aus.

11 BGE 115 II 6 E. 3c, Urteil des Bundesgerichts 5C.171/2005 E. 4.2.2.

Kaum Probleme bereitet dies bei gemeinsamen, von einer Partei hauptsächlich zu betreuenden Kindern. Dort ist der Unterhaltsanspruch auch für die pflichtige Partei oft unbestritten. Schwierig wird es, wenn eine Partei keiner Arbeit nachgeht oder nicht einhundertprozentig erwerbstätig ist, obwohl es keine Kinderbetreuungsaufgaben (mehr) gibt. Dann fällt es den Pflichtigen meist eher schwer, weiterhin für einen Teil oder sogar für den gesamten Unterhaltsbedarf der andern Partei aufkommen zu müssen, obwohl die Liebe erloschen und die Beziehung auch rechtlich beendet ist. Tatsächlich wird bei einer nicht fixen Grenze von rund 50 Jahren von einem geschiedenen Gatten, der in der Ehe nie gearbeitet hatte, von der Gerichtspraxis meist kein voller Wiedereinstieg ins Erwerbsleben mehr erwartet, weil dieser unmöglich oder angesichts der Ehedauer unzumutbar geworden ist. Die Lehre verweist meist noch auf die ältere Praxis vor der Gesetzesrevision, welche die Grenze sogar bei 45 Jahren zog (z.B. FamKommentar Scheidung, 2. Auflage, N. 53 zu Art. 125 ZGB), da diese nie offiziell revidiert wurde; allerdings gibt es einige abweichende Urteile, die einen Wiedereinstieg mit über fünfzig Lebensjahren verlangt hatten.

Es stellt sich somit die Frage der sogenannten lebensprägenden Ehe, die im Allgemeinen bei mehr als zehn Jahren Ehe oder bei gemeinsamen Kindern<sup>12</sup> angenommen wird. Allerdings sind diese Kriterien gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht alleine massgebend, sondern nur Indizien für eine lebensprägende Ehe; die Anwälte und Anwältinnen sind nicht von der rechtzeitigen Behauptungs- und Beweislast entbunden, dass die tatsächlich gelebte Ehe das Leben der Ehegatten derart geprägt hat, dass eine Rückkehr in die Verhältnisse vor der Ehe nicht mehr zumutbar wäre; es gibt Tat- und Rechtsfragen zu beachten, wobei die Sachverhaltsfeststellungen Voraussetzung für die daran anknüpfenden Rechtsfragen bilden. Es genügt nicht, einfach auf das Gesetz zu verweisen oder auf die Gerichtspraxis, sondern man muss im konkreten Fall behaupten und beweisen, dass die Lebensführung lebensprägende Formen angenommen hatte. Wird dieser Beweis nicht geführt, so kann eine mehr als zehnjährige Ehe zum Beispiel auch als nicht lebensprägend gelten.<sup>13</sup>

Wird die lebensprägende Ehe bejaht, ist zu ermitteln, ob ein Unterhaltsbeitrag notwendig ist. Dabei ist ein dreistufiges Vorgehen vom Bundesgericht vorgesehen worden.<sup>14</sup> In einem ersten Schritt ist der letzte Lebensstandard vor der Trennung zu ermitteln und damit festzulegen, was eine Partei zur Erhaltung dieses Standards braucht. Dieser Betrag ist allenfalls bei derjenigen Partei im Sinne eines Vorsorgeausgleichs zu erhöhen, welche ein tieferes Erwerbseinkommen erzielen kann. Nur so kann sie den bisherigen Versicherungsschutz, den sie vor der Scheidung über den Ehegatten in der ersten und zweiten Säule hatte, ersetzen. Zudem ist der Mehrbetrag der zwei Haushaltungen aufzurechnen. Der zweite Schritt: Nun ist zu ermitteln, welche Eigenversor-

12 Urteil des Bundesgerichts vom 1.10.2007, 5A\_167/2007, Erw. 4 mit vielen Hinweisen/Verweisen.

13 Urteil des Bundesgerichts 5A\_275/2009.

14 Urteil des Bundesgerichts 5A\_513/2007 mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 5C.149/2004. E. 4.2.

gungskapazität die wirtschaftlich schwächere Partei hat. Reicht das eigene Einkommen aus, notfalls nach Steigerung auf ein erzielbares und somit für den Moment noch hypothetisches Einkommen, so entfällt jegliche Unterhaltspflicht der andern Partei.<sup>15</sup> Reicht es nicht aus, so hat der Ehegatte die Differenz zu entrichten, sofern er dazu in der Lage ist. Dies ist in Schritt drei unter Beantwortung der folgenden Frage zu ermitteln: Kann der pflichtige Ehegatte bezahlen und dabei seinen eigenen gebührenden Bedarf weiterhin decken? Wird diese Frage verneint, ist der Lebensstandard bei beiden Parteien proportional soweit zu senken, bis beide den gebührenden Bedarf quasi gleich schlecht decken können; beim betriebsrechtlichen Existenzminimum des Pflichtigen ist nach zur Zeit gegebener Rechtslage die Untergrenze zu ziehen (eine Revision ist angesagt).

Sollte ein Unterhaltsbeitrag gesprochen werden, ist er zeitlich – allenfalls bis zur Pensionierung des Pflichtigen (oder der Pflichtigen) – zu begrenzen, ausser es tritt auf diesen Zeitpunkt kein Versorgungsausgleich ein und seine Leistungspflicht hält darüber hinaus an.

Natürlich stellt sich in diesem Zusammenhang die wohl wichtigste Frage, wie man diesen letzten Lebensstandard vor der Trennung rechnerisch ermittelt. Dazu gibt es diverse Methoden. Die Praxis hat jedoch durchaus die Neigung, die Berechnung gleich vorzunehmen wie vor der Scheidung, indem die Faktoren des Bedarfs aufgerechnet werden und Überschüsse wie vor der Scheidung verteilt werden. Aufgrund des Clean-break-Prinzips dürfte dies nicht ganz korrekt sein. Die Überlegung dabei ist jedoch, dass man vor der Ehescheidung diese Einkünfte auch zur Verfügung hatte. Die Streitfrage ist somit, ob der clean break vor der Überschussermittlung zu erfolgen habe oder erst bei der Frage des zumutbaren eigenen Verdienstens; Letzteres scheint sich teilweise zu Lasten der Unterhaltspflichtigen zu etablieren. Wenn man so vorgeht, muss man besonders zwei Punkte beachten: Die Kosten der Kinder sind zu ermitteln und in Abzug zu bringen, da diese Beträge für den Lebensstandard der Eltern nicht zur Verfügung standen.<sup>16</sup> Problematisch wird dabei vor allem ein Wohnkostenanteil der Kinder, da mit deren Auszug die Wohnkosten der bisherigen Obhutsinhaberin oder des Obhutsinhabers nicht proportional sinken werden. Zudem ist die allfällig verbleibende Sparquote frühzeitig zu ermitteln. Es sei auf die allgemeinen Regeln von Art. 8 ZGB zur Beweislastverteilung hingewiesen<sup>17</sup> und <sup>18</sup>.

15 BGE 129 III 7 E. 3, BGE 127 III 289 E. 2a sowie Urteil des Bundesgerichts 5A\_513/2007.

16 BGE 5A\_241/2008; E. 2: Kinderunterhalt abzugsfähig, da nicht für Lebensstandard zur Verfügung stand, ausser jemand beweist, dass nach dessen Wegfall der Lebensstandard sofort erhöht wurde.

17 Urteil des Bundesgerichts 5A\_220/2010, in welchem diese Rüge offenbar nicht erhoben wurde und es um monatliche Unterhaltszahlungen von mehreren zehntausend Franken ging.

18 Zur ganzen Problematik der Rügen vor Bundesgericht sei neben dem Handbuch des Unterhaltsrechts von HEINZ HAUSHEER und ANNETTE SPYCHER vor allem auch auf den in der ZBJV erscheinenden Artikel von Prof. Dr. iur. Dr. h.c. HAUSHEER, «Scheidungsunterhalt vor Bundesgericht, Zwischen Willkürüberprüfung und Annahmeverfahren?» verwiesen.

## VII. Phase 6: Die Regelung bei Veränderungen der Verhältnisse nach dem Scheidungsurteil

Schliesslich gibt es noch eine mögliche weitere, sechste Phase der Unterhaltsfestlegung, nämlich im Abänderungsverfahren. Dort sind altrechtliche Unterhaltsbeiträge gemäss Art. 151 und 152 altZGB, die noch nach Art. 153 altZGB abgeändert werden, von Renten nach Art. 125 neuZGB zu unterscheiden. Massgebend ist die Dauerhaftigkeit der Veränderung, die im Vordergrund steht, zum Teil auch die Unverschuldetheit von Veränderungen und ihre mangelnde Vorhersehbarkeit; ein umfassender Kriterienkatalog sprengt den Rahmen dieser Darstellung. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass vorsorgliche Massnahmen nur dann eine Chance haben, wenn der Pflichtige unterhalb des Existenzminimums leben müsste; dies im Gegensatz zu vorsorglichen Massnahmen während des Ehescheidungsverfahrens.

In dieser sechsten Phase ist noch die nachträgliche Erhöhungsmöglichkeit innert fünf Jahren ab Scheidungsrechtskraft (Art. 129 ZGB) zu erwähnen, sofern die pflichtige Partei ihr Einkommen nach der Scheidung steigern kann. Dies ist nur dann möglich, wenn im Urteil/in der genehmigten Konvention festgehalten wird, dass der gebührende Unterhalt nicht in einem betragsmässig festgelegten Ausmass gedeckt ist. Ohne diesen Vorbehalt im Urteil kann ein Unterhaltsbeitrag nachträglich nicht mehr erhöht werden; am wirtschaftlichen Mehrerfolg der andern Partei ist ein geschiedener Gatte nicht mehr beteiligt.

## VIII. Fazit

Diese vereinfachte Darstellung der verschiedenen Phasen einer Beziehung und der Auswirkungen auf die Unterhaltspflicht der Partner zeigt, dass die einzelnen Zeitabschnitte zwar gesetzlich meist andere Grundlagen haben, sich jedoch die Berechnungsmethode in der Praxis anzugleichen scheint. Hilfreich ist es, die Veränderungen in den Zeitabschnitten zu kennen, wodurch man feststellen kann, dass das gesamte System durchaus eine gewisse Logik enthält. Dass eine Vereinheitlichung für die Praktiker allenfalls einfacher ist, was auch den Vorteil einer erhöhten Rechtssicherheit hätte, ändert nichts an der Tatsache, dass damit die Wirkung der Scheidung als Aufhebung der Schicksalsgemeinschaft nicht selten sogar geradezu aufgehoben wird. Im Einzelfall mögen die Resultate denn auch ungerecht wirken, sei es nun in Bezug auf Mankofälle oder in Bezug auf Fälle mit hohen Unterhaltsrenten trotz kinderlosen Ehen. Schlussendlich basieren aber auch diese Fälle auf den früheren «Entscheidungen» der Parteien und damit auf ihren früheren Wertvorstellungen, welche in der Trennung und Scheidung nachwirken. Dass die ehemaligen Partner nach der Trennung eine andere Warte und damit auch eine andere Optik einnehmen, ist völlig klar, rechtlich aber nicht immer relevant. Diese persönliche Seite aufzufangen gehört jedoch zur anwaltlichen Praxis dazu, auch wenn sich die Gerichte dafür nicht interessieren mögen. Familienrecht ohne Emotionen gibt es nicht. ■

Andrea Metzler\*

## Mankoverteilung – gemeinsame elterliche Sorge

**Stichworte:** Unterhalt, Mankoverteilung, gemeinsame elterliche Sorge, Revision Scheidungsrecht

### Vorbemerkung

Die seit 1995 vom Bundesgericht entschiedene einseitige Mankoverteilung zu Lasten des unterhaltsbedürftigen Ehegatten und des unterhaltsbedürftigen Kindes wird in der Lehre überwiegend kritisiert. Auch ich empfinde die bundesgerichtliche Praxis als stossend, da sie m.E. elementar dem Gerechtigkeitsgedanken und der Gleichwertigkeit der verschiedenen Formen der Arbeit für eine Familie widerspricht. Sozialhilfeabhängigkeit im Zusammenhang mit Trennungen, Scheidungen bzw. Geburt von Kindern ist keine vernachlässigbare Randerscheinung – wie die Sozialhilfestatistiken bescheinigen. Oft wurde ich von alleinerziehenden Klientinnen und Klienten gefragt, weshalb nur sie Sozialhilfe beziehen und später zurückzahlen müssen und der andere Ehegatte bzw. Elternteil davon verschont bleibe. Leidtragende sind insbesondere die unterhaltsbedürftigen Kinder. Finanziell führt diese Praxis dazu, dass der kinderbetreuende Elternteil via Rückerstattung der bezogenen Sozialhilfe im Nachhinein auch noch den fehlenden Unterhalt seiner Kinder und sich selbst finanzieren muss. Die schädlichen Auswirkungen der Armut bei Kindern sind erforscht. All dies hat mich dazu bewogen, beim Bundesgericht eine Praxisänderung zu versuchen. An dieser Stelle danke ich allen, die mir bei diesem Versuch geholfen bzw. sich mit «meinen» Argumenten geduldig auseinander gesetzt haben, insbesondere Prof. Ingeborg Schwenzer, Prof. Heinz Hausheer und Prof. Alexandra Rumo-Jungo.

### I. Einseitige Mankozuteilung – was bedeutet das

In familienrechtlichen Unterhaltsverfahren wird bei der Berechnung des Unterhaltsanspruches der unterhaltspflichtigen Partei stets das betriebsrechtliche Existenzminimum belassen. Reichen die finanziellen Mittel nicht aus bzw. entsteht ein sogenannter Fehlbetrag (= Manko), um das Existenzminimum aller Familienmitglieder zu decken, so werden die unterhaltsbedürftigen Familienmitglieder zur Deckung des Existenzminimums an die Sozialhilfe verwiesen. Das unterhaltsbedürftige Kind wird in sogenannten Mankofällen immer an die Sozialhilfe verwiesen. 1995 entschied das Bundesgericht diese Praxis in BGE 121 I 97. Diese Praxis wurde bereits damals in der Lehre grösstenteils heftig kritisiert: Der kinderbetreuende Ehegatte werde gegenüber dem erwerbstätigen Ehegatten unzulässig diskriminiert, weil er das Manko allein zu tragen habe, während dem leistungspflichtigen Ehegatten auf jeden Fall das betriebsrechtliche Existenzminimum verbleibe.

\* Rechtsanwältin, Fachanwältin Familienrecht SAV, Mediatorin SAV, Küng Metzler Senn, Baden. [www.rechtsanwaeltinnen.ch](http://www.rechtsanwaeltinnen.ch)

Das Bundesgericht entgegnete, der Gleichstellungsanspruch der Ehegatten gelte bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge nicht absolut. Verschiedene sachliche Gründe würden für die Mankozuteilung an den unterhaltsbedürftigen Ehegatten und das unterhaltsbedürftige Kind sprechen: nämlich das praktische Interesse am Erhalt der Arbeitskraft und des Arbeitswillens des unterhaltspflichtigen Ehegatten sowie die Vermeidung des administrativen Mehraufwandes der Sozialhilfebehörden bei einer Mankoteilung. Allfällige Rückerstattungsforderungen der Sozialhilfe gegenüber dem unterhaltsbedürftigen Ehegatten und Kind seien hinzunehmen. Schliesslich erkannte das Bundesgericht auch grosse vollstreckungsrechtliche Probleme bei einer allfälligen Mankoteilung. Deshalb schränkte das Bundesgericht damals den Gleichstellungsanspruch der Ehegatten insoweit ein, dass bei Unterhaltsbeiträgen dem leistungspflichtigen Ehegatten auf jeden Fall das betriebsrechtliche Existenzminimum belassen werden muss.

### II. Keine Praxisänderung durch das Bundesgericht – Auftrag an den Gesetzgeber

Die beantragte Praxisänderung endete mit BGE 5C.77/2006 (BGE 133 III 57) und BGE 5A\_767/2007 (BGE 135 III 66) erfolglos. Allerdings hielt das Bundesgericht nun fest, dass die meisten Gründe aus dem Jahre 1995 für die einseitige Mankozuteilung nicht stichhaltig waren – schob aber den Ball zur Lösung dieses Problems dem Gesetzgeber zu. Immerhin befürwortete ein Bundesrichter (Raselli) an der öffentlichen Beratung von BGE 135 III 66 die Praxisänderung hin zur Mankoteilung, er wurde aber 4:1 überstimmt. Das Bundesgericht hielt fest (BGE 135 III 66 ff.):

«Es wäre vielmehr am Gesetzgeber, gegebenenfalls unter Anpassung der betroffenen Gesetze bzw. Rechtsgebiete eine adäquate und kohärente Lösung für die anerkanntermassen unbefriedigende Situation zu schaffen, die sich aus der einseitigen Mankoüberbindung an die Unterhaltsgläubiger – in der Regel die Ehefrau und naturgemäss immer die Kinder – ergibt.»

### III. Lösungsvorschläge für die Mankoverteilung

Als praktizierende Anwältin erlaube ich mir unwissenschaftliche, dem Prinzip der Praktikabilität aber der Erkenntnis der ratio legis folgende Lösungsvorschläge.

