

Heft 27 / Winter 2020  
27<sup>e</sup> cahier / hiver 2020

# BE



# N'ius

Beiträge aus der Berner Justiz  
Contributions de la Justice bernoise

# Inhaltsübersicht

## Table des matières

- 3 Die Ecke der Redaktorin  
Le coin de la rédactrice**
  
- 6 Kursprogramm 2021  
Programme des cours 2021**
  
- 10 Céline Fuchs, Christian Josi  
Neues aus dem Bundeshaus  
Nouveautés du Palais Fédéral**
  
- 18 Christian Frei  
Dolmetschwesen Justiz  
L'interprétariat dans la justice**
  
- 21 Marion Schädeli  
CAS Grundlagen der Mediation**
  
- 23 Nicolas Willemin  
Strafandrohung nach Art. 292 StGB: Von Amtes wegen  
anzuordnende direkte Vollstreckungsmassnahme?**
  
- 27 Céline Althaus  
Das Replikrecht im Zivilprozess: Funktion und Grenzen**
  
- 38 Denise Weingart  
Interview mit Christoph Hurni**
  
- 41 Publikationen aus unseren Reihen  
Publications de nos rangs**
  
- 43 Autorenverzeichnis  
Répertoire des auteurs**
  
- 44 Impressum**

# Die Ecke der Redaktorin Le coin de la rédactrice

Denise Weingart

Liebe Kolleginnen und Kollegen  
Liebe Leserinnen und Leser

An das Tragen von Masken und das regelmässige Desinfizieren der Hände haben wir uns mittlerweile gewöhnt. Der Umgang mit dem Coronavirus hat Eingang in unseren beruflichen und privaten Alltag gefunden. Ein Virus lässt sich aber bekanntlich leichter übertragen als die Bildung. Deshalb wollen wir uns mit dem Weiterbildungsangebot nicht hinter Plexiglasscheiben verstecken und Ihnen die wertvollen schriftlichen Beiträge und interessanten Weiterbildungskurse nicht in einem undurchsichtigen Nebel von viruziden Desinfektionsmitteln vorenthalten.

Auch im kommenden Halbjahr stehen deshalb wieder spannende Weiterbildungskurse für Sie bereit. Kurs Nr. 1 widmet sich der interessanten Thematik der Anklageschrift: Herausragende Vertreter aus Anwaltschaft, Staatsanwaltschaft und des Gerichts gehen dem in der Strafrechtspraxis bedeutsamen Thema aus je ihrer eigenen Warte auf den Grund. In Kurs Nr. 2 erhalten wir einen vertieften Einblick in ausgewählte Techniken der Rechtsmedizin. So lassen uns hochkarätige Referierende in die Welt der Mikroskopie, der Blutspurenanalyse und der morphometrischen 3D-Rekonstruktion eintauchen. Bei sämtlichen Kursen werden die Vorschriften von Bund und Kanton beachtet und eine allfällig nötig werdende kurzfristige Absage der Kurse bleibt vorbehalten.

Für eine gebührende Weiterbildung wird mit der vorliegenden Winterausgabe des BE N'ius ebenfalls in schriftlicher Hinsicht gesorgt:

Oberrichter Christian Josi bringt uns auf den aktuellsten Stand, was die Neuerungen in der Rechtsetzung im Bereich des Zivilrechts angeht, wobei die Auswirkungen des Coronavirus auf das Zivilverfahrensrecht, die Änderung des SchKG betreffend die Nachlassstundung, Einzelaspekte der Aktienrechtsreform sowie die Revision im Bauvertragsrecht mit Blick auf die Haftung für Baumängel näher beleuchtet werden. An dieser Stelle gebührt Christian Josi ein grosses Merci für sein langjähriges Engagement bei der

Chères collègues, chers collègues  
Chères lectrices, chers lecteurs

Avec le temps, nous nous sommes habitués au port du masque de protection et à la désinfection régulière des mains. Le coronavirus fait maintenant partie de notre vie quotidienne, professionnelle et privée. Et malheureusement, un virus se transmet plus facilement que le savoir. C'est pourquoi nous ne dissimulerons pas notre offre de formation continue derrière des vitres en plexiglas, ni ne laisserons disparaître dans un brouillard de liquide désinfectant virucide les contributions et les propositions de cours que nous publions ici.