1. Explizite gesetzliche Verankerung der gemeinsamen betreuenden und finanziellen Verantwortung der Eltern für ihre Kinder, unabhängig von Zivilstand und gemeinsamem oder allein-

igem Sorgerecht (für verheiratete Eltern in Art. 163 ZGB bereits verankert)

2. Sofortige Änderung der SKOS-Richtlinien:
  - a. Empfehlung an die Sozialhilfebehörden, Sozialhilfebeiträge an Alleinerziehende nicht mehr zurückzufordern;
  - b. zivilrechtliche Unterhaltsverpflichtungen werden in der Berechnung des Sozialhilfe-Existenzminimums als Existenzminimums-Position anerkannt
3. Gesetzliche Verankerung der Mankoteilung sowohl für den Kinderunterhalt, den Trennungs- wie auch den Scheidungsunterhalt, mit folgenden Eckpunkten:
  - a. Immer für den Kinderunterhalt, dies bedingt auch eine separate Fallführung durch die Sozialhilfebehörden (welche ich in der Praxis nicht feststellen konnte. Alleinerziehende werden mit ihren Kindern sozialhilferechtlich als eine Unterstützungseinheit behandelt).
  - b. Einführung von Ergänzungsleistungen für armutsbetroffene Familien (wie z.B. im Kanton Tessin oder Solothurn)Beim Ehegattenunterhalt hätte die gesetzliche Verankerung der Mankoteilung zur Folge, dass die Mankoteilung nur dann zur Anwendung kommt, wenn die Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch erfüllt sind, dieser aber mangels finanzieller Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Ehegatten nicht festgesetzt werden kann. Das Gericht muss sich in diesen Fällen über die Dauer und die Höhe der Unterhaltspflicht äussern. Bei einem «clean break» gibt es keine Mankoteilung.
4. Gesetzliche Anpassungen im Zusammenhang mit der Verankerung der Mankoteilung (ZUG)

#### IV. Gemeinsames Sorgerecht für geschiedene und unverheiratete Eltern – Revisionsvorlage

Per 1.1.2000 wurde die Möglichkeit des gemeinsamen Sorgerechts für geschiedene und unverheiratete Eltern gesetzlich verankert (Art. 133 Abs. 3 ZGB und Art. 298a ZGB). Allerdings mit der Einschränkung, dass beide Eltern das gemeinsame Sorgerecht beantragen und eine Vereinbarung betreffend Betreuung und Unterhalt vorlegen müssen. Mit der Revision des gemeinsamen Sorgerechts soll nun endlich auch die Möglichkeit geschaffen werden, dass das gemeinsame Sorgerecht als Regelfall, d.h. auch gegen den Willen des anderen Elternteils festgelegt werden kann, und unabhängig davon, ob die Eltern eine Vereinbarung betreffend Unterhalt vorlegen können.

#### V. Gesetzgeberische Aktualität der Frage der Mankoverteilung

Die Frage der Mankoverteilung erhält nun wieder Aktualität. Die zuständige Bundesrätin Simonetta Sommaruga hat den Auftrag des Bundesgerichts aus dem Urteil BGE 135 III 66 an den Gesetzgeber aufgenommen und möchte diese Problematik mit der Revision des gemeinsamen Sorgerechts lösen. Zur Revisionsvorlage des gemeinsamen Sorgerechts hat sich der Schweizerische An-

waltsverband am 30.4.2009 vernehmen lassen (vgl. VI. nachfolgend und [www.swisslawyers.com](http://www.swisslawyers.com)).

#### VI. Ausweitung der Revisionsvorlage gemeinsames Sorgerecht auf finanzielle Aspekte

Die Organisationen der Alleinerziehenden lehnen die Vorlage betr. Revision gemeinsames Sorgerecht in der ersten Fassung ab. Verschiedene Männer- und Väterorganisationen lehnen ihrerseits eine Ausdehnung bzw. Verknüpfung der Revisionsvorlage gemeinsames Sorgerecht auf finanzielle Aspekte im Zusammenhang mit dem Kinder- und Ehegattenunterhalt ab (vgl. Ausführungen unter III.).

Bundesrätin Simonetta Sommaruga hat bereits Gesprächsbereitschaft signalisiert und im April 2011 zum «Runden Tisch» eingeladen.

Auch der Schweizerische Anwaltsverband hat in seiner Vernehmlassung vom 30.4.2009 zur Revisionsvorlage gemeinsames Sorgerecht zusätzlich die Lösung verschiedener betreuerischer und finanzieller Aspekte gefordert (Obhutszuteilung, Regelung der Entscheidkompetenzen, Mankoteilung, Erziehungsgutschriften, Verwandtenunterstützung, Abänderbarkeit von Unterhaltsbeiträgen, Mündigenunterhalt u.a.m.; vgl. [www.swisslawyers.com](http://www.swisslawyers.com)).

Insbesondere wurde in der Vernehmlassung des Anwaltsverbandes festgehalten:

«Eine Gleichstellung der beiden Elternteile sollte überdies auch in Bezug auf die finanziellen (negativen) Folgen der Ehescheidung erfolgen. Die aktuelle Gesetzesvorlage kann beim hauptbetreuenden Elternteil noch mehr Armut bewirken, was nachweislich dem Kindeswohl nicht förderlich ist. Es sollte deshalb auf jeden Fall eine Verknüpfung zum Unterhaltsrecht erfolgen. Der aktuelle Gesetzesentwurf blendet diesen Aspekt völlig aus.

Die Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechts nach der Scheidung ist als Regelfall und Zielsetzung grundsätzlich richtig und erstrebenswert. Die Ausgestaltung und Zuweisung von Entscheidkompetenzen von nicht erheblicher Bedeutung durch das Gericht an einen Elternteil sollte zusätzlich geschaffen und somit das gemeinsame Sorgerecht auf die zwingenden gemeinsamen Entscheidungen von erheblicher Bedeutung beschränkt werden können. Dies drängt sich gerade in den vielen Fällen der einseitigen Aufgabenverteilung (ein Elternteil betreut hauptsächlich das Kind, der andere Elternteil ist für den finanziellen Unterhalt zuständig) auf.»

Die Verknüpfung der Revision gemeinsames Sorgerecht mit finanziellen Aspekten erscheint zwingend, da die Regelung des Sorgerechts stets mit finanziellen Konsequenzen verbunden ist. Diese finanziellen Aspekte können bei einer anzustrebenden gesamthaften bzw. vom Bundesgericht im Zusammenhang mit der Mankoverteilung geforderten gesetzgeberischen adäquaten und kohärenten Lösung nicht ausgeblendet oder getrennt werden. Von den Eltern darf im Interesse des Kindes und aufgrund der Subsidiarität staatlicher Leistungen erwartet und gefordert werden,

dass sie sowohl die rechtliche als auch die finanzielle Verantwortung für ihr Kind gemeinsam und umfassend tragen. Ähnliches gilt für sog. lebensprägende Ehen. Hier sind nun die politisch Ver-

antwortlichen gefordert – eine sachlich-engagierte Diskussion zum Wohle der Familien ist notwendig. ■

Renata Heim\*

## Kinderanhörung – notwendiges Übel oder Wertschätzung?

**Stichworte:** Kinderanhörung, Anhörung des Kindes, Kinderbelange, Kinderrechtskonvention

Seit dem 1. Januar 2011 findet sich die Bestimmung zur Kinderanhörung in Art. 298 ZPO. Die Regelung in der schweizerischen Zivilprozessordnung ist detaillierter ausgefallen als die nun aufgehobene Bestimmung im ZGB.<sup>1</sup> Bereits seit dem Jahre 1997 gewährt die UN-Kinderrechtskonvention (UNKRK) auch den (urteilsfähigen) Kindern in der Schweiz eine Anhörung in allen Verfahren, die sie unmittelbar berühren.<sup>2</sup>

### 1. Einleitung

Sowohl bei Eltern als auch bei Gerichten gewinnt man immer wieder den Eindruck, dass die Anhörung als lästige Pflicht empfunden wird. Die Anhörung soll jedoch primär dem Kind dienen. Seine Meinung soll in wichtigen Angelegenheiten berücksichtigt und seine Wünsche und Bedürfnisse sollen ernst genommen werden. Jedes Kind ist durch die Scheidung seiner Eltern ganz konkret betroffen und oft über längere Zeit massiv belastet.<sup>3</sup> Die Anhörung gibt auch dem Richter/der Richterin einen unmittelbaren Eindruck über die Anliegen des Kindes.<sup>4</sup>

Das Anhörungsrecht ist ein Persönlichkeitsrecht des Kindes. Eine Altersgrenze ist auch in Art. 298 ZPO nicht enthalten. In der Praxis werden Kinder ab 6 Jahren angehört.<sup>5</sup> Allerdings können je nach Umständen auch jüngere Kinder, insbesondere zusammen mit älteren Geschwistern, angehört werden. Die Anhörung bedingt keine Urteilsfähigkeit des Kindes. Ungefähr ab dem 12. Altersjahr kann das Kind auch direkt gefragt werden, bei welchem Elternteil es leben möchte. Es spricht nichts dagegen, auch volljährige Kinder anzuhören, insbesondere dann, wenn sie im Haushalt eines Elternteils leben und noch in der Ausbildung sind.

Das Recht des Kindes, angehört zu werden – und zwar im richtigen Zeitpunkt des Verfahrens und dies nicht nur in strittigen Verfahren – geht in der Praxis hin und wieder vergessen. Durch das Gespräch mit einer neutralen (Richter)-Person können Kinder von Schuldgefühlen entlastet werden, Fragen stellen, die sie be-

schäftigen, ihre Bedürfnisse einbringen oder ihre Ängste formulieren. Oft sind es Kleinigkeiten, die aufgrund des den Eltern zur Kenntnis gebrachten Protokolls Änderungen im Verhalten der Eltern herbeiführen, wodurch die Kinder entlastet werden.<sup>6</sup>

### 2. Die Angst vor dem Gericht

Nicht selten ist festzustellen, dass sowohl die Eltern als auch die Kinder Angst vor einer Anhörung haben, weil sie deren Bedeutung nicht richtig einschätzen können. Es bedingt Aufklärungsarbeit durch uns Rechtsvertreter/innen, um dieser Skepsis entgegenzutreten zu können. Den Eltern und damit indirekt auch dem Kind ist aufzuzeigen, dass es sich um ein Recht und keine Pflicht handelt, dass ein informelles Gespräch stattfindet und nicht eine Gerichtsverhandlung, und dass das Kind keine Entscheidungen zu treffen hat. Wichtig ist auch der Hinweis, dass der Richter oder die Richterin den Inhalt des Protokolls mit dem Kind besprechen wird und es Vertraulichkeit verlangen darf. In diesem Fall sind dem Kind die Konsequenzen einer Nichtprotokollierung zu erläutern. Sehr hilfreich für Eltern und Kinder zur Vorbereitung eines Gesprächs sind die beim Marie Meierhofer Institut für das Kind zu beziehenden Broschüren, in welchen altersgerechte Erklärungen für Kinder sowie Hinweise zu Sinn und Zweck der Anhörung für Eltern enthalten sind.<sup>7</sup>

### 3. Zeitpunkt der Anhörung

Eine Anhörung hat sowohl im Eheschutzverfahren wie im Scheidungsverfahren zu erfolgen. Vielfach werden die Kinder im Verfahren zu spät angehört. Nach (endlich) abgeschlossener Konvention wird festgestellt, dass man das Verfahren nicht abschliessen kann, weil die Anhörung der Kinder bisher unterblieben ist. Will man Kinder ernst nehmen, soll die Anhörung nicht zu spät im Verfahren durchgeführt werden. Ihre Meinung, z.B. zu den Besuchsmodalitäten, sollte nicht erst nach Abschluss der Konvention eingeholt werden.<sup>8</sup> Auf der anderen Seite darf die Anhörung nicht zu weit vom Entscheidungszeitpunkt des Gerichts entfernt sein, da-

\* Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Familienrecht, Zürich. [www.hth.ch](http://www.hth.ch)

1 Scheidungsverfahren, Art. 144 Abs. 2a ZGB.

2 Für die Schweiz in Kraft seit 26. März 1997.

3 Vgl. dazu FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anh. Psych N 36 ff.; 2. Auflage, Bern 2011.

4 Was bei der zur Anwendung gelangenden Official- und Untersuchungsmaxime wichtig ist.

5 BGE 131 III 553 ff.

6 Z.B. bei strittiger Obhuts- und Sorgerechtszuteilung oder Besuchsmodalitäten.

7 [www.mmizuerich.ch/shop/kinder-und-scheidung-nfp-52.html](http://www.mmizuerich.ch/shop/kinder-und-scheidung-nfp-52.html)

8 Insbesondere dann, wenn solche Fragen unter den Eltern strittig sind.

mit unnötige Wiederholungen vermieden werden können. Es liegt nicht nur am Gericht, sondern auch an uns Anwälten und Anwältinnen, den «kindergerechten» Zeitpunkt zu finden, resp. auf diesen hinzuweisen.

Die Anhörung des Kindes soll möglichst durch den Richter oder die Richterin persönlich erfolgen und ist insbesondere in heikleren Fällen nicht an Gerichtssekretäre oder Gerichtssekretärinnen zu delegieren, zumal die Anhörung für die Entscheidungsfindung ein direktes und nicht gefärbtes Bild der Bedürfnisse und Wünsche der Kinder ergeben kann. Falls in Ausnahmefällen Drittpersonen beizuziehen sind, sollten Sachverständige beauftragt werden.

#### 4. Und immer wieder?

Sind Kinderbelange strittig und dauern die Verfahren länger, beantragen Eltern oft erneute Anhörungen der Kinder, weil sich deren Meinung geändert oder andere Umstände ergeben haben. Hier gilt es, vor allem bei akuten Loyalitätskonflikten, erneute unzumutbare Belastungen der Kinder und unnötige Wiederholungen durch mehrmalige Befragungen zu vermeiden.<sup>9+10</sup> In konfliktreichen Fällen, in welchen Gutachten eingeholt und die Kinder persönlich angehört wurden, kann auf eine Befragung vor Gericht verzichtet werden.<sup>11</sup>

#### 5. Protokollierung der Aussagen

In Art. 298 Abs. 2 ZPO wird neu die Protokollierung geregelt. Es sind die wesentlichen Ergebnisse festzuhalten und die Eltern und Beistände darüber zu informieren. Es bereitet den Eltern oft Mühe, dass sie nicht vollumfängliche Kenntnis über den Inhalt des Gesprächs erhalten, doch hat das Bundesgericht festgehalten, dass mit einem beschränkten Zugang zu den Aussagen der Kinder kein verfassungsmässiger Gehörsanspruch verletzt wird.<sup>12</sup>

Es muss demnach kein Wortprotokoll erstellt werden. Klar zitierte Aussagen der Kinder helfen allerdings den Kindern unter Umständen mehr, da solche Zitate von den Eltern ernster genommen werden als juristisch formulierte Aktennotizen einer Gerichtsperson.<sup>13</sup>

#### 6. Eigenes Beschwerderecht des Kindes

Verlangt ein Kind die Anhörung, so muss sie durchgeführt werden, wie auch seine Weigerung oder ein Verzicht auf Anhörung zu respektieren sind.<sup>14</sup>

Neu steht dem urteilsfähigen Kind das Recht zu, gegen die Verweigerung seiner Anhörung Beschwerde einzureichen.<sup>15</sup> Dies bedingt, dass einem urteilsfähigen Kind ein ablehnender Entscheid altersgerecht und begründet eröffnet wird. Es fragt sich, in welcher Form die Eröffnung vorgenommen werden soll. Eine mündliche Erläuterung mit gleichzeitiger Verweigerung, die Anhörung durchzuführen, wäre wohl eher ein widersprüchliches Signal dem Kind gegenüber, weshalb eine Mitteilung in Form eines altersgerechten Schreibens sinnvoller ist. Dies im Gegensatz zur Eröffnung aller weiteren Entscheide, die das Kind betreffen,<sup>16</sup> bei denen eine mündliche Erläuterung durch das Gericht durchaus Sinn macht.<sup>17</sup>

#### 7. Ausblick

Die Erfahrungen in der Praxis und die Rückmeldungen der Kinder sind zum grössten Teil positiv. Die Kinder schätzen, nach Überwindung der ersten Angst, dass sie ihre Anliegen deponieren können und ihre Fragen einbringen dürfen. Es ist zu hoffen, dass im Zuge der allgemeinen «ZPO-Neuorientierung» auch die Position der Kinder im Verfahren, mit dem Recht auf Anhörung und Erhalt von Informationen, ernst genommen und sich nicht bloss auf einen kurzen Formularaustausch mit dem zuständigen Gericht beschränken wird. ■

9 BGE 133 III 553 E. 4 S. 554 f.; BGer, 10. September 2010 (5A\_361/2010).

10 YVO BIDERBOST, «Anhörung um der Anhörung willen?», Jusletter 31. März 2008.

11 BGer vom 29. Januar 2010 (5A\_756/2009) E. 3.1.

12 BGE 122 I 53, BGer vom 10. September 2010 (5A\_361/2010) E. 2.2.

13 Möglichst in Mundart, da authentischer.

14 Sofern das Kind nicht unter Druck gesetzt wurde.

15 Art. 298 ZPO Abs. 3 ZPO in Verbindung mit Art. 319 ff. ZPO.

16 Art. 301 lit. b ZPO.

17 Z.B. Zuteilung der elterlichen Sorge und Obhut, persönlicher Verkehr, Kinderschutz.

Karin Meyer\*

## Wem steht das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu?

**Stichworte:** Gemeinsame elterliche Sorge, Obhut, Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen (HKÜ).

*Der nachfolgende Beitrag bezieht sich auf den Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts vom 1. Juni 2010 betreffend die Frage des Aufenthaltsbestimmungsrechts (136 III 353). In diesem Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass ein Elternteil, der gestützt auf einen Eheschutzentscheid alleine die Obhut inne habe, mit den Kindern auch gegen den Willen des anderen Elternteils ins Ausland ziehen könne.*

### I. Ausgangslage

Der oder die Inhaber der elterlichen Sorge treffen unter Vorbehalt der eigenen Handlungsfähigkeit des Kindes die nötigen Entscheidungen für das Kind (Art. 301 Abs. 1 ZGB). Das Recht, über den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen (Aufenthaltsbestimmungsrecht), gehört zum Kern der elterlichen Sorge.<sup>1</sup> Für den Begriff der elterlichen Obhut werden unterschiedliche Definitionen verwendet. So wird darunter zum einen, in Anlehnung an Art. 310 ZGB, das Aufenthaltsbestimmungsrecht, das heisst, das Recht, über den Aufenthaltsort und die Unterbringung des Kindes zu entscheiden, verstanden, zum andern auch die sog. faktische Obhut. Letztere besteht in der tatsächlichen, alltäglichen Betreuung und Erziehung des Kindes. Sie umfasst die dafür notwendigen Rechte und Pflichten.<sup>2</sup> Aufenthaltsbestimmungsrecht und faktische Obhut sind nicht untrennbar miteinander verbunden. Dies ergibt sich bereits aus Art. 300 ZGB betreffend die Rechtsstellung der Pflegeeltern, welche lediglich die faktische Obhut inne haben.<sup>3</sup>