Pendant le semestre à venir, nous vous proposons donc à nouveau des cours de formation continue intéressants. Le cours n° 1 sera consacré à un domaine intéressant, soit celui de l'acte d'accusation: des représentants éminents du barreau, du ministère public et des tribunaux approfondiront ce sujet vital dans la pratique du droit pénal et feront valoir leurs points de vues respectifs. Le cours n° 2 nous permettra de découvrir des techniques particulières appliquées en médecine légale; des conférenciers expérimentés nous présenteront les univers de la microscopie, de l'analyse des traces de sang et de la reconstruction morphométrique en 3D. Tous les cours seront donnés en respectant scrupuleusement les prescriptions de protection de la Confédération et du canton, et une annulation à court terme reste réservée.

La présente édition d'hiver de BE N'ius contribue également par écrit à parfaire notre formation continue:

Christian Josi, juge d'appel, nous informera des nouveautés législatives en droit civil. Dans ce contexte, nous apprendrons à connaître plus précisément les répercussions du coronavirus sur la procédure civile, la modification de la LP en matière de sursis concordataire, des aspects particuliers de la réforme du droit des sociétés anonymes ainsi que les modifications du droit contractuel de la construction relatives à la responsabilité en cas de défauts de l'ouvrage. C'est l'occasion de remercier ici chaleureusement Christian Josi

Betreuung dieses Ressorts, welches er per Ende 2020 an seine Nachfolgerin Gerichtspräsidentin Danielle Schwendener abgeben wird.

Die Neuigkeiten aus dem Bundeshaus zum Strafrecht werden von Staatsanwältin Céline Fuchs zusammengefasst wiedergegeben. Kernthemen bilden die vom Bundesrat verabschiedete Botschaft zur Umsetzung der Interoperabilität, womit in Zukunft eine effiziente und gezielte Abgleichung von relevanten Daten im Schengener Informationssystem möglich sein wird, der Bericht der Melde- und Analysestelle Informationssicherung (MELANI) zu den wichtigsten Cyberfällen der ersten Jahreshälfte 2020, die Vernehmlassung des Bundesrates zur Teilrevision des SVG, des OBG und weiteren Verordnungen sowie die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Sicherheitshaft, um zu verhindern, dass gefährliche Straftäter wegen einer Gesetzeslücke auf freien Fuss gesetzt werden müssen.

Christian Frei, Stabschef Generalstaatsanwaltschaft und Leiter Fachkommission Dolmetschwesen, zeigt in seinem Beitrag die positiven Entwicklungen im Dolmetschwesen auf, die seit der letztmaligen Erwähnung dieser Thematik im BE N'ius erreicht werden konnten.

Wie das CAS zu den Grundlagen der Mediation ausgestaltet ist, zeigt uns Marion Schädeli, Gerichtsschreiberin am Verwaltungsgericht, in Ihrem Beitrag über den von ihr besuchten Weiterbildungslehrgang auf.

Gerichtspräsident Nicolas Wuillemin geht in seiner schriftlichen Abhandlung der praxisrelevanten Frage nach, ob die Strafandrohung nach Art. 292 StGB bei Mieterausweisungen im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen eine von Amtes wegen anzuordnende direkte Vollstreckungsmassnahme darstellt, was er im Ergebnis verneint.

Céline Althaus ermöglicht uns sodann in ihrem dogmatischen Beitrag einen vertieften Einblick ins vieldiskutierte Replikrecht, wobei insbesondere dessen Funktion und Grenzen näher beleuchtet werden.

pour son engagement infatigable depuis des années en tant que responsable de ce domaine pour notre publication; il passera le relais à la fin de l'année 2020 à sa successeure Danielle Schwendener, présidente de tribunal.

Les nouveautés du palais fédéral concernant le droit pénal nous sont résumées par Céline Fuchs, procureure. Les points principaux consistent dans le message du Conseil fédéral relatif à la mise en œuvre de l'interopérabilité, qui vise à rendre possible à l'avenir une mise à jour efficace et ciblée des données nécessaires dans le système d'information Schengen, dans le rapport du Centre national pour la cybersécurité (MELANI) relatif aux cas de cybersécurité les plus importants survenus au cours de la première moitié de l'année 2020, dans la procédure de consultation entreprise par le Conseil fédéral concernant la révision partielle de la LCR, de la LAO et d'autres ordonnances, ainsi que dans l'élaboration d'une base légale pour la détention de sécurité, visant à empêcher que des délinquants dangereux doivent être remis en liberté faute de base légale suffisante.

Christian Frei, chef de l'état-major du Parquet général, qui dirige la commission spécialisée de l'interprétariat, met en lumière dans sa contribution les développements positifs dans le domaine de l'interprétariat qui ont pu être réalisés depuis que cette thématique a été traitée pour la dernière fois dans BE N'ius.