Wird der gemeinsame Haushalt verheirateter Eltern aufgehoben, so trifft das Gericht die nötigen Massnahmen. Es kann dabei die elterliche Sorge einem Ehegatten alleine zuteilen (Art. 176 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 297 Abs. 2 ZGB). In der Praxis teilen die Gerichte im Rahmen des Eheschutzverfahrens gestützt auf Art. 176 Abs. 3 ZGB in der Regel jedoch lediglich die Obhut zu.<sup>4</sup> Das gemeinsame Sorgerecht der verheirateten Ehegatten bleibt jedenfalls bis zur Scheidung in der Regel bestehen. Dabei pflegen die Gerichte nicht zu klären, ob sie vom Begriff der Obhut im Sinne des Aufenthaltsbestimmungsrechts oder von der Obhut im Sinne der faktischen Obhut ausgehen.<sup>5</sup> Das Gesetz äussert sich zu dieser Frage nicht. So war denn, jedenfalls bis zum diesbezüglichen Entscheid des Bundesgerichts vom 1. Juni 2010 (BGE 136

III 353), jeweils unklar, ob mit der Zuweisung der Obhut im Rahmen des Eheschutzverfahrens tatsächlich das Aufenthaltsbestimmungsrecht zugewiesen wurde oder ob sich die Zuweisung der Obhut im Eheschutz darin erschöpfte, festzulegen, bei welchem Elternteil das Kind seinen üblichen Aufenthaltsort und damit seinen Lebensmittelpunkt haben sollte.<sup>6</sup>

### II. BGE 136 III 353

Im dem zitierten bundesgerichtlichen Entscheid zugrunde liegenden Fall wurden die Kinder im Rahmen eines Eheschutzverfahrens unter die Obhut der Mutter gestellt. Im bundesgerichtlichen Verfahren war zu entscheiden, ob die Mutter, gestützt auf die Obhutzuteilung, gegen den Willen des Vaters mit den Kindern ins Ausland ziehen durfte. Das Bundesgericht hat dazu festgehalten, Kern des Obhutsrechts sei das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Weiter sei der Träger des Obhutsrechts auch verantwortlich für die tägliche Betreuung, Pflege und Erziehung des Kindes (faktische Obhut). Werde die Obhut auf einen Elternteil übertragen, verbleibe dem Inhaber der elterlichen «Restsorge» im Wesentlichen (zusätzlich zum Besuchsrecht) ein Mitentscheidungsrecht bei zentralen Fragen der Lebensplanung des Kindes. Dabei sei, im Sinne von Grundsatzentscheidungen, an Fragen der Namensgebung, an die allgemeine und berufliche Ausbildung, die Wahl der religiösen Erziehung, an medizinische Eingriffe und andere einschneidende bzw. das Leben des Kindes prägende Weichenstellungen zu denken. Zwar habe der Wegzug in ein anderes Land selbstverständlich auch Auswirkungen auf die schulische Situation des Kindes, der Mitinhaber der elterlichen Sorge müsse dies jedoch insoweit hinnehmen, als die Einschulung an einem neuen Ort unmittelbare Folge des Aufenthaltsbestimmungsrechts des obhutsberechtigten Elternteils sei.<sup>7</sup>

Das Bundesgericht hat nicht explizit geprüft, ob im Rahmen eines Eheschutzverfahrens nicht in der Regel nur die sog. faktische Obhut zugewiesen wird, die Obhut im Sinne des Aufenthaltsbestimmungsrechts, welches zum Kern der elterlichen Sorge gehört, jedoch bei beiden Eltern gemeinsam belassen wird. Vielmehr ist es ohne nähere Begründung davon ausgegangen, dass sowohl die faktische Obhut als auch die Obhut im Sinne des Aufenthaltsbestimmungsrechts zugewiesen werden.

Weiter hat das Bundesgericht ausgeführt, dem obhutsberechtigten Elternteil könne mit einer auf Art. 307 ZGB gestützten Weisung untersagt werden, das Kind ausser Landes zu bringen. Eine

\* Lic. iur., Fachanwältin SAV Familienrecht, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Partnerin bei Peyer Partner Rechtsanwälte, Zürich. [www.peyerpartner.ch](http://www.peyerpartner.ch)

1 FamKomm-Scheidung/VETTERLI, Art. 176 ZGB N 1.

2 ZK-BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 176 ZGB N 81B.

3 BSK ZGB I-SCHWENZER, Art. 300 N 2.

4 FamKomm-Scheidung/VETTERLI, Art. 176 ZGB N 1.

5 ZK-BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 176 ZGB N 82.

6 FamKomm-Scheidung/VETTERLI, Art. 176 ZGB N 1.

7 BGE 136 III E. 3.2.

solche Weisung komme jedoch nur dann in Frage, wenn das Wohl des Kindes durch einen Umzug ins Ausland ernsthaft gefährdet würde, wobei anfängliche Integrations- und/oder sprachliche Schwierigkeiten in aller Regel keine ernsthafte Gefährdung des Kindeswohls begründen würden. Auch der bloss Tatbestand der Einschulung an einem neuen Ort sei für sich genommen kein Hinderungsgrund. Es treffe zwar zu, dass die Besuchsrechtsausübung bei grösserer Distanz zunehmend erschwert würde, dies sei indessen für sich alleine kein Grund, dem getrennten und allein obhutsberechtigten Ehegatten den Wegzug ins Ausland zu verbieten, jedenfalls wenn mit dem anderen Elternteil weiterhin ein persönlicher Verkehr möglich bleibe und der Wegzug auf sachlichen Gründen beruhe. Es gehe nicht an, demjenigen Elternteil, der die ganze Erziehungslast trage, für den Normalfall eine faktische Residenzpflicht in der Nähe des bloss besuchsberechtigten Elternteils aufzuerlegen. Vielmehr sei der grösseren Distanz mit einer angepassten Regelung des persönlichen Umgangs Rechnung zu tragen. Eine Weisung nach Art. 307 ZGB komme primär in Frage, wenn das Kind an einer Krankheit leide und im geplanten Zuzugsstaat die nötige medizinische Versorgung nicht gewährt werden könne. Weiter wenn das Kind in der Schweiz fest verwurzelt sei und zum Zuzugsstaat kaum Beziehungen habe oder das Kind relativ nahe an der Mündigkeit stehe und bei deren Erreichung voraussichtlich wieder in die Schweiz zurückkehren würde. Insbesondere bei älteren Kindern werde sodann deren Meinungsäusserung im Rahmen der Anhörung eine gewichtige Rolle spielen.<sup>8</sup>

### III. Gemeinsames naheheliches Sorgerecht

Seit 1. Januar 2000 können die Eltern nach der Scheidung auf gemeinsamen Antrag weiterhin gemeinsam Inhaber des Sorgerechts sein (Art. 133 Abs. 3 ZGB). Sie sind damit grundsätzlich auch gemeinsame Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts. In der Regel äussern sich entsprechende Vereinbarungen zwar über die Wohnverhältnisse des Kindes. Nach wohl herrschender Lehre wird damit aber lediglich die sog. faktische Obhut zugewiesen, das Aufenthaltsbestimmungsrecht steht beiden Eltern zu.<sup>9</sup> Weiter wird angenommen, das Scheidungsgericht habe bei einer vereinbarten gemeinsamen elterlichen Sorge die Möglichkeit, die Obhut im Sinne des Aufenthaltsbestimmungsrechts einem Elternteil zuzuweisen.<sup>10</sup>

Der Vorentwurf zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches betreffend die Frage der elterlichen Sorge sieht vor, dass als Regelfall den Eltern auch nach der Scheidung die elterliche Sorge gemeinsam zustehen soll (Art. 133 VE-ZGB). Dabei habe der Elternteil, der das Kind in seiner Obhut habe, die alltäglichen

und dringlichen Angelegenheiten alleine zu regeln (Art. 298g VE-ZGB). Im Bericht zu diesem Vorentwurf wurde explizit festgehalten, das gemeinsame Sorgerecht umfasse das gemeinsame Obhutsrecht. Daher hätten beide Elternteile das Recht, über den Aufenthaltsort des Kindes sowie dessen Betreuung zu bestimmen.<sup>11</sup> Derjenige Elternteil, bei dem das Kind lebe, habe lediglich die faktische Obhut inne.<sup>12</sup>

### IV. Würdigung von BGE 136 III 353

Das Bundesgericht ging im zitierten Entscheid, wie ausgeführt, davon aus, dass im Eheschutzverfahren nicht nur die faktische Obhut sondern auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht zugeteilt wird.

Diese Annahme des Bundesgerichts findet keine eindeutige Stütze im Gesetz. Wie ausgeführt, sieht das Gesetz lediglich vor, dass, wenn sich die Eltern trennen, das Gericht die «nötigen» Massnahmen treffen muss (Art. 176 Abs. 3 ZGB). Weshalb es in einem Eheschutzverfahren oder einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Rahmen einer Scheidung nicht in aller Regel ausreichen sollte, die sog. faktische Obhut im Sinne der Verantwortung für die tägliche Betreuung, Pflege und Erziehung des Kindes zuzuweisen, und das Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht bei beiden Eltern belassen werden sollte, ergibt sich aus BGE 136 III 353 ff. nicht und ist auch nicht einsichtig.

Ohne dass im konkreten Fall die Notwendigkeit einer raschen Zuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechts bestehen würde, soll gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung diese Zuweisung im Eheschutzverfahren erfolgen. Es soll in einem bloss summarischen Verfahren, bevor über die Zuteilung der elterlichen Sorge entschieden wird, bereits ein Kernelement der elterlichen Sorge, nämlich das Aufenthaltsbestimmungsrecht, einem Elternteil allein zugewiesen werden. Dies scheint bereits unter geltendem Recht m.E. fragwürdig.

Die Eltern sollen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, nachdem einem Elternteil im Rahmen des Eheschutzverfahrens die Obhut zugewiesen wurde, weiterhin gemeinsam entscheiden, ob ihr Kind die staatliche Schule oder eine Privatschule besucht. Ob das Kind die fragliche Schule in Bern, New York, Islamabad, Peking oder Timbuktu besucht, soll dagegen von demjenigen Elternteil, dem die Obhut zugewiesen wurde, alleine entschieden werden können. Dies dürfte für die Betroffenen kaum nachvollziehbar sein.

Seit längerem wird über die Einführung des gemeinsamen Sorgerechts als «Standardlösung» nach der Scheidung diskutiert. Bei dieser Regelung wären nach der Scheidung beide Eltern wieder gemeinsame Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts. Vor diesem Hintergrund scheint die dem zitierten bundesgerichtlichen

8 BGE 136 III E. 3.3.

9 SUTTER/FREIBURGHaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 133 ZGB N 46; PETER BREITSCHMID, Kind und Scheidung der Elternehe in: Das neue Scheidungsrecht, Zürich 1999, S. 117 f.; ANDREAS BUCHER, Aspects internationaux du nouveau droit du divorce, SJ 2001 II, S. 46 ff.

10 RUTH REUSSER, Aktuelles aus dem Familienrecht unter besonderer Berücksichtigung der Revisionstendenzen bei der elterlichen Sorge, ZBJV 2008, S. 154.

11 Bericht zum Vorentwurf einer Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (elterliche Sorge) und des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Art. 220) vom Januar 2009, S. 22.

12 a.A. offenbar THOMAS GEISER, Familienrechtliche Rechtsprechung 2010, AJP 2011, S. 124, der davon auszugehen scheint, dass das gemeinsame Sorgerecht als Regellösung gemäss Vorentwurf nicht auch das gemeinsame Obhutsrecht als Regellösung beinhaltet.

Entscheid zugrunde liegende Annahme, im Eheschutz werde jeweils die Obhut im Sinne des Aufenthaltsbestimmungsrechts und nicht lediglich die faktische Obhut zugeteilt, noch fragwürdiger. Spätestens wenn das gemeinsame elterliche Sorgerecht nach der Scheidung zum Regelfall würde, müsste das Bundesgericht wohl seine Rechtsprechung zur Frage, ob mit der Zuweisung der Obhut im Eheschutzverfahren tatsächlich das Aufenthaltsbestimmungsrecht einem Elternteil alleine zugewiesen wird, wieder revidieren. Es wäre nicht vertretbar, dass dieses Recht grundsätzlich während und nach der Ehe beiden Eltern gemeinsam zustehen soll, jedoch in der Zeitspanne zwischen der Trennung der Eltern bis zur Scheidung einem Elternteil alleine.

Das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen (HKÜ) schützt primär das Sorgerecht (Art. 3 lit. a HKÜ). Der Begriff des Sorgerechts ist dabei vertragsautonom auszulegen. Das HKÜ versteht darunter im Wesentlichen das Aufenthaltsbestimmungsrecht.<sup>13</sup> Welchem Elternteil das Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht, beurteilt sich dabei nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes vor der fraglichen Entführung (Art. 3 lit. a HKÜ). Geht man, wie dies das Bundesgericht im Entscheid 136 III 353 getan hat, davon aus, dass mit dem Eheschutzentscheid bereits das Aufenthaltsbestimmungsrecht einem Elternteil zugewiesen wird, so stellt der Umzug dieses Elternteils mit den Kindern ins Ausland keine Verletzung des Sorgerechts im Sinne des HKÜ dar. Eine Rückführung nach dem genannten Übereinkommen ist somit nicht möglich. – Lediglich wenn dem Elternteil, dem das Aufenthaltsbestimmungsrecht zugewiesen wird, gestützt auf Art. 307 ZGB gleichzeitig untersagt wird, das Kind dauerhaft ausser Landes zu bringen (sog. non-removal clause), wäre eine Rückführung gestützt auf das HKÜ möglich (BGE 136 III 362). – Die Obhutzuweisung im Rahmen des Eheschutzverfahrens verunmöglicht es somit, obwohl beide Eltern nach wie vor Inhaber des gemeinsamen Sorgerechts sind, die Kinder gegen den Willen des Obhutsinhabers in die Schweiz zurückzuholen. Ganz anders sieht die Lage in vielen anderen Ländern bei gemeinsamem Sorgerecht der Eltern aus: Der Elternteil, bei dem das Kind wohnt, trifft zwar die laufenden Entscheidungen des täglichen Lebens. Entscheidungen, die für das Kind von grosser Bedeutung sind, wie bspw. ein Umzug ins Ausland, dürfen aber nur mit Zustimmung beider Eltern (oder einem entsprechenden behördlichen Entscheid) erfolgen.<sup>14</sup> Das heisst, dass solange das gemeinsame Sorgerecht besteht, Kinder, welche gegen den Willen eines Elternteils vom Ausland in die Schweiz verbracht werden, in aller Regel gemäss dem HKÜ in das Land ihres vorherigen gewöhnlichen Aufenthalts zurückgeführt werden können. Kinder, welche in der Schweiz im Rahmen eines Ehe-

schutzverfahrens unter die Obhut eines Elternteils gestellt werden und von diesem ins Ausland verbracht werden, können nach dem Willen des Bundesgerichts dagegen nicht in die Schweiz zurückgeführt werden.

Zieht ein Elternteil, gestützt auf die Obhutzuweisung im Eheschutzverfahren, mit den Kindern dauerhaft ins Ausland, so begründen die Kinder dort jedenfalls in absehbarer Zeit gewöhnlichen Aufenthalt. Damit werden bei der Scheidung der Eltern nicht mehr die schweizerischen Gerichte für die Regelung der Kinderbelange zuständig sein, vielmehr sind die Behörden am neuen Aufenthaltsort der Kinder zuständig.<sup>15</sup> Wer im Rahmen eines Eheschutzverfahrens die Obhut zugewiesen erhalten hat, kann somit mit den Kindern in dasjenige Land ziehen, in dem er glaubt, dass er am ehesten die alleinige elterliche Sorge zugeteilt erhalten wird.

Auch diese internationalrechtliche Lage spricht m.E. dagegen, in Eheschutzverfahren oder Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren regelmässig das Aufenthaltsbestimmungsrecht zuzuweisen.

Das Bundesgericht hat sodann die Erteilung einer Weisung, das Kind nicht ausser Landes zu bringen, wie ausgeführt, von sehr strengen Voraussetzungen abhängig gemacht. Angesichts der Tatsache, dass für die Obhutzuweisung im Eheschutzverfahren in der Regel neben den Eigenbetreuungsmöglichkeiten vor allem die Kontinuität und Stabilität der Verhältnisse massgebend sind, scheint die restriktive Haltung des Bundesgerichts betreffend die Frage der Gründe für eine Weisung gemäss Art. 307 ZGB fragwürdig. Es ist legitim und im Interesse des Wohls der Kinder erforderlich, dass der Elternteil, der nicht Inhaber des Obhutsrechts ist, zumindest, bevor der Obhutsinhaber mit den Kindern ins Ausland zieht, überprüfen lassen kann, ob die Obhutzuweisung auch unter diesen Umständen noch gerechtfertigt ist und bis zur Beurteilung dieser Frage der faktische Umzug gestützt auf Art. 307 ZGB untersagt werden kann.

## V. Lehren für den Praktiker

Sind sich die Parteien im Eheschutzverfahren bzw. Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen einig, dass lediglich die faktische Obhut zugewiesen werden soll, so sollte dies möglichst klar festgehalten werden.

Ist bereits im Zeitpunkt eines Eheschutzverfahrens zu befürchten, dass derjenige Elternteil, dem die Obhut zugeteilt werden wird, allenfalls mit den Kindern ins Ausland ziehen will, so kann beantragt werden, dass das Gericht klar nur die faktische Obhut zuweist oder gestützt auf Art. 307 ZGB dem Obhutsinhaber untersagt, die Kinder ausser Landes zu bringen. – M.E. kann durchaus damit gerechnet werden, dass die Gerichte unterer Instanzen diesbezüglich teilweise weniger zurückhaltend sind als das Bundesgericht.

13 RAPHAELA ZÜRCHER, Kindesentführung und Kindesrechte, S. 79; CARLA SCHMID, Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, Eine Analyse der schweizerischen Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1989–2002, AJP 2002, S. 1327; Bger 5A\_746/2009 und 5A\_778/2009 E. 3.1.

14 Vgl. rechtsvergleichende Zusammenstellung im Bericht zum Vorentwurf einer Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (elterliche Sorge) und des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Art. 220) vom Januar 2009, S. 9 ff.

15 Art. 5 Abs. 1 Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (HKÜ); Art. 1 Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA).

Tritt die erhöhte Wahrscheinlichkeit eines Umzugs des obhutsberechtigten Elternteils mit den Kindern ins Ausland erst nach Abschluss des Eheschutzverfahrens ein, so kann entweder eine solche Weisung bei der Vormundschaftsbehörde oder eine Abänderung des Eheschutzentscheids betreffend die Frage der Obhut

beantragt werden, wobei als vorsorgliche Massnahme (möglichst superprovisorisch) die Erteilung einer einstweiligen Weisung gestützt auf Art. 307 ZGB an den bislang obhutsberechtigten Ehegatten, bis zum Abschluss des Verfahrens nicht mit den Kindern ins Ausland zu ziehen, beantragt werden sollte. ■

Anka Dietrich\*

## WEF-Bezüge in der Scheidungsvereinbarung

**Stichworte:** Vorsorgeteilung, WEF-Bezug, Scheidungsvereinbarung, Gestaltungsspielraum

### 1. WEF-Bezüge als gängiges Instrument der Liegenschaftsfinanzierung

«PK-Vorbezug ist eine Zeitbombe» – so die Überschrift eines Artikels in der Sonntagspresse<sup>1</sup>. Offenbar wird der Vorbezug von einigen Pensionskassen in Frage gestellt und der Vorbezug ist derzeit Gegenstand eines Postulats. Mag die Finanzierung von Wohneigentum<sup>2</sup> mittels Vorbezügen<sup>3</sup> von Vorsorgegeldern oder Verpfändung<sup>4</sup> von Vorsorgeguthaben rechtspolitisch durchaus zu Fragen Anlass geben, im Scheidungsalltag sind sie jedenfalls oft anzutreffen<sup>5</sup>. Es gilt deshalb bis auf Weiteres, die fallspezifischen Fakten zusammenzutragen und die WEF-Bezüge als Teil der «Gesamtlösung-Scheidungsvereinbarung» miteinzubeziehen und klare Regelungen zu treffen.

### 2. Abzuklärende Punkte

#### 2.1 Zusammentragen der Unterlagen betreffend die Mittel der beruflichen Vorsorge

Um die WEF-Bezüge in die Scheidungsvereinbarung einbetten zu können, bedarf es vorweg der genauen Abklärung und Dokumentation insbesondere folgender Punkte:

- Bei Stellenwechseln und bei unerklärlich geringen Pensionskassenaustrittsleistungen ist der Frage nachzugehen, ob zusätzlich zur Pensionskassenaustrittsleistung noch Freizügigkeitskonti vorhanden sind, und es ist überdies abzuklären, ob Austrittsleistungen aus der überobligatorischen beruflichen Vorsorge bestehen. Um WEF-Bezüge festzustellen, genügt die Konsultation des aktuellen Vorsorgeausweises alleine oftmals nicht, denn ihm ist der Bezug dann nicht zu entnehmen, wenn er nicht aus dem Vorsorgeguthaben der derzeitigen Vorsorge-

einrichtung entstammt. (Stichworte: «vollständige Erfassung der zu teilenden Vorsorgeguthaben», «Teilung sämtlicher Austrittsleistungen aller Vorsorgeverhältnisse einschliesslich WEF-Bezüge<sup>6</sup>»)

- Sind während der Ehe Barbezüge getätigt worden? (Stichwort: «güterrechtliche Behandlung gem. Art. 197 Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 207 Abs. 2 ZGB»; «Abgeltung in Form einer angemessenen Entschädigung gem. Art. 124 ZGB<sup>7</sup>»)
- Oftmals vermögen die Ehegatten nicht darzulegen, ob tatsächlich ein Vorbezug getätigt oder ob das Vorsorgeguthaben bloss verpfändet wurde. Bevor auch nur die Ausgestaltung der Scheidungsvereinbarung angedacht wird, ist anhand von Dokumenten der Vorbezug resp. die blosser Verpfändung zu verifizieren. Es sind hiezu nicht nur der Vorsorgeausweis beizuziehen, sondern auch Belege zu den Freizügigkeitsguthaben sowie die Hypothekendarlehensverträge und der Grundbuchauszug. (Stichwort: «Erforderliche Zustimmung der Pfandgläubigerin bei Übertragung verpfändeter Vorsorgegelder<sup>8</sup>, «Folgen der mangelnden Zustimmung: angemessene Entschädigung gem. Art. 124 Abs. 1 ZGB<sup>9</sup>»)
- Wann wurde der Vorbezug getätigt? Vorehelich? Wenn während der Ehe, dann stellt sich die Frage, wie hoch ein allfälliges Restguthaben im Zeitpunkt des Bezuges war (Stichworte: «Aufzinsung des vorehelichen Guthabens», «Zinsverlust bei während der Ehe erfolgten Vorbezügen<sup>10</sup>»).
- Wie hoch ist das Restguthaben desjenigen Ehegatten, der Schuldner der Ausgleichsforderung gem. Art. 122 ZGB ist? (Stichwort: «sind ausreichende Mittel in der Vorsorgeeinrichtung vorhanden, um die Ausgleichsforderung zu erbringen?»<sup>11</sup>)
- Mit welchen Mitteln wurde die Liegenschaft nebst dem WEF-Bezug erworben? Eigengut, Errungenschaft, Hypothek? Wurden WEF-Bezüge während der Ehe zurückbezahlt und wenn ja, aus Errungenschaft oder Eigengut? (Stichworte: «güterrechtliche Qualifikation des Vorbezuges als Drittmittel», «Mas-

\* Dr. iur., Advokatin, Mediatorin SAV, Fachanwältin SAV Familienrecht, Basel. [www.advokaturnotariat.com](http://www.advokaturnotariat.com)

1 Sonntagszeitung vom 13. 2. 2011, S. 53.

2 Bundesgesetz über die Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge (WEFV; SR 831.04) sowie Art. 30a–30g des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40).

3 Art. 331d OR.

4 Art. 331e OR

5 Vgl. Insbesondere ANDREA BÄDER FEDERSPIEL, Wohneigentumsförderung und Scheidung, Diss. 2008.

6 BGE 135 V 324, Pra 99 (2010) Nr. 45 Erw. 4.2.

7 BGE 127 III 433 ff.; BGE 129 V 251 ff. Erw. 2.2.

8 Art. 9 Abs. 1 lit. c WEFV.

9 5A\_270/2010 Erw.4.5.

10 128 V 230 ff.; 9C\_691/2009.

11 BGE 135 V 324; 5A\_270/2010 Erw. 2.4.3.

senzuordnung der Liegenschaft und Folgen für die Zuordnung von Mehr- und Minderwerten», «mehrstufige Mehr-/Minderwertberechnungen»)

- Wurde eine mit WEV-Bezügen finanzierte Liegenschaft während der Ehe mit Verlust verkauft oder ist im Zeitpunkt der Scheidung aufgrund einer aktuellen Liegenschaftsschätzung ein Wertverlust absehbar?<sup>12</sup> (Stichworte: «Rückzahlungspflicht nur im Umfange des nach Tilgung der Hypothekendarlehen verbleibenden Käuferlöses»<sup>13</sup>)
- Wurde der Vorbezug nur teilweise für den Erwerb von Wohneigentum verwendet oder zweckwidrig eingesetzt?<sup>14</sup> (Stichwort: «Abweichung von der hälftigen Teilung?»)

## 2.2 Die übrigen finanziellen Aspekte (Güterrecht, Unterhalt inklusive Vorsorgeunterhalt)

Mit Hilfe von Scheidungsvereinbarungen können Lösungen gefunden werden, die in streitigen Verfahren unter Umständen nicht zu erlangen wären. Der Rechtsalltag kennt durchaus Vereinbarungen, die mit dem Gesetzeswortlaut an sich nicht kompatibel, aber als Gesamtes «richtig» und von den Ehegatten gerade deshalb so gewollt sind und als fair beurteilt werden. Im Zusammenhang mit dem Vorsorgeausgleich und den WEV-Bezügen sei bspw. die unterhälftige Teilung der Austrittsleistung erwähnt, die nur unter der Voraussetzung von Art. 123 Abs. 2 ZGB zulässig wäre, in der Praxis gleichwohl häufig vorkommt im Bestreben, eine gute Gesamtlösung zu treffen. Der Vorsorgeausgleich ist nach gesetzlicher Konzeption sowohl von der güterrechtlichen Auseinandersetzung als auch vom Unterhaltsanspruch unabhängig und wäre eigentlich der kreativen Lösungsfindung nicht zugänglich, da die Teilung der Disposition der Ehegatten entzogen ist. Die Praxis ist eine andere: Gerade bei der Zuteilung von Wohneigentum und der WEV-Vorbezüge ist eine Verquickung von güter- und unterhaltsrechtlichen Aspekten u.U. angezeigt, um den Erhalt einer Liegenschaft zu ermöglichen. Letztlich soll die Scheidungsvereinbarung ein «Gesamtkunstwerk» sein, das als Ganzes «richtig» ist und den Bedürfnissen der Ehegatten Rechnung trägt. Deshalb ist es unumgänglich, parallel zu den Vorsorgeausgleichsberechnungen auch die güterrechtlichen Ansprüche zu berechnen und die Unterhaltssituation in die Überlegungen mit einzubeziehen.

## 2.3 Die Wünsche und Bedürfnisse der Ehegatten

Die vorsorge-, güter- und unterhaltsrechtlichen Gegebenheiten sind das Eine. Ebenso wichtig sind die Wünsche und Bedürfnisse der Ehegatten. Gerade bei der Erarbeitung einer Scheidungsvereinbarung ist es wichtig, zusammen mit den Parteien abzuklären, welche Lösung sie treffen würden, so eine solche rechtlich umsetzbar ist. Im Zusammenhang mit dem Vorsorgeausgleich und den WEV-Bezügen ist allerdings dafür zu sorgen, dass auch die objektiven Bedürfnisse, die sich allenfalls erst in ferner Zukunft

manifestieren (bspw. Altersvorsorge), nicht einer kurzfristigen Lösung geopfert werden.

Das Erfragen der Wunschvorstellungen der Ehegatten soll frühzeitig erfolgen, damit alsdann, in Kenntnis der Gegebenheiten, gezielt eine Lösung gefunden werden kann, welche die Wünsche – soweit rechtlich zulässig – umzusetzen in der Lage ist.

## 3. Fallkonstellationen

Es gibt unzählige Konstellationen. Zunächst ist danach zu fragen, welcher Ehegatte nach der Scheidung Eigentümer der Liegenschaft sein soll. Sodann stellt sich die Frage, ob nebst dem WEV-Vorbezug genügend Freizügigkeitsleistungen oder genügend freies Vermögen vorhanden ist.

### 3.1 Eigentümer der Liegenschaft nach der Scheidung

- Der ausgleichspflichtige Ehegatte bleibt Eigentümer der Liegenschaft.<sup>15</sup>
- Der ausgleichsberechtigte Ehegatte übernimmt die Liegenschaft zu Alleineigentum.
- Die Ehegatten bleiben Miteigentümer/Eigentümer zu gesamter Hand oder sie begründen Mit- bzw. Gesamteigentum und bleiben dies über die Scheidung hinaus.
- Die Liegenschaft wird veräußert.

### 3.2 Vorsorgemittel und freie Mittel

- Ausreichende Vorsorgemittel: Sind nebst dem WEV-Vorbezug genügend Freizügigkeitsleistungen vorhanden, ist der Vorsorgeausgleich unproblematisch. Der Ehegatte, der Eigentümer der Liegenschaft ist/wird, behält bzw. übernimmt den WEV-Bezug in Anrechnung an seine Ansprüche<sup>16</sup> und die Ansprüche des anderen Ehegatten werden durch die noch vorhandene Freizügigkeitsleistung getilgt.
- Sind nicht genügend Vorsorgemittel und auch nicht ausreichend Mittel des freien Vermögens vorhanden, dann stehen folgende Lösungsmöglichkeiten im Vordergrund:<sup>17</sup>
  - Veräußerung der Liegenschaft, Rückführung des WEV-Bezugs in die Vorsorgeeinrichtung und Teilung der Vorsorgeguthaben: Sind die finanziellen Verhältnisse eng, so dass der Miteinbezug von güterrechtlichen und unterhaltsrechtlichen Aspekten nicht weiterhilft, und ist davon auszugehen, dass der ausgleichsberechtigte Ehegatte in absehba-

12 5A\_270/2010 Erw. 3.3.2.

13 Art. 30d Abs. 5 BVG.

14 BGE 133 V 25 Erw. 3.3.1.

15 Zu dieser Konstellation hat das BGE in BGE 135 V 324 ff. die Möglichkeiten dargelegt, wie die Forderung des ausgleichsberechtigten Ehegatten getilgt werden kann.

16 Die Rückerstattungsforderung wird übertragen, was eine Anpassung der grundbuchlichen Anmerkung erforderlich macht. Neu wird die Vorsorgeeinrichtung des ausgleichsberechtigten Ehegatten (der den WEV-Bezug «übernimmt») als Begünstigte der Veräußerungsbeschränkung eingetragen.

17 Zu weiteren Möglichkeiten vgl. BGE 135 V 324 ff. und DANIEL TRACHSEL, Spezialfragen im Umfeld des scheidungsrechtlichen Vorsorgeausgleiches: Vorbezüge für den Erwerb selbstgenutzten Wohneigentums und Barauszahlungen nach Art. 5 FZG, FamPra.ch 3/2005, S. 536 f., sowie BÄDER FEDERSPIEL (Fn. 5), S. 302–316.

rer Zeit keine eigene Altersvorsorge aufbauen kann, dann ist die Liegenschaftsveräusserung oft die einzige Möglichkeit, auch wenn dadurch der Wunsch nach Erhalt der Liegenschaft nicht umgesetzt werden kann.

- Zuweisung der Liegenschaft an den ausgleichsberechtigten Ehegatten und Zuweisung des WEF-Bezugs an die Vorsorgeeinrichtung dieses Ehegatten, verbunden mit einer überhälftigen Teilung der Austrittsleistungen. Die Kompensation könnte diesfalls dadurch erfolgen, dass der überhälftige Betrag mit dem Vorsorgeunterhalt verrechnet wird.
- Beibehaltung von Mit-/Gesamthandigentum<sup>18</sup> und Aufteilung der WEF-Vorbezüge auf die beiden Vorsorgeeinrichtungen der Ehegatten, so dass beide Vorsorgeeinrichtungen eine anteilmässige Rückerstattungsforderung haben.
- Der ausgleichsverpflichtete Ehegatte behält die Liegenschaft und die Ehegatten ersuchen das Gericht, die Teilung des Vorbezugs zu verweigern und eine in Raten zu bezahlende angemessene Entschädigung<sup>19</sup> gem. Art. 124 Abs. 1 ZGB festzulegen<sup>20</sup>. Hier ist indessen zu bedenken, dass die zum Ausgleich der Vorsorge zu leistenden Raten in der Regel nicht der Altersvorsorge verhaftet sind, was nicht dem Zweck des Vorsorgeausgleichs entspricht. Die Gefahr ist gross, dass die Ratenzahlungen für Bedürfnisse des täglichen Lebens verbraucht werden und im Alter nicht mehr zur Verfügung stehen.

Es mag sein, dass es auch in finanziell engen Verhältnissen gelingt, die Liegenschaft zu erhalten (was oft dem Hauptanliegen der Ehegatten entspricht), indem sämtliche Möglichkeiten bedacht und quasi als Puzzle in die Gesamtvereinbarung eingebettet werden. Gerade in solchen Verhältnissen ist aber besonders sorgfältig abzuklären und mit den Ehegatten zu besprechen, ob eine solche nicht zum Vornherein auf der Hand liegende Lösung effektiv sinnvoll ist und vor allem die Risiken nicht einseitig einem Ehegatten aufbürdet.

- Sind zwar nicht genügend Vorsorgemittel, indessen ausreichend freie Mittel vorhanden, dann sind insbesondere folgende Vorgehensweisen zu prüfen:
  - Rückzahlung des Vorbezugs mit freien Mitteln und Teilung der Austrittsleistung.
  - Einkauf mit freien Mitteln in die Pensionskasse des ausgleichsberechtigten Ehegatten, was allerdings voraussetzt, dass dieser Ehegatte bei einer Pensionskasse angeschlossen ist (eine Zahlung auf ein Freizügigkeitskonto ist nämlich nicht möglich und der Äufnung der gebundenen Selbstvorsorge sind enge Grenzen gesetzt<sup>21</sup>) und ein Einkauf überhaupt möglich ist.
  - Von der Teilung des WEF-Bezugs wird abgesehen und es wird eine angemessene Entschädigung gem. Art. 124

Abs. 1 ZGB vereinbart, die in Form eines Kapitals<sup>22</sup> aus dem freien Vermögen zu bezahlen ist.

#### 4. Formulierung in der Scheidungsvereinbarung<sup>23</sup>

Die Regelung der WEF-Bezüge tangiert sowohl den Vorsorgeausgleich als auch die güterrechtliche Auseinandersetzung. Es ist mithin darauf zu achten, dass die Regelungen korrespondieren. Der Nachvollziehbarkeit dienlich ist bspw. die Auflistung sämtlicher Vorsorgegelder einschliesslich der WEF-Bezüge und der jeweilige Verweis in der Vereinbarung selber auf die korrespondierenden Punkte des Vorsorgeausgleichs, des Güterrechts und der Unterhaltsregelung. Dies gilt erst recht, wenn mittels Vorsorgegeldern Drittdarlehen, die zum Erwerb der Liegenschaft aufgenommen wurden, zurück bezahlt werden<sup>24</sup> und damit die Verzahnung von Vorsorgeausgleich und Güterrecht stark ist.

Zu regeln sind insbesondere folgende Punkte (*Formulierungsvorschläge ohne Gewähr*):

- Wer behält bzw. übernimmt die Liegenschaft?
- Wie wird der Anrechnungswert getilgt? Es ist darauf hinzuweisen, dass die Übernahme der Hypothek und der WEF-Vorbezug angerechnet werden. (Formulierungsvorschlag betreffend die vorsorgerechtlichen Bestimmungen: «Die Ehefrau übernimmt im Zuge der Übertragung der ehelichen Liegenschaft, vgl. Ziffer ... hievor, den vom Ehemann getätigten Vorbezug über CHF...»)
- Die Vorsorgeteilung ist sodann im Verhältnis zu den Vorsorgeeinrichtungen zu regeln. Der WEF-Vorbezug wird an die Vorsorgeeinrichtung des ausgleichsberechtigten Ehegatten übertragen (wobei keine Austrittsleistungen «fliessen», da die Vorsorgeeinrichtung nur einen bedingten Rückerstattungsanspruch hat). («Die Ehegatten beantragen dem Gericht, die Pensionskasse des ... (ausgleichsverpflichteten Ehegatten) anzuweisen, den am ... getätigten WEF-Vorbezug in Höhe von CHF... an die Vorsorgeeinrichtung von ... (anspruchsberechtigter Ehegatte) zu übertragen.»)
- Involviert ist auch das Grundbuchamt. Es merkt die Veräusserungsbeschränkung an. Mit der Scheidungsvereinbarung beantragen die Ehegatten dem Gericht, das Grundbuchamt anzuweisen, in der bestehenden Veräusserungsbeschränkung die neue Begünstigte (bspw. die Pensionskasse des den WEF-Bezug übernehmenden Ehegatten) nachzutragen. («Die Ehegatten ersuchen das Gericht, das Grundbuchamt ... anzuweisen, hinsichtlich der Veräusserungsbeschränkung gemäss Art. 30e BVG neu die Vorsorgeeinrichtung von ... nachzutragen.»)
- Übernimmt ein Ehegatte die vormals im Mit- oder Gesamteigentum stehende Liegenschaft unter Übernahme des vom

22 Auch bei einer Kapitalzahlung der angemessenen Entschädigung (nicht bloss bei der Ratenzahlung) sind u.U. Sicherungsmassnahmen vorzusehen. Hier genügt es allerdings oft, eine Sicherstellung im untechnischen Sinne, d.h. eine einfache praktikable Vorkehrung zu treffen wie die Bezahlung auf ein auf beide Ehegatten lautendes Konto mit Doppelunterschrift oder die Zahlung auf das Klientengeldkonto des Rechtsvertreters zu vereinbaren, so dass die Zahlung im Zeitpunkt der Fälligkeit ohne grössere Schwierigkeiten ausgelöst werden kann.

23 Detaillierte Formulierungsvorschläge bei TRACHSEL (Fn. 17), S. 541 ff.

24 Vgl. die komplexen Beispiele bei TRACHSEL (Fn. 17), S. 542 ff.

18 136 V 57 ff.

19 Bei dieser Lösung ist unbedingt eine Sicherstellung vorzusehen, beispielsweise die Errichtung eines Grundpfandes.

20 Zur Ausgestaltung und den Sicherungsmassnahmen beim Ausgleich mit freien Mitteln in Form periodischer Zahlungen vgl. TRACHSEL (Fn. 17), S. 538 f.

21 Vgl. TRACHSEL (Fn. 17), S. 537 f.

anderen Ehegatten getätigten WEF-Vorbezugs, dann ist daran zu denken, dass die auf dem Miteigentumsanteil des auscheidenden Gatten lastende Veräusserungsbeschränkung auf die Gesamtliegenschaft zu übertragen ist.

## 5. Überdies zu beachtende Punkte

Unbedingt notwendig ist es, frühzeitig die hypothezierende Bank bei der Lösungsfindung einzubeziehen. Sodann ist es unerlässlich, das Vereinbarte mit den involvierten Vorsorgeeinrichtungen abzusprechen, bevor das Scheidungsurteil rechtskräftig wird. Mit Vorteil wird die Scheidungsvereinbarung auszugsweise vorweg zugestellt und um Abgabe der Durchführbarkeitserklärungen nachgesucht. Es ist beispielsweise vorweg klarzustellen, dass Rückerstattungsansprüche im Rahmen der Vorsorgeteilung übertragen werden. Nur diesfalls ist es möglich, allfällige spätere Rückzahlungen von WEF-Vorbezügen auf Rechnung des Altersguthabens vor-

zunehmen, ohne dass die Pensionskasse des den WEF-Vorbezug übernehmenden Ehegatten einwendet, es bestehe keine Vorsorgelücke.

Werden Vorsorgeguthaben vorbezogen, fallen Steuern an. Bei Rückzahlung der Vorbezüge werden die Steuern zurückerstattet und zwar demjenigen Ehegatten, der den WEF-Vorbezug tätigte. Dieses latente Steuerguthaben ist bei der Regelung der Scheidungsnebenfolgen mit einzubeziehen. Es könnte beispielsweise vereinbart werden, dass derjenige Ehegatte, der den vom anderen Ehegatten getätigten WEF-Vorbezug übernimmt, ermächtigt wird, bei der Steuerverwaltung die Auszahlung der Steuerrückerstattung bei ganzer oder teilweiser Rückführung des WEF-Vorbezugs an sich zu verlangen. ■

*(Fortsetzung der Beiträge der Fachanwältinnen und Fachanwälte SAV Familienrecht in der Anwaltsrevue Nr. 4 vom April)*

Leo Staub\*

## BWL für Anwältinnen und Anwälte

**Stichworte:** BWL, Betriebswirtschaft, wirtschaftsrechtliche Dienstleistungen, Unternehmensjuristen, Marketing, Kanzleimanagement

### 1. Weshalb brauchen Anwältinnen und Anwälte betriebswirtschaftliche Kenntnisse?

Zahlreiche Studien zeigen, dass Unternehmen, die wirtschaftsrechtliche Dienstleistungen nachfragen, grossen Wert darauf legen, dass der Anwalt oder die Anwältin den betriebswirtschaftlichen Hintergrund, vor dem ein Rechtsrat erteilt wird, versteht<sup>1</sup>. Diese Studien beziehen sich zwar in erster Linie auf die Befragung von Unternehmensjuristen und Führungskräften grosser Unternehmen, die typischerweise externe Anwälte beauftragen, wenn bedeutende Transaktionen anstehen wie etwa Unternehmenskäufe, Kapitalerhöhungen, Börsengänge und Ähnliches. Die anwaltliche Praxis zeigt aber, dass auch Unternehmer und Führungskräfte von KMU es schätzen, wenn ihre Anwälte ein Vertriebskonzept verstehen, für welches sie ein Vertragskonstrukt erarbeiten oder sie die strategischen Überlegungen nachvollzie-

hen können, wenn es um die Beratung des Aktionariats bei der Gründung eines Unternehmens in einem neuen Geschäftsfeld geht. Nicht nur Wirtschaftsanwälte aber müssen ökonomisches Basiswissen mitbringen, um die sich ihnen stellenden juristischen Aufgaben auf hohem Niveau zu lösen. Auch Scheidungsanwälte im Zusammenhang mit güterrechtlichen Auseinandersetzungen, Strafverteidiger im Wirtschaftsstrafrecht, Verwaltungsrechtler in Fällen, in denen es um Submissionen geht, oder Steuerrechtler haben mit Sachverhalten zu tun, deren (juristische) Durchdringung betriebswirtschaftliche Kenntnisse voraussetzt.

Die zitierten Studien belegen aber noch ein weiteres: Mandanten kritisieren, dass Anwälte oft nicht in der Lage sind, in der «Unternehmenssprache» zu kommunizieren. Tatsächlich bewegen wir Juristen uns in einem proprietären Sprachmodell, verwenden rechtlich einschlägige Begriffe, die für Aussenstehende nicht ohne weiteres verständlich sind. In der Kommunikation mit Mandanten kann das zu Friktionen führen, manchmal gar zu folgenreichen Missverständnissen, beispielsweise bei der Umsetzung juristischer Ratschläge. Der Verkehr mit Unternehmen und Führungskräften wird erleichtert, wenn sich Anwälte einer Sprache bedienen, in der sich ihre Mandanten zuhause fühlen. Das nährt beim Mandanten die Überzeugung, der Anwalt verstehe ihn und sein Anliegen, und es schafft Vertrauen.

Kenntnisse betriebswirtschaftlicher Zusammenhänge sind aber nicht nur im direkten Umgang mit Mandanten von Nutzen. Sie

\* Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht sowie für Legal Management an der Universität St. Gallen (HSG), praktizierender Rechtsanwalt und Verwaltungsrat diverser Unternehmen. Als Direktor der Executive School of Management, Technology & Law der HSG verantwortet er unter anderem Lehrgänge in Management für Juristinnen und Juristen in Anwaltskanzleien und Rechtsabteilungen ([www.es.unisg.ch/mlp](http://www.es.unisg.ch/mlp)). Diese Lehrgänge werden in Deutsch und Englisch als offene Programme angeboten oder als «in-house»-Veranstaltungen für Kanzleien und Rechtsabteilungen.

<sup>1</sup> Anstelle vieler: General Counsel Roundtable research: GCR Business Alignment Survey 2005.

helfen auch, die eigene Kanzlei wie ein Unternehmen zu führen. Dies wird angesichts des stetig zunehmenden Wettbewerbs und der immer stärker spürbaren strukturellen Veränderungen im Anwaltsmarkt immer wichtiger. Die anwaltliche Beratung und Vertretung ist in der Schweiz ein Milliardengeschäft. Schätzungen schliessen auf ein Marktvolumen von beinahe CHF 3,5 Mrd.,<sup>2</sup> das jährlich um rund 3% wächst<sup>3</sup>. Sahen sich Anwälte und Kanzleien noch vor ein paar Jahrzehnten als Berufene in einer vorwiegend von hohen Idealen geprägten Profession, hat sich in jüngerer Zeit bei vielen Kolleginnen und Kollegen das Selbstverständnis ausgebildet, Geschäftsleute und Unternehmer zu sein. Zeichen dieser Ökonomisierung sind unter anderem die zahlreichen Zusammenschlüsse und Neugründungen – oft als sogenannte Spin-Offs – von Kanzleien in den USA, in Grossbritannien oder in Deutschland. Dadurch sind Kanzleien entstanden, die häufig mehrere Hundert oder in einigen Fällen sogar mehrere Tausend

Berufsträger umfassen. Unternehmensverfassung und Organisation solcher Kanzleien unterscheiden sich nicht mehr wesentlich von jenen anderer grosser Dienstleistungsunternehmen. Zwar ist der Schweizer Markt von dieser Entwicklung bisher nur eher schwach betroffen. Auch kleinere und – im internationalen Vergleich – mittelgrosse Kanzleien kommen aber nicht umhin, sich wie ein Unternehmen zu organisieren. Das gelingt wohl jenen am besten, die über tüchtige Partner verfügen, die mit der Funktionsweise von Unternehmen und den Grundsätzen der Unternehmensführung vertraut sind.

## II. Welche Kenntnisse sind wichtig?

Die in der Anwaltspraxis besonders wichtigen betriebswirtschaftlichen Kenntnisse lassen sich in sieben Themen zusammenfassen:



Abb 1: Übersicht über notwendige betriebswirtschaftliche Kenntnisse von Anwälten

2 MICHAEL HÜPPI, Erfolgreich im Krisenjahr, Swiss Equity Magazin 1/2010, S. 29.

3 Mitgliederstatistik SAV über die letzten zehn Jahre, [http://www.swisslawyers.com/de/04\\_sav/04\\_Mitgliederstatistik/00\\_mitgliederstatistik.htm](http://www.swisslawyers.com/de/04_sav/04_Mitgliederstatistik/00_mitgliederstatistik.htm)

## Strategieentwicklung

Strategie ist die Festlegung mittel- und langfristiger Zielsetzungen des Unternehmens und von dessen Positionierung im Markt.<sup>4</sup> Strategische Überlegungen sind die unerlässliche Basis für M&A-Transaktionen, für Kapitalbeschaffungsmassnahmen oder für die Strukturierung bzw. Restrukturierung von Unternehmen. Sie sind aber auch notwendig, wenn es um die Entwicklung von Märkten und die damit verbundene Konzipierung von Vertriebsstrukturen und -prozessen geht, um die Erarbeitung eines Schutzrechtskonzepts oder etwa um die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Unternehmen und Mitarbeitenden.

Auch für die Entwicklung der Kanzlei ist eine Strategie zwingend: Wie soll die Kanzlei im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern positioniert sein? Welche Dienstleistungen will sie anbieten? Soll die Kanzlei alle angebotenen Dienstleistungen selber «produzieren» oder stellt sie bei einem Teil ihres Sortiments auf Kooperationspartner ab? Welche Mandanten möchte die Kanzlei ansprechen? Will sie aus einem Standort heraus operieren oder ist eine Präsenz in mehreren Märkten das Ziel? Welche Wachstumsziele gelten für die Kanzlei, und wie sollen diese erreicht werden?

## Marketing

An erster Stelle im Marketing steht die Erkennung der Kundenbedürfnisse. Das ist die Basis für die Entwicklung von Lösungen für diese Bedürfnisse. Marketing bedeutet aber auch, Kunden zu möglichst homogenen Kundensegmenten so zusammenzufassen, dass rentable Geschäftsbeziehungen möglich sind. Schliesslich gehören selbstverständlich auch die Akquisition von Kunden, die Kommunikation mit ihnen und die Pflege bestehender Kundenbeziehungen zum Marketing des Unternehmens. Sowohl die Entwicklung von Produkten und Dienstleistungen als auch die Kommunikation im Markt oder etwa die Gestaltung der vertraglichen Beziehungen mit Lieferanten und Kunden bieten zahlreiche juristische Herausforderungen, die von den damit beauftragten Anwälten umso besser bewältigt werden können, als diese über ein integratives Verständnis von Marketing verfügen.

Für die Kanzlei ist in erster Linie wichtig, die Bedürfnisse ihrer potenziellen oder bestehenden Mandanten zu erkennen. Gestützt darauf können dann massgeschneiderte Lösungen erarbeitet oder Dienstleistungen zu eigentlichen Lösungspaketen geschnürt werden. Es stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage, ob und wie weit Dienstleistungen standardisiert werden können (Kosten und Qualitätssicherung!). Und: Wie lassen sich neue Mandanten gewinnen? Wie kann für bestehende Mandanten ein Mehrwert geschaffen werden, der die Mandantenbindung stärkt? Zu guter Letzt: Es müssen Wege gefunden werden, wie effektiv und effizient mit Mandanten kommuniziert werden kann.

## Geschäftsmodell (Business Engineering)

Eine einmal gewählte Strategie muss in ein funktionierendes Geschäftsmodell gegossen, «auf den Boden gebracht» werden. Das ist eine grosse Herausforderung für jedes Unternehmen. Davon hängt letztlich ab, ob eine Strategie erfolgreich ist. In einem ersten Schritt muss ein Prozessmodell erarbeitet werden, das die Strategie möglichst gut abbildet. In einem zweiten Schritt ist dann zu fragen, welche Systeme zur Verfügung stehen müssen, um die Prozesse im Unternehmen effizient und effektiv abwickeln zu können. Namentlich das Design der Unternehmensstruktur, aber auch wichtige Fragen rund um die Gestaltung der Beziehungen des Unternehmens mit Partnerunternehmen im Wertschöpfungsprozess erfordern einiges an betriebswirtschaftlichen Kenntnissen des mit solchen Fragen befassten Anwalts.

Das Geschäftsmodell einer Kanzlei sollte einer dreifachen Logik folgen: Fachkompetenz, Industrie-Kompetenz, Qualität. Die Fachkompetenz wird in der Regel über Practice Groups abgebildet, die Industrie-Kompetenz über die Zuordnung von Anwältinnen und Anwälten zu Sector Groups, welche mit den ihnen zugeordneten Mandanten und deren Fragestellungen im Markt (Produkte, Kunden, Lieferanten, Wettbewerber, Märkte) besonders gut vertraut sind. Über die dritte Organisations-Dimension schliesslich wird Qualitätssicherung betrieben. Es resultiert ein Prozessmodell für die Kanzlei, und es wird klar, mit welchen Systemen (IT, Räumlichkeiten, etc.) die Prozesse unterstützt werden müssen.

## Risiko Management

Für Unternehmen manifestieren sich rechtliche Aspekte ihrer Tätigkeit oft als Risiken. Eine moderne Sicht versteht die Funktionen Rechtsdienst und Compliance daher als Teil der sogenannten Assurance-Funktionen des Unternehmens, wozu auch etwa das IKS, die Interne Revision oder das klassische Risikomanagement gehören.<sup>5</sup> Die Funktionen Recht und Compliance müssen deshalb in einen alle Unternehmens-Risiken umfassenden Risiko-Management-Prozess eingebettet sein. Die Schnittstellen zu den anderen Assurance-Funktionen müssen definiert und es muss festgelegt werden, wie die Erkenntnisse aus dem Management rechtlicher Risiken mit den Erkenntnissen der anderen Assurance-Funktionen qualitativ und quantitativ zu einer Grundlage für die Gesamtrisikobeurteilung der Führungsorgane verknüpft werden können. Für den mit der Beratung des Unternehmens betrauten Anwalt bedeutet dies, dass er in einen überaus anspruchsvollen Führungs- und Entscheidungsprozess des Mandanten eingebunden ist. Der Anwalt, der der Unternehmensführung hilft, risikogeneigte Entscheidungen korrekt zu treffen, wird dann besonders erfolgreich sein, wenn er das zur Diskussion stehende Risiko in all seinen Facetten – nicht nur aus rechtlicher Perspektive – versteht.

4 MARKUS HARTUNG, Strategische Ausrichtung von Kanzleien, in: Claudia Schieblon (Hrsg.), Kanzleimanagement in der Praxis, Wiesbaden 2011, S. 25.

5 LEO STAUB, Legal und Compliance als «Assurance»-Funktionen im Unternehmen, Euroforum, Newsletter 2/2010, Düsseldorf, S. 9.

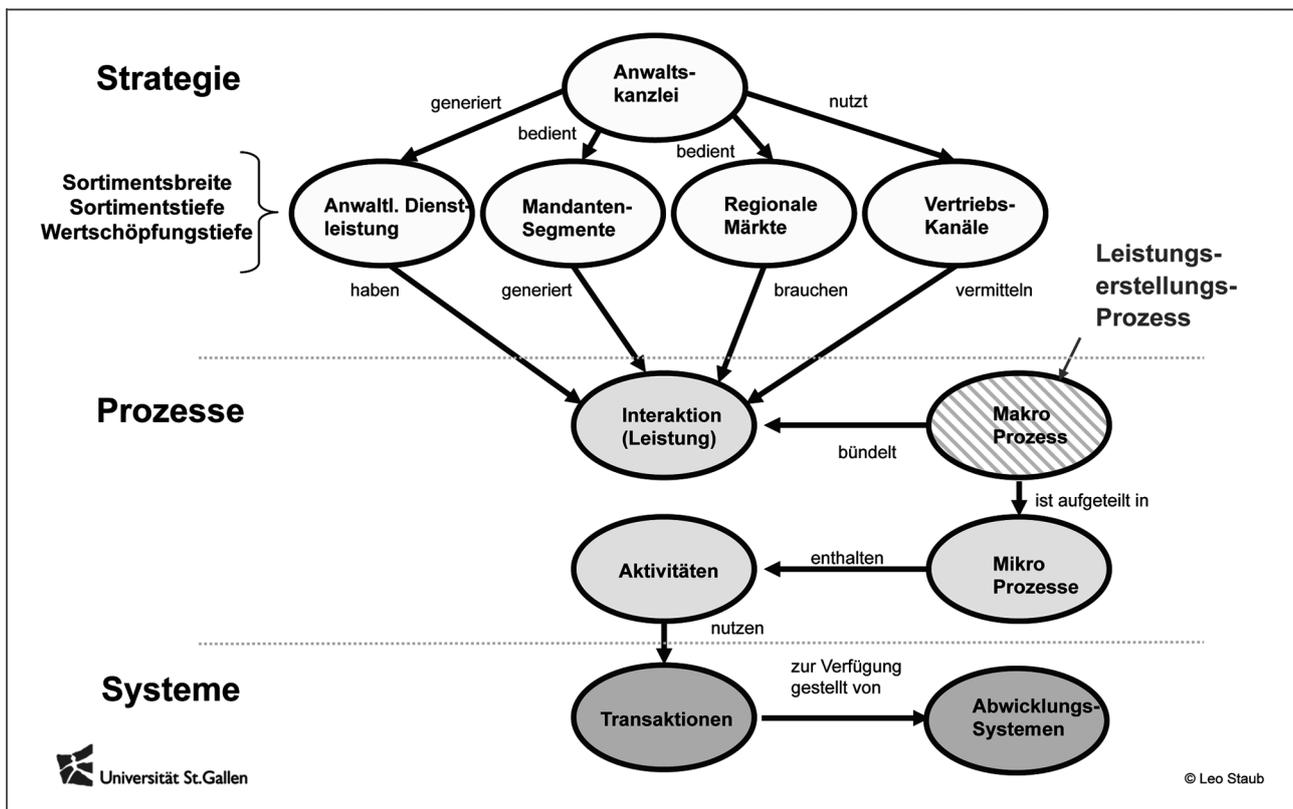


Abb 2: Schematische Darstellung des Geschäftsmodells einer Anwaltskanzlei in Anlehnung an Gutzwiller, 2010.

Anwälte haften – entweder persönlich oder in den Fällen, in denen sie in einer Kapitalgesellschaft organisiert sind, mit dem Gesellschaftsvermögen – für Schäden, die aus unsorgfältiger Beratung oder Vertretung ihrer Mandanten entstehen. Besonders heikel kann die Abgabe von sogenannten «Legal Opinions» durch einen Angehörigen der Kanzlei sein. Diese werden von Unternehmen ja gerade deshalb eingeholt, um im Falle der Realisierung eines Risikos einen Mit-Hafter zu haben. Es wird also wesentlich darauf ankommen, dass besonders risikoreiche Dienstleistungen der Kanzlei einen eigentlichen Risikomanagement-Prozess durchlaufen, der hilft, entsprechende Risiken zu beschränken.

### Leadership

Zur Führung eines Unternehmens gehört auch «Good Leadership» von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Führungsteam. Ausgehend von der Persönlichkeitsstruktur der einzelnen Führungspersönlichkeiten müssen in jedem Unternehmen Grundsätze für die Teamführung entwickelt werden. Deren Anwendung soll zu einer starken Unternehmenskultur führen, die im Dienste der gewählten Strategie steht. Die Attraktivität des Unternehmens als Arbeitgeber hängt wesentlich davon ab, ob es gelingt, eine solche Führungs- und Zusammenbeitskultur zu schaffen. Es gelingt einem Anwalt nur dann, eine dauerhafte und vertrauensvolle Mandantenbeziehung mit einer Unternehmensführung zu pflegen, wenn er es schafft, sich im Einklang mit der betreffenden Unternehmenskultur zu bewegen.

In einer Anwaltskanzlei sind die Bedingungen, unter denen «Good Leadership» etabliert werden muss, besonders anspruchsvoll. Die Partner einer Kanzlei sind nämlich nicht nur deren wichtigste «Sachbearbeiter». Oft erfüllen sie auch Führungsaufgaben. Immer aber sind sie (Mit-)Eigner der Kanzlei. Diese Dreifach-Rolle stellt hohe Anforderungen an die Zusammenarbeit und die Kultur einer Kanzlei. Kommt hinzu, dass gerade junge Leute ein feines Gespür für die Führungskultur in ihrer Kanzlei haben. Sie werden sich schnell eine andere Stelle suchen, wenn in diesem Punkt ihr Arbeitsumfeld nicht stimmig ist.

### Soft Skills

Anwältinnen und Anwälte müssen heute über eine Vielzahl von Fertigkeiten – oder eben sogenannten Soft Skills – verfügen, um ihre Aufgaben in der Interaktion mit Mandanten gut zu erfüllen. Dazu gehören beispielsweise Kenntnisse im Projektmanagement, in Kommunikation und Präsentation, im «Verkauf», in der Visualisierung textlastiger Kommunikationsinhalte oder in Verhandlungsmethoden (vor allem bei Verhandlungen unter Druck und in Extremsituationen). Indem einschlägige Rekrutierungskriterien definiert werden und gezielte Trainings in den wichtigsten Skill-Themen stattfinden, können die notwendigen Voraussetzungen für den Erwerb dieser im Anwaltsgeschäft zentralen Fähigkeiten geschaffen werden.

## Accounting und Finance

Unternehmen werden heute auf der obersten Führungsebene (unter anderem) mit ausgefeilten Kennzahlen-Systemen geführt. Das Verständnis von Begriffen wie Cash-flow, EBIT, Asset-and-Liability-Management oder Revenue-Sharing wird in Diskussionen von Führungskräften mit ihren Anwälten als völlig selbstverständlich vorausgesetzt. Wirtschaftsanwälte ohne Finanzkenntnisse sind deshalb heute kaum mehr vorstellbar. Qualifizierte juristische Arbeit für ein Unternehmen ist nur möglich, wenn die mandatierten Anwälte einen Geschäftsbericht lesen, eine Bilanz oder eine Erfolgsrechnung interpretieren können. Besonders wichtig ist das Verständnis für die gängigsten Kennzahlen. Ausserdem sollten insbesondere Anwälte, die im M&A-Geschäft tätig sind, die Mechanismen der Unternehmensfinanzierung verstehen und mit den Methoden der Unternehmensbewertung vertraut sein.

In einer Kanzlei, die zunehmend auch als kommerzielles Unternehmen gesehen wird, werden an die «Rechnungslegung» und an das Controlling immer höhere Anforderungen gestellt. Die Partnerversammlung möchte Transparenz über Kosten und Leistungen der Kanzlei, ihrer Fachgruppen oder sogar einzelner Kanzleiangehöriger. Es werden sogenannte Key Performance Indicators (Kriterien für die Beurteilung der Leistung von Anwälten) eingeführt, und die Kanzlei wird ein auf sie zugeschnittenes finanzielles Reporting entwickeln müssen.

### III. Zusammenfassung und Schlussfolgerung

Anwälte müssen sich betriebswirtschaftliche Kenntnisse aneignen, um die Probleme und die Sprache ihrer Mandanten zu verstehen und um in einem härter werdenden Wettbewerb als Unternehmer erfolgreich sein zu können. Immer mehr Anwälte und

Kanzleien investieren deshalb in die betriebswirtschaftliche Weiterbildung. Renommiertere Kanzleien wie Freshfields Bruckhaus Deringer<sup>6</sup> oder Hengeler Mueller<sup>7</sup> in Deutschland, aber auch beispielsweise Bär und Karrer<sup>8</sup> in der Schweiz, setzen auf die Zusammenarbeit mit universitären Anbietern und offerieren ihren Associates ausgebaute Weiterbildungsprogramme, teilweise gar gekoppelt mit der Möglichkeit, einen anerkannten Weiterbildungsabschluss zu erreichen. Andere nutzen offen zugängliche Nachdiplomstudiengänge in Betriebswirtschaft.

Die Beseitigung von Ausbildungsdefiziten durch gezielte Weiterbildung ist indes mit nicht zu unterschätzenden Opportunitätskosten verbunden. Zu den oft hohen Kursgebühren für hochwertige Lehrgänge kommt ja der Honorarausfall. Letzterer ist in der Regel gar bedeutend höher als die Rechnung der Universität für den gebuchten Lehrgang. Es ist deshalb entscheidend, dass das belegte Weiterbildungsprogramm exakt auf die Bedürfnisse von Anwältinnen und Anwälten zugeschnitten ist. Der Lehrziel-Mix zwischen «Kennenlernen der Funktionsweise von Unternehmen» und «Vermitteln der Managementgrundsätze für Anwaltskanzleien» muss stimmen. Und: Der Lehrgang muss so angelegt sein, dass er wirklich berufsbegleitend absolviert werden kann. Das bedeutet, dass auf intensive Phasen des Lernens (Blockunterricht) jeweils wieder Phasen folgen, in denen sich der Absolvent voll auf die Mandatsarbeit konzentrieren kann. Eine Weiterbildung, die sich an diesen Eckwerten orientiert, ist dann aber ein immenser persönlicher Gewinn für jeden Anwalt/jede Anwältin und eine unabdingbare Voraussetzung für den nachhaltigen Erfolg einer unternehmerisch geführten Kanzlei. ■

6 <http://stepintothecircle.com/contentTwo.aspx?mid=32&parentId=6>

7 <http://www.hengeler.com/karriere/hm-akademie-st-gallen/>

8 <http://www.baer-karrer.ch/contents/index/mid/34/lang/de>

## Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter

**Qui haeret in littera, haeret in cortice.** Wer am Buchstaben haftet, haftet an der Hülle. Bei der Auslegung von Texten darf nicht nur der Wortlaut, sondern muss auch der Sinn berücksichtigt werden.

**Donare est perdere.** Schenken ist verlieren. Eine Schenkung ist endgültig.

**Verum tace-re et falsum asserere paria sunt.** Die Wahrheit verschweigen und etwas Falsches versichern ist das Gleiche.

**Aucupia verborum sunt iudicis indigna.** Wortklaubereien sind eines Richters unwürdig.

**Turpitudinem suam nemo detegere tenetur.** Niemand ist verpflichtet, seine eigene Schandtät aufzudecken.

**Cogitationis poenam nemo patitur.** Gedanken sind straffrei. Dig. 48, 19, 18 (Ulpian). H. P. Glöckner, Cogitationis ... (Frankfurt am Main 1989).

**Veritas convicii non excusat injuriam.** Wahrheit einer Schmähere entschuldigt eine (in ihr enthaltene) Beleidigung nicht. S. Cod. Just. 9, 35, 5 (Diokletian).

**Commercium jure gentium commune esse debet.** Der Handel muss nach Völkerrecht allen offenstehen. Er darf weder monopolisiert noch einzelnen vorbehalten sein. S. Dig. 1, 1, 5 (Hermogenian).

**Si judicas, cognosce; si regnas, jube.** Wenn du richtest, erkenne; wenn du regierst, befiehl. Der Richter hat keine gestaltende, sondern nur eine erkennende Aufgabe.

**Testibus, non testimoniis creditur.** Man glaubt den Zeugen, nicht den Aussagen. Zur Beurteilung eines Zeugnisses muss der Richter sich einen Eindruck von dem betreffenden Zeugen verschaffen; eine isolierte Beurteilung nur der Aussage genügt nicht. S. Dig. 22, 5, 3 § 3 g. A. (Callistrat unt. Berf. a. Hadrian).

Aus: Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7., vollständig überarbeitete und verbesserte Auflage 2007. 303 S., gebunden, C.H. Beck, ISBN 978-3-406-56294-5. Zusammengestellt, übersetzt und erläutert von Detlef Liebs, unter Mitarbeit von Hannes Lehmann, Praxedis Möring und Gallus Strobel. [www.chbeck.de](http://www.chbeck.de)

## ■ Verfassungsrecht/Droit constitutionnel (I)

### **Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 189 Abs. 1 DBG i.V.m. Art. 333 Abs. 6 lit. a StGB; Rechtshilfe in Strafsachen an die USA, Verjährung**

Geht es somit um einen Steuerbetrug gemäss Art. 186 Abs. 1 DBG, beurteilt sich die Frage der Verjährung nach Art. 189 DBG. Danach verjährt die Strafverfolgung nach Ablauf von zehn Jahren, seitdem der Täter die letzte strafbare Tätigkeit ausgeführt hat (Abs. 1). Die Verjährung wird durch jede Strafverfolgungshandlung gegenüber dem Täter, dem Anstifter oder dem Gehilfen unterbrochen. Die Unterbrechung wirkt gegenüber jeder dieser Personen. Mit jeder Unterbrechung beginnt die Verjährungsfrist neu zu laufen; sie kann aber insgesamt nicht um mehr als fünf Jahre hinausgeschoben werden (Abs. 2). Die absolute Verjährungsfrist beträgt somit 15 Jahre.

Das Verjährungsrecht wurde mit Bundesgesetz vom 5. Oktober 2001, in Kraft getreten am 1. Oktober 2002, geändert. Damit wurde eine Bestimmung in das Strafgesetzbuch aufgenommen, welche heute – nach der neuerlichen Revision des Strafgesetzbuches – in Art. 333 Abs. 6 StGB enthalten ist (vgl. *Roland Wiprächtiger*, in: Basler Kommentar Strafrecht, 2. Aufl. 2007, N. 30 zu Art. 333 StGB). Danach gilt in anderen Bundesgesetzen bis zu ihrer Anpassung: a) die Verfolgungsverjährungsfristen für Verbrechen und Vergehen werden um die Hälfte (...) der ordentlichen Dauer erhöht; c) die Regeln über die Unterbrechung (...) der Verfolgungsverjährung werden aufgehoben. Die Strafverfolgung bei Steuerbetrug verjährt demnach nunmehr gemäss Art. 189 Abs. 1 DBG i.V.m. Art. 333 Abs. 6 lit. a StGB nach 15 Jahren. Art. 189 Abs. 2 DBG ist mit Art. 333 Abs. 6 lit. c StGB aufgehoben (*Andreas Donatsch*, in: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. II/2b, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Art. 83–222, 2. Aufl. 2008, N. 5 und 10 zu Art. 189 DBG).

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1C\_308/2010, 1C\_309/2010, 20.12.2010, X. und Y. SA c. Bundesamt für Justiz und Bundesstrafgericht; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung *Be*)

### **Art. 9 und 29 Abs. 1 und 3 BV; Unentgeltliche Rechtspflege**

Dass der Nachweis der Bedürftigkeit durch ein amtliches Formular zu erbringen ist, entspricht einer in der Schweiz weit verbreiteten Übung. Dieses Erfordernis kann sich jedoch als übertrieben formalistisch erweisen, wenn sich die Bedürftigkeit bereits aus den Akten ergibt. Die entscheidende Behörde darf daher die Beweismittel für die Feststellung der wirtschaftlichen Situation nicht formalistisch beschränken und einseitig nur einen amtlichen Beleg über die finanziellen Verhältnisse zulassen (vgl. BGE 125 IV 161 E. 4b S. 165; 120 Ia 179 E. 3a S. 181).

(I. sozialrechtliche Abteilung, 8C\_920/2010, 25.1.2011, C. c. Verwaltungsgericht von Appenzell Ausserrhoden; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

### **Art. 43 Abs. 1 BV; Stimmrechtsbeschwerde, Kostenregelung**

Aus Art. 34 Abs. 1 BV ergibt sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht, dass bei Abstimmungsbeschwerden der unterliegenden Partei weder Gerichts- noch Parteikosten auferlegt werden dürfen. So hat auch der Bundesgesetzgeber mit dem Erlass des am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Bundesgerichtsgesetzes und der Änderung von Art. 86 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte (SR 161. 1; BPR) die bis anhin für die Beurteilung von Stimmrechtsbeschwerden durch das Bundesgericht geltende Kostenfreiheit bewusst aufgehoben (BGE 133 I 141 E. 4.1; Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4305).

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1C\_327/2010, 13.1.2011, X. c. Gemeinde Freienbach und Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

### **Art. 29 Abs. 3 BV; Unentgeltliche Rechtspflege, Aussichtslosigkeit**

Beweismässige Abklärungen, die inhaltlich Gegenstand des Hauptsacheverfahrens bilden, dürfen nicht in das Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege «vorverlagert» werden; eine solche Vorverlagerung des eigentlichen Beweisverfahrens in das Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege widerspricht geradezu dem Sinn und Zweck der unentgeltlichen Rechtspflege und vereitelt diese (BGE 101 Ia 34 E. 2 S. 37; Urteil 5A\_112/2008 vom 14. April 2008 E. 3.3; *Stefan Meichssner*, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, 2008, S. 106 mit Hinweisen). Vorliegend hat die Vorinstanz die Aussichtslosigkeit nicht anhand von Akten und Rechtsmittelbegründung beurteilt, sondern erst nach weiteren beweismässigen Abklärungen, die thematisch der Hauptsache zuzurechnen sind.

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A\_637/2010, 25.1.2011, X. c. Obergericht des Kantons Solothurn; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

## ■ Verwaltungsrecht/Droit administratif (II)

### **Art. 90 et 91 LTF; Autorisation de construire**

Les conclusions de la recourante sont irrecevables en tant qu'elles sont dirigées, sur le fond, contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 27 août 2008. En effet, tant la commission que le Tribunal administratif ont refusé d'entrer en matière à ce stade, la question pouvant être examinée dans le cadre d'un recours contre l'autorisation de construire. La recourante critique cette appréciation en invoquant son droit d'accès au juge, perdant toutefois de vue que le refus d'entrer en matière n'est pas définitif.

L'arrêt attaqué ne porte pas sur un permis de construire définitif mais sur une autorisation préalable concernant l'implantation, la destination, le gabarit, le volume et la dévestiture du bâtiment. Point n'est toutefois besoin d'examiner si le recours devrait être déclaré irrecevable en raison de la nature de cette décision (cf. arrêt 1C\_86/2008 du 10 juillet 2008), car l'arrêt at-

taqué revêt plus clairement encore le caractère d'une décision incidente contre laquelle un recours immédiat n'est pas ouvert. Le Tribunal administratif s'est exclusivement prononcé sur l'obligation d'adopter un PLQ au regard de l'art. 2 al. 2 let. c LGZD. Ayant nié l'existence d'une telle obligation, il a renvoyé la cause à la commission afin que cette dernière examine les autres griefs soulevés par la recourante à l'encontre de l'autorisation préalable. L'arrêt attaqué ne met donc pas fin à la procédure d'autorisation de construire introduite par l'intimé et s'analyse comme une décision de renvoi (ATF 134 II 124 et autres). De telles décisions revêtent en règle générale un caractère incident et, sous réserve de celles qui tombent dans le champ d'application des art. 92 et 93 LTF, ne sont pas susceptibles d'être attaquées immédiatement alors même qu'elles tranchent de manière définitive certains aspects de la contestation lorsque, comme en l'espèce, ceux-ci ne peuvent être considérés comme indépendants des points encore litigieux au sens de l'art. 91 let. a LTF (ATF 134 II 124 et autres). Par ailleurs, la commission de recours, appelée à statuer à nouveau, conserve une pleine latitude de jugement quant au sort des griefs invoqués par la recourante à l'appui de ses conclusions en annulation de l'autorisation de construire (cf. supra).

(1<sup>re</sup> Cour de droit public, 1C\_501/2010, 27.1.2011, République fédérale d'Allemagne, Mission permanente c/ Département des constructions et des technologies de l'information GE; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

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

#### Art. 127 und 130 Abs. 1 OR; Arbeitsvertrag, Genugtuung, Verjährung (Bestätigung der Rechtsprechung)

Die Annahme, vertragliche Schadenersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung würden nicht bereits mit der Pflichtverletzung, sondern erst mit Schadenseintritt fällig, womit die Verjährung erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginne, würde nicht nur das Institut der Verjährung aushöhlen, indem der Vertragspartner bei Eintritt weiteren Schadens auch nach Jahren noch neue Schadenersatzansprüche geltend machen könnte (vgl. *Voser*, a.a.O., S. 126). Sie hätte in letzter Konsequenz zur Folge, dass mangels Fälligkeit kein vertraglicher Schadenersatz für erst in der Zukunft entstehenden Schaden eingeklagt werden könnte und in zeitlichen Abständen der jeweils eingetretene Schaden geltend gemacht werden müsste. Dies erscheint nicht sinnvoll und wäre praktisch kaum durchführbar (vgl. *Brehm*, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2006, N. 8 Vorbemerkungen zu Art. 45 und 46 OR; *Matthias Leemann*, Die Rente als Art des Schadenersatzes im Haftpflichtrecht, 2002, S. 26 f.). Insoweit besteht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen kein Grund, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen und vertragliche Schadenersatzansprüche anders zu behandeln als ausservertragliche. Die abweichenden Vorschriften betreffen die Verjährung, nicht die Fälligkeit der Ansprüche. Sofern im Zeitpunkt der positiven Vertragsverlet-

zung für alle Beteiligten erkennbar ist, welcher Schaden in welcher Frist auftreten wird, führt der mit der Vertragsverletzung einsetzende Fristenlauf der Verjährung denn auch zu keinen wesentlichen Schwierigkeiten, selbst wenn der Schaden erst lange nach Ablauf der Verjährungsfrist eintritt, da dieser zukünftige Schaden abgeschätzt, eingeklagt und zugesprochen werden kann. In derartigen Fällen besteht objektiv kein Grund, mit der Schadensliquidation bis zum Schadenseintritt zuzuwarten.

Aus BGE 130 III 591 E. 3.1 S. 597 kann nichts Anderes abgeleitet werden. Dort wurde zwar festgehalten, der vertragliche Schadenersatzanspruch aus Schlechterfüllung entstehe nicht schon mit der Schlechterfüllung der Schuld, sondern erst mit dem Eintritt des Schadens und könne folglich auch erst in diesem Zeitpunkt fällig werden. In diesem Entscheid ging es indessen um die Frage, ob und ab wann Verzugszins geschuldet ist, wobei dem Zeitpunkt, auf welchen der Schaden berechnet wurde, massgebende Bedeutung zukam. Dieser Zeitpunkt richtet sich nach prozessualen Gegebenheiten (vgl. *Leemann*, a.a.O., S. 42 mit Hinweisen). Er kann für den Beginn der Verjährung nicht massgebend sein.

Durch das Abstellen auf den Zeitpunkt der Pflichtverletzung als Beginn der Verjährung werden einerseits Wertungsdiskrepanzen zum ausservertraglichen Haftpflichtrecht vermieden. Andererseits erweist sich der vertragliche Schadenersatzanspruch als Folge des nicht vertragsgemässen Verhaltens der Gegenpartei. Das Recht, von dieser die Erfüllung der vertraglichen Pflichten zu verlangen – das heisst im konkreten Fall: für die dem damaligen Wissensstand entsprechenden Schutzmassnahmen bei Arbeiten mit Asbest zu sorgen –, wird bereits in dem Moment fällig, in dem die allfällige Pflichtverletzung erfolgt (vgl. BGE 106 II 134 E. 2d S. 139). Ab diesem Zeitpunkt kann der Gläubiger vom Schuldner Ersatz für den aus der Pflichtverletzung entstandenen Schaden verlangen. Insgesamt besteht für das Bundesgericht kein Anlass, von seiner Rechtsprechung zum Beginn der Verjährung vertraglicher Schadenersatzansprüche abzuweichen.

(II. zivilrechtliche Abteilung, 4A\_249/2010, 16.11.2010, A.X. und B.X. c. Y. AG und Obergericht des Kantons Aargau; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung Be)

#### Art. 398 al. 2 CO; Contrat de mandat

Le recourant reproche à l'avocat de ne pas avoir détecté l'imprécision de la seconde attestation, parvenant au montant de 468 201 fr.25, qui a été versé à la procédure.

Il ressort cependant des constatations cantonales – qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) – que le recourant a été rendu attentif, lors de son audition par le juge, au fait qu'il devait actualiser son attestation concernant l'avoir de prévoyance professionnelle accumulé pendant le mariage. Il a pris contact avec son institution de prévoyance et il a reçu la deuxième attestation, soit celle qui a fondé le jugement de première instance. Le recourant était mieux placé que quiconque pour savoir qu'il avait été précédemment affilié à la Caisse fédérale d'assurance et il avait nécessairement reçu, en son temps, un document indiquant le transfert de sa prestation de libre passage. Il aurait donc dû, avant toute chose, se poser la question du sort de cet avoir transféré. Au lieu

de cela, il a transmis la deuxième attestation à son avocat sans aucune observation ou réserve. A la lecture de ce document, l'avocat ne pouvait pas détecter que le montant indiqué contenait des avoirs antérieurs au mariage. En effet, l'institution de prévoyance avait indiqué le 1<sup>er</sup> mai 1993 comme début de l'assurance. Or, sachant que les époux se sont mariés le 24 juillet 1992, l'avocat devait en déduire logiquement que l'avoir auprès de cette institution d'assurance avait commencé à être constitué le 1<sup>er</sup> mai 1993, soit après la conclusion du mariage. Rien ne lui permettait de penser qu'un avoir constitué auprès d'une autre institution avait été précédemment transféré. Il faut d'ailleurs observer, à titre corroboratif, que le juge du divorce a statué sur la base de ce document, ce qui montre que lui-même, pas plus que le recourant ou l'avocat, n'avaient conçu le moindre doute à la lecture de ce document. Pendant toute la procédure de divorce, en première instance et en appel, l'avocat a ignoré que le chiffre avancé était inexact et ceci sans que l'on puisse lui reprocher la moindre inattention, notamment dans l'examen de la pièce qui lui avait été remise.

(I<sup>re</sup> Cour de droit civil, 4A\_446/2010, 1.12.2010, AX. C/ Y; arrêt non publié dans le RO. – condensé *Bü*)

#### Art. 420 ZGB; Legitimation zur Vormundschaftsbeschwerde

Es ist nicht undenkbar, dass eine Bank bzw. der zuständige Bankangestellte je nach Konstellation eine nahestehende und damit beschwerdelegitimierte Person ist. Das Näheverhältnis kann auch über den Beruf derjenigen Person vermittelt werden, welche Vormundschaftsbeschwerde führen will. Eine genügende Nähebeziehung wird bei einer blossen Konto- und Depotführung ohne besonders engen Kontakt allerdings nicht angenommen werden dürfen. Hingegen kommen Fälle intensiverer Begleitung vor, bei denen die Qualifikation der Bank bzw. des zuständigen Bankangestellten als nahestehende Person nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint. Dies kann etwa der Fall sein bei einer langjährigen und umfassenden Finanzplanung für die betroffene Person und ihre Angehörigen (z.B. Nachfolgeregelung).

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A\_645/2010, 27.12.2010, Bank X. c. Obergericht des Kantons Bern; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

#### Art. 272 al. 1 ch. 1 LP; Séquestre

L'autorité précédente – tout comme le premier juge – a perdu de vue qu'un jugement étranger même dépourvu d'exequatur constitue un titre pouvant servir de moyen de preuve (*Donzallaz*, La Convention de Lugano, vol. II, 1997, n° 1824; *Dutoit*, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4<sup>e</sup> éd., 2005, art. 25 n° 2; *Knoepfler et alii*, Droit international privé suisse, 3<sup>e</sup> éd., 2005, n° 708; *Stojan*, Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in Handelssachen, 1986, p. 188, avec d'autres références). Il est donc faux de déduire de l'absence d'exequatur – pour un motif tiré d'un vice dans la notification de l'acte introductif d'instance (art. 27 ch. 2 CL) – la conclusion que la prétention alléguée à l'appui de la réquisition de séquestre n'a pas été rendue vraisemblable sous l'angle de l'art. 272 al. 1 ch. 1

LP. C'est au juge du séquestre – aspect relevant de la *lex fori* suisse (*Bucher/Bonomi*, Droit international privé, 2<sup>e</sup> éd., 2001, p. 52 n° 207) – qu'il appartient d'apprécier la valeur probante d'un pareil titre (*Stojan*, *ibidem*).

(II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 5A\_501/2010, 20.1.2011, X. SA c/ République d'Irak; arrêt non publié dans le RO. – condensé *Bü*)

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

##### Art. 93 al. 1 let a LTF; Changement de défenseur d'office

Selon la jurisprudence, le refus de désigner un avocat d'office au prévenu est susceptible de lui causer un dommage irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF (ATF 133 IV 335 et autres). En revanche, la décision ayant pour objet de refuser un changement de défenseur d'office n'entraîne en principe aucun préjudice juridique, car le prévenu continue d'être assisté par le défenseur désigné et l'atteinte à la relation de confiance n'empêche en règle générale pas dans une telle situation une défense efficace (ATF 133 IV 335). L'existence d'un tel dommage ne peut être admise que dans des circonstances particulières faisant craindre que l'avocat d'office désigné ne puisse pas défendre efficacement les intérêts du prévenu, par exemple en cas de conflit d'intérêts ou de carences manifestes de l'avocat désigné (cf. réf. citées).

En l'espèce, le recourant continue d'être assisté par le défenseur qui lui a été désigné en 2003, de sorte qu'il ne subit en principe pas de préjudice juridique. De plus, l'autorité a accepté un premier changement d'avocat d'office en désignant M<sup>e</sup> B. à la demande du recourant, si bien qu'on ne saurait lui reprocher d'avoir totalement fait abstraction du choix du prévenu. Celui-ci ne fait du reste pas valoir de motifs objectifs permettant de considérer que l'autorité aurait fait preuve d'arbitraire en rejetant sa nouvelle requête de changement d'avocat. Il se prévaut certes d'un rapport de confiance avec M<sup>e</sup> E. et de motifs rendant plus commode la consultation de ce dernier, à savoir la proximité géographique de son étude et le fait qu'il puisse s'exprimer en allemand avec lui. Cela étant, il n'avance pas d'éléments particuliers qui feraient redouter que l'avocat désigné ne soit pas en mesure d'assurer une défense effective de ses intérêts. Dans ses observations, M<sup>e</sup> B. ne fait du reste pas état de difficultés de communication avec son client et il ne mentionne pas de problèmes particuliers dans l'exécution de ce mandat d'office. Pour le surplus, même si l'on devait admettre que la proposition du recourant est raisonnable et fondée sur des motifs objectifs, cela ne suffit pas pour qualifier le refus litigieux d'arbitraire. Au demeurant, c'est au recourant qu'il appartient d'apporter la démonstration de l'arbitraire, dans une argumentation répondant aux exigences déduites des art. 42 al. 2 et 106 al. 2 LTF, ce qu'il ne fait aucunement. Il ne se plaint pas non plus explicitement de formalisme excessif ou d'un défaut de motivation de la décision litigieuse et il ne soulève pas de grief à cet égard.

(I<sup>re</sup> Cour de droit public, 1B\_357/2010, 7.1.2011, A. c/ Procureur général VS; arrêt non publié dans le RO. – condensé *Bü*)

### Art. 78 Abs. 1 und 93 Abs. 1 lit. a BGG; Entsigelung, Beschwerde in Strafsachen

Aus dem angefochtenen Entscheid und den Ausführungen in der Vernehmlassung der Vorinstanz geht klar hervor, dass nicht ein eigentlicher Entsigelungsentscheid in Frage steht, sondern eine blossere Vorbereitungshandlung dazu. Diese stellt, wie das Bundesgericht im Urteil 1B\_200/2007 vom 15. Januar 2008 E. 2.3 dargelegt hat, keinen Zwischenentscheid mit drohendem, nicht wieder gutzumachendem Nachteil dar. Jenem Urteil lag das bereits in BGE 132 IV 63 beschriebene mehrstufige Verfahren zugrunde, das offensichtlich auch im Kanton Thurgau zur Anwendung kommt. Danach ist insbesondere zu gewährleisten, dass bei der Triage Dritte keine Detailkenntnisse über den Inhalt der Daten und Dokumente erhalten, bevor nicht über Zulässigkeit und Umfang der Entsigelung entschieden wurde. Es gibt keine Anzeichen, dass dies bei der vom Präsidenten der Anklagekammer angeordneten Sichtung nicht der Fall sein wird. Damit kann der angefochtene Entscheid aber keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken und sind die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG nicht erfüllt.

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B\_351/2010, 1B\_353/2010, 14.1.2011, X. c. Kant. Untersuchungsrichteramt Thurgau und Anklagekammer des Kantons Thurgau; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

### Art. 92 al. 1 LTF; Transmission de la procédure au Tribunal pénal

Pour pouvoir faire l'objet du recours prévu à l'art. 92 al. 1 LTF, une décision séparée portant sur la compétence de l'autorité de jugement doit trancher définitivement la question. Tel n'est pas le cas d'une décision prise par l'autorité d'instruction sur la compétence territoriale des autorités suisses qui ne lie l'autorité de jugement ni en fait ni en droit et qui peut être remise en cause à titre préjudiciel aux débats (ATF 133 IV 288), respectivement d'une décision de renvoi en jugement à une juridiction que le prévenu tient à tort ou à raison pour incompétente (arrêt 1B\_275/2010 du 10 septembre 2010 et autres). En l'occurrence, la décision attaquée a pour seul effet de saisir le Tribunal pénal de la cause par anticipation. Cette saisine n'est pas définitive puisque l'autorité de jugement peut relever d'office son incompétence et qu'il est loisible aux recourants de soulever cette question aux débats s'ils tiennent le Tribunal pénal pour incompétent ou s'ils estiment qu'il a été saisi par une autorité non habilitée pour ce faire (cf. art. 339 al. 2 let. b et 3 CPP et autres références). La question de la compétence du Tribunal pénal pour statuer sur la procédure pénale n'est donc pas définitivement réglée par le transfert anticipé du dossier de la cause à cette autorité de sorte que le recours incident prévu à l'art. 92 LTF n'est pas ouvert.

(I<sup>re</sup> Cour de droit public, 1B\_7/2011, 14.1.2011, A., B., C. et D c/ Banque Cantonale de Genève, Etat de Genève, Ministère public de Genève; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bū)

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

#### Art. 69 LPGA; Coordination de prestations d'assurances, compétence à raison de la matière

On est en présence d'un litige qui a trait principalement à l'interdiction de la surindemnisation, respectivement au remboursement de prestations qu'une assurance (privée) a effectuées comme avances au profit du lésé et dont elle exige la restitution à une caisse de prévoyance au sens de la LPP. On ne peut pas affirmer qu'il existe un rapport de subordination entre les parties. Il n'est pas davantage possible de considérer que les intérêts en jeu sont différents selon qu'une action récursoire est intentée entre assureurs privés ou entre assureurs sociaux. Cela étant, tant l'interdiction de la surindemnisation – principe qui vaut en droit privé et désormais en droit des assurances sociales (cf. art. 69 LPGA) – que l'harmonisation et la coordination entre les divers régimes d'assurance existants impliquent l'instauration d'un droit de recours des institutions sollicitées, soumis aux mêmes principes juridiques, peu importe que les institutions en cause relèvent du droit privé ou droit public. Le choix de la voie de droit doit en conséquence dépendre du titre juridique sur lequel reposent les prétentions déduites en justice, plus exactement du domaine auxquelles appartiennent les normes sur lesquelles sont fondées les créances réclamées.

La réglementation concernant le remboursement des avances se trouve – en matière d'assurances sociales – à l'art. 71 LPGA. D'après cette disposition, l'assureur tenu de prendre provisoirement le cas à sa charge alloue les prestations selon les dispositions régissant son activité. Lorsque le cas est pris en charge par un autre assureur, celui-ci lui rembourse ses avances dans la mesure où elles correspondent aux prestations qu'il aurait dû lui-même allouer. En cas de concours de plusieurs prestations avec des prestations prévues par d'autres assurances sociales, l'art. 34a al. 2 LPP renvoie à l'art. 66 LPGA, qui prescrit que, sous réserve de surindemnisation, les rentes et les indemnités en capital des différentes assurances sociales sont cumulées (al. 1) et versées selon l'ordre prévu par son alinéa 2, soit l'AVS ou l'AI (let. a), l'assurance militaire ou l'assurance-accidents (let. b), la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité au sens de la LPP (let. c). Il appert ainsi que les règles portant sur le remboursement des avances se trouvent dans la LPP, respectivement dans la LPGA, c'est-à-dire dans le droit des assurances sociales, lequel fait partie intégrante du droit public. Il sied à ce stade de préciser que la prévoyance subobligatoire au sens de l'art. 49 LPP ressortit également au droit public (cf. arrêt 9C\_40/2010 du 6 octobre 2010).

A supposer que la demanderesse, forte d'une subrogation légale ou d'une cession, serait devenue titulaire des droits de l'assuré à l'endroit de la recourante reposant sur la LPP, l'intimée aurait été subrogée dans la position procédurale du cédant (i.e. l'assuré), de sorte que le différend compéterait à l'instance compétente en vertu de l'art. 73 al. 1 LPP. L'intimée ne prétend pas agir par ce mécanisme. En réalité, la demanderesse se réfère aux règles de coordination qui ont été instituées en droit des assurances sociales pour éviter la surindemnisation (cf. art. 63 ss

LPGA). Il faut en déduire que le titre juridique qui sous-tend l'action en justice qu'elle a exercée appartient au domaine du droit public. Quand bien même devrait-on qualifier de mixte l'action qu'elle a ouverte, il conviendrait d'empêcher que survienne une scission des voies de droit à disposition. Or les droits de recours, dont bénéficient les assurances privées ou sociales, contre des institutions de prévoyance enveloppantes doivent être qualifiés entièrement de conflits de droit public, car ils relèvent de normes du droit des assurances sociales, lequel droit constitue une branche du droit public. Il n'importe à cet égard que la querelle porte en partie sur des prestations subobligatoires qui, en elles-mêmes, devraient être classées dans le droit privé. En définitive, le présent litige appartient donc au droit public.

(I<sup>re</sup> Cour de droit civil, 4A\_503/2010, 20.12.2010, X. c/ Y. SA; arrêt non publié dans le RO. – condensé *Bü*)

### Art. 10 Abs. 1 und Art. 12 VGKE; Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes

Wird vom geltend gemachten Zeitaufwand von 19 Std. 15 Min. ausgegangen, resultiert bei der von der Vorinstanz zugesprochenen Entschädigung von CHF 1200.– auf die einzelne Stunde ein Honorar von rund CHF 60.–. Damit wird der Mindeststundenansatz gemäss VGKE von CHF 200.– deutlich unterschritten. Das gilt erst recht, wenn berücksichtigt wird, dass die zugesprochene Entschädigung auch den Auslagenersatz erfassen soll. Dieses ausgeprägte Missverhältnis zwischen Zeitaufwand und Entschädigung stellt grundsätzlich einen Rechtsfehler dar, welcher zu korrigieren ist.

Das gilt aber nur dann, wenn der geltend gemachte Zeitaufwand auch notwendig war, wie dies Art. 10 Abs. 1 VGKE verlangt. Es fehlt bislang an einer diesbezüglichen Würdigung durch das Bundesverwaltungsgericht. Die Kurzbegründung im angefochtenen Entscheid genügt nicht, zumal sie sich nicht mit dem in den vorinstanzlichen Rechtsschriften geltend gemachten Zeitaufwand auseinandersetzt.

(I. sozialrechtliche Abteilung, 8C\_797/2010, 11.1.2011, Dr. S. c. Bundesverwaltungsgericht; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

# DIE PRAXIS

## BUNDESGERICHT EGMR

Neben weiteren, nicht in der Amtlichen Sammlung publizierten Entscheiden sowie umfassenden Hinweisen auf die aktuellsten Leitentscheide des Bundesgerichts, die innerhalb der letzten Monate im Internet zugänglich gemacht worden sind, enthält die Februar-Ausgabe 2011 der **Praxis** Übersetzungen der unten aufgeführten BGE ins Deutsche.

BGE	Praxis	Gegenstand
136 I 254	Nr. 13	Sozialhilfe; Beschränkung des Anspruchs von Asylwerbenden und Personen mit illegalem Aufenthalt im Kanton auf Nothilfe (Kt. Waadt)
136 II 399	Nr. 15	Öffentlichkeitsgesetz; Informationszugang und bundesrätliches Mitberichtsverfahren
136 II 405	Nr. 14	Grundstückwerb durch Personen im Ausland; Wohnsitz
136 III 334	Nr. 20	Versicherungsvertrag; Anzeigepflichtverletzung; weit zurückliegender gelegentlicher Cannabis-Konsum
136 III 365	Nr. 17	Abänderung des Unterhaltsbeitrages für ein ausser-eheliches Kind; Legitimation des Inhabers der elterlichen Sorge
136 III 369	Nr. 19	Mängel in der Organisation der Aktiengesellschaft; Inhalt und Tragweite von Art. 731 b OR
136 III 431	Nr. 18	Anfechtung einer Mietzinserhöhung; gemeinsame Mieter; notwendige Streitgenossenschaft
136 V 313	Nr. 23	Berufliche Vorsorge; Kinderrente; Geltung des Anrechnungsprinzips
136 V 322	Nr. 24	Berufliche Vorsorge; Teilliquidation einer Gemeinschaftsstiftung

Die Praxis – 100. Jg. 2011 – ISSN 1017-8147 – erscheint monatlich; [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch).





## Der SAV teilt mit La FSA vous informe

### SAV-Mediationsausbildung

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

Datum:	10. November 2011
Zeit:	08.45 bis ca. 17.45 Uhr
Ort:	Hotel Ador in Bern
Anzahl Teilnehmende:	24 (Mindestteilnehmerzahl: 16 Personen)
Teilnahmeberechtigung:	Absolvierte Mediationsausbildung gemäss Reglement (Basis Reglement Mediator SAV/Mediatorin SAV und Wei- sungen über die Anerkennung von Me- diationsausbildungen)
Kursprache:	Deutsch und Französisch
Kurskosten:	CHF 550.– (inkl. Verpflegung)
Kursunterlagen:	Die Unterlagen werden während der Ausbildung abgegeben

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

### SAV-Weiterbildung Mediation

Ort und Zeit:	Donnerstag, 23. Juni 2011, 09.00 – 18.00 Uhr, Luzern
Thema:	Kurz-Zeit-Mediation – und ihre Verwendung in der gerichtsnahen Praxis
Trainer:	Heiner Krabbe, Dipl. Psychologe, Psychologi- scher Psychotherapeut, Mediator u. Ausbilder (BAFM), Supervisor, Münster, Assistenz durch Mitglieder des Fachausschusses Mediation SAV
Kursprache:	Deutsch (Rollenspiele in Deutsch und Franzö- sisch, Assistenz durch Mitglieder des Fachauss- schusses)
Kurskosten:	CHF 580.–

Der Kurs ist auf 24 Teilnehmer beschränkt. Er wird nur bei einer Mindestzahl von 16 Anmeldungen durchgeführt.

Das Anmeldeformular zur SAV-Ausbildung kann online unter [www.swisslawyers.com](http://www.swisslawyers.com) /«Mediation» bezogen werden.

### Formation Médiateur/Médiatrice FSA

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

Dates:	10 novembre 2011
Heures:	08h45 à 17h45 environ
Lieu:	Hôtel Ador à Berne

Nombre de participants:	24 par cours (nombre de participants minimaux: 16 personnes)
Prérequis:	Formation à la médiation accomplie conformément au règlement (le règle- ment Médiateur FSA/Médiatrice FSA et les directives pour la reconnaissance des formations à la médiation servent de base)
Langues:	allemand et français, selon les inscrip- tions
Coûts de la formation:	CHF 550.– (repas inclus)
Documentation:	La documentation sera remise durant le cours

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

### Formation continue FSA: médiation

Lieu et heure:	jeudi 23 juin 2011, 09h00 – 18h00, Lucerne
Sujet:	La médiation accélérée et son application dans la pratique
Instructeur:	Heiner Krabbe, psychologue dipl., psychothé- rapeute, médiateur et formateur (BAFM), su- perviseur, Münster Assistance par des mem- bres de la commission médiation de la FSA
Langue du cours:	Allemand (jeux de rôle en allemand et en français, assistance par des membres de la commission)
Prix du cours:	CHF 580.–

Le cours est limité à 24 participants. Il n'est mis sur pied que pour un nombre minimal de 16 inscriptions.

Vous pouvez obtenir le formulaire d'inscription directement sous: [www.swisslawyers.com](http://www.swisslawyers.com) /«médiation».

### News «Avocat/e spécialiste FSA»

#### Cours de spécialisation en responsabilité civile et droit des assurances

Entre septembre 2011 et juin 2012, la Fédération Suisse des Avocats (FSA), en collaboration avec les Universités de Fribourg et de Lausanne, organisera un second cours de spécialisation en responsabilité civile et droit des assurances. Comme la première édition, cette formation portera sur toutes les matières essentielles du droit de la responsabilité civile, des assurances sociales et des assurances privées. Elle sera concentrée plus particulièrement sur

des questions concrètes et les domaines incontournables dans la pratique de l'avocat spécialisé.

Le délai d'inscription est fixé au 29 avril 2011.

Vous trouverez les *détails* (conditions de participation, directive relative aux absences, tarif du cours, thèmes et dates du cours, etc.) ainsi que le *formulaire d'inscription* et le *formulaire pour les descriptions des cas* sur notre site [avocatspecialiste.sav-fsa.ch](http://avocatspecialiste.sav-fsa.ch) sous la rubrique «formation».

### Zürcher Anwaltsverband ZAV

*Dr. Georg Rauber, Président ZAV*

*Dr. Patrick Middendorf, Sekretär ZAV*

### Advonaut Vermittlungsservice hat sich etabliert

Im Herbst 2006 wurde im Kanton Zürich der Online-Anwaltsvermittlungsdienst Advonaut unter der damaligen Bezeichnung Advofinder als Gemeinschaftsprojekt des Zürcher Anwaltsver-

bands mit der Firma Bluenaut Matching Services AG lanciert. Der Service erfreut sich inzwischen grosser Beliebtheit beim recht-suchenden Publikum und bei den teilnehmenden Mitgliedern des ZAV. Heute gehen über [www.advonaut.ch](http://www.advonaut.ch) sowie über die Verbands-Website [www.zav.ch](http://www.zav.ch) jeden Monat rund 200 Mandatsanfragen für Zürcher Anwältinnen und Anwälte ein. Über 500 ZAV-Mitglieder sind beim Online-Dienst registriert und bekommen damit täglich die ihrem Tätigkeitsprofil entsprechenden Anfragen zugeleitet.

Der Zürcher Anwaltsverband macht sehr gute Erfahrungen mit dem Online-Service. Den Rechtsuchenden steht damit ein schneller Weg zu einer kompetenten Rechtsberatung zur Verfügung, und die Mitglieder können sich gezielt und kostengünstig präsentieren und dadurch Mandate akquirieren. In diesem Sinne kann der ZAV den Kolleginnen und Kollegen in den übrigen Deutschschweizer Kantonen, wo der Service seit 2009 ebenfalls angeboten wird, eine Teilnahme nur empfehlen.





## Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

### Zivilrecht/Droit civil

06.05.2011	Berufliche Vorsorge und 3. Säule: Berührungspunkte zum Familien- und Erbrecht	Basel	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch
17.05.2011	Die Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht – ethische und rechtliche Aspekte	Basel	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch
31.05.2011	Aktuelles aus dem Arbeitsrecht	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax: 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
24.05.2011	Haftpflichtprozess 2011	Luzern	HAVE (Verein Haftung und Versicherung), Eglisau Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Sekretariat: HAVE/REAS, Postfach, 8193 Eglisau Tel. 043 422 40 10, Fax 043 422 40 11, tagung@have.ch
07.06.2011	Aktuelle Fragen zum Mietrecht	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax: 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
23.06.2011	SAV-Weiterbildung Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV Arbeitsrecht	Luzern	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
18.08.2011– 17.03.2012	Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV – Spezialisierungskurs im Familienrecht	Diverse	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
30.09.2011– 11.05.2012	Avocat(e) spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances	Diverse	Fédération Suisse des Avocats, Marktgasse 4, CP 8321, 3001 Berne, tél. 031 313 06 06, fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
15.11.2011	Nachehelicher Unterhalt	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. Iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch
19.11.2011– 23.11.2012	Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV – Spezialisierungskurs im Familienrecht	Diverse	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com

### Handelsrecht

13.04.2011	Séminaire TVA	Lausanne	Fédération Suisse des Avocats, Marktgasse 4, CP 8321, 3001 Berne, tél. 031 313 06 06, fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
------------	---------------	----------	--

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

05.04.2011	Praxistag «Final Steps to Reaching Agreement»	Zürich	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
05.04.2011	Tagung zur Schweizerischen ZPO: Arbeitsrechtliche Verfahren	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
14.04.2011	5. Zürcher Tagung zum Zivilprozessrecht	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax: 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
08.04.2011	Tagung zur Schweizerischen ZPO: Arbeitsrechtliche Verfahren	Bern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
05.2011–03.2012	Lehrgang «Prozessführung» mit Certificate of Advanced Studies (CAS Prozessführung)	verschiedene Orte in Deutschschweiz	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
12.–13.05.2011	Mediationstraining PT I/11	Zürich	Egger, Philips + Partner AG, Seefeldstrasse 9, 8008 Zürich, Tel. 044 218 60 10, Fax 044 218 60 19, info@eggerphilips.ch, www.eggerphilips.ch
23.05.2011	Tagung zur Schweizerischen ZPO: Fallstricke und Chancen	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
27.–28.05.2011	Role of the Law and Lawyers in Mediation	Montezillon	Chambre neuchâteloise du commerce et de l'industrie, Service juridique aux entreprises i-lex, Célia Brudorfer, Rue de la Serre 4, cp 2012, 2001 Neuchâtel, tél. 032 722 15 15, fax 032 722 15 20, celia.brudorfer@cnci.ch, www.cnci.ch
31.05.2011	Tagung zur Schweizerischen ZPO: Fallstricke und Chancen	Bern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
23.06.2011	Mediationsweiterbildung mit Heiner Krabbe	Luzern	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
21.10.2011	Erste Erfahrungen mit der schweizerischen ZPO	Basel	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch
26.10.2011	ZPR! Neuer Zivilprozess – Erste Erfahrungen aus Zürcher Sicht	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. Iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch

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

29.06.2011	StrafR! Strafzumessung – Technik und Begründung	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. Iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch
27.10.2011	Private Ansprüche im Strafprozess	Basel	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch
02.12.2011	Brennpunkte der neuen Strafprozessordnung	Basel	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch

**Öffentliches Recht/Droit public**

01.04.2011	Aktuelle Entwicklungen der Europäischen Menschenrechtskonvention EMRK	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax: 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
12.05.2011	Entwicklungen im Finanzmarktrecht VIII	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax: 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
06.07.2011	10. Zürcher Tagung zum schweizerischen, europäischen und internationalen Steuerrecht	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax: 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
21.09.2011	Zürcher Lehrpersonalrecht – Aktuelles für Lehrpersonen und Behörden	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. Iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch
19.11.2011– 23.11.2012	Avocat/e spécialiste FSA – Cours de spécialisation en droit de la construction et de l'immobilier	Diverse	Fédération Suisse des Avocats, Marktgasse 4, CP 8321, 3001 Berne, tél. 031 313 06 06, fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com

**Diverses/Divers**

01–12.2011	Certificat de formation continue en «Compliance Management»	Genève	Université de Genève, Compliance Management, Centre de droit bancaire et financier, Maud Genton, Uni Mail, 1211 Genève 4, maud.genton@unige.ch, www.unige.ch/cdbf, Tel. 022 379 86 51, Fax 022 379 86 62
16.–17.05.2011	Zwischen Wahrheit und Lüge	Ittingen	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
17.06.2011	Kunst & Recht	Basel	Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch
23.–25.06.2011	Anwaltskongress	Luzern	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
16.09.2011– 28.01.2012	CAS in Internationalem Banken-, Kapitalmarkt- und Versicherungsrecht	Zürich	Universität Zürich, LL.M.-Lehrgang Internationales Wirtschaftsrecht, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 90, Fax 044 634 43 59, info@LLM.uzh.ch, www.LLM.uzh.ch
16.09.2011– 21.01.2012	CAS in Banken-, Kapitalmarkt- und Versicherungsrecht	Zürich	Universität Zürich, LL.M.-Lehrgang Internationales Wirtschaftsrecht, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 90, Fax 044 634 43 59, info@LLM.uzh.ch, www.LLM.uzh.ch
16.09.2011– 04.02.2012	CAS in Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht	Zürich	Universität Zürich, LL.M.-Lehrgang Internationales Wirtschaftsrecht, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 90, Fax 044 634 43 59, info@LLM.uzh.ch, www.LLM.uzh.ch
Diverse	Master of Advanced Studies (MAS) in European Integration	Basel	Europainstitut der Universität Basel, Gellertstrasse 27, Postfach, 4020 Basel, Tel. 061 317 97 67, Fax: 061 317 97 66, europa@unibas.ch, www.europa.unibas.ch

**Verschiedene Veranstaltungen/Autres manifestations****International**

12.–14.05.2011	DACH-Tagung zum Thema «Güter- und Unterhaltsrecht bei gemischt nationalen Familien»	Istanbul, Türkei	DACH Europäische Anwaltsvereinigung
02.–04.06.2011	Annual Conference of the German Bar Association	Strasbourg, Frankreich	Deutscher Anwaltsverein, Internationale Abteilung/Menschenrechte, Littenstrasse 11, DE-10179 Berlin, Tel. +49 30 72 61 52-147/-159/-127 Fax: +49 30 72 61 52-195, sticker@anwaltsverein.de, www.anwaltsverein.de
13.06.–24.06.2011	Frouteenth Annual International Comercial Law Semianr	Köln, Deutschland	International Law Programs, School of Law and UC Davis Extension, University of California, Davis, 1333 Research Park Drive, Davis, CA 95618-4852, Tel. 530 757 8569, Fax 530 757 8596, lawinfo@ucde.ucdavis.edu, www.law.ucdavis.edu@international
10.07.2011– 06.08.2011	Orientation in USA Law	Davis, California	International Law Programs, School of Law and UC Davis Extension, University of California, Davis, 1333 Research Park Drive, Davis, CA 95618-4852, Tel. 530 757 8569, Fax 530 757 8596, lawinfo@ucde.ucdavis.edu, www.law.ucdavis.edu@international
08.08.–19.08.2011	Financing International Transations	Davis, California	International Law Programs, School of Law and UC Davis Extension, University of California, Davis, 1333 Research Park Drive, Davis, CA 95618-4852, Tel. 530 757 8569, Fax 530 757 8596, lawinfo@ucde.ucdavis.edu, www.law.ucdavis.edu@international