Marion Schädeli, greffière au Tribunal administratif, nous présente dans sa contribution le contenu du CAS sur les bases de la médiation, qu'elle a eu l'occasion d'effectuer.

Nicolas Wuillemin, président de tribunal, analyse dans sa contribution la question, importante dans la pratique, de savoir si la menace d'une peine au sens de l'art. 292 CP en cas d'expulsion d'un locataire représente dans les cas évidents une mesure d'exécution directe à ordonner d'office, ce qu'il nie dans sa conclusion.

Dans sa contribution doctrinale, Céline Althaus nous permet d'approfondir la question largement discutée du droit de répliquer, en mettant l'accent en particulier sur sa fonction et ses limites.

Last but not least verlangt ein gewichtiger Abgang nach einem Schlussinterview: Der Präsident der Weiterbildungskommission, Noch-Oberrichter und designierter Bundesrichter Christoph Hurni, wird per Ende 2020 sein Büro am Bernischen Obergericht räumen und nach Lausanne weiterziehen. Trotz vielen anderen Verpflichtungen ist er mir für ein paar Fragen Rede und Antwort gestanden.

Informativ, lehrreich und unterhaltsam zugleich – so wie man es von guter (Weiterbildungs-)Lektüre erwartet. Ich wünsche Ihnen viel Vergnügen beim Lesen und/oder Scrollen!

Last but not least, un départ de poids ne saurait être passé sous silence et exige une interview finale: le président de la Commission pour la formation continue de la justice bernoise Christoph Hurni, encore juge d'appel et juge fédéral désigné, va quitter son bureau de la Cour suprême bernoise à la fin de l'année 2020 pour s'installer à Lausanne. Malgré ses nombreuses obligations, il a bien voulu me consacrer du temps pour répondre à mes questions.

Informatif, instructif et divertissant tout à la fois – c'est tout ce qu'on attend d'un (bon) magazine de formation continue. Je vous souhaite beaucoup de plaisir lors de sa lecture!

# Kursprogramm 2021

## Programme des cours 2021

### Kursanmeldungen 2021

Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Bern können sich direkt via Lernplattform des Kantons Bern [www.be.ch/lernplattform](http://www.be.ch/lernplattform) über die Kurse der Weiterbildungskommission der bernischen Justiz informieren.

Kursanmeldungen für die Kurse des Jahres 2021 werden ausschliesslich elektronisch über folgenden Link entgegen-genommen:

[www.be.ch/lernplattform](http://www.be.ch/lernplattform)

Wer sich auf der Lernplattform nur als Gast anmelden kann (z.B. Rechtsanwälte, ausserkantonale Justizangestellte), sendet vor der ersten Kursanmeldung eine E-Mail an:

[weiterbildung.og@justice.be.ch](mailto:weiterbildung.og@justice.be.ch)

Anschliessend wird ein Zugang zur Lernplattform erteilt.

### Inscription aux cours 2021

Les employés de l'administration cantonale bernoise qui souhaitent des informations au sujet des cours proposés par la commission de la formation continue de la justice du canton de Berne peuvent consulter directement la plateforme du canton de Berne <http://www.be.ch/plateforme-de-formation>

Dorénavant, les inscriptions aux cours pour l'année 2021 s'effectueront uniquement de manière électronique à partir du lien suivant:

[www.be.ch/plateforme-de-formation](http://www.be.ch/plateforme-de-formation)

Les personnes qui ne peuvent s'inscrire qu'en qualité d'invité (par exemple les avocats, les membres de la justice externes au canton de Berne), doivent envoyer, avant la première inscription à un cours, un e-mail à l'adresse suivante:

[weiterbildung.og@justice.be.ch](mailto:weiterbildung.og@justice.be.ch)

Un accès à la plateforme leur sera ensuite communiqué.

## Kurs 1

### Die Anklageschrift – was man weiss und doch nicht kennt?

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz, der Kantonspolizei und für die Mitglieder des BAV

Die Anklageschrift aus Sicht der Anwaltschaft, der Staatsanwaltschaft und des Gerichts. Drei Kenner der Materie und Praktiker referieren aus ihrer Warte. Art. 329 oder Art. 333 StPO? Welches ist für die Verteidigung der beste Zeitpunkt, eine Verletzung der Anklageschrift zu rügen? Wie wird eine gute Anklageschrift erstellt? Alternativ- und Eventualsachverhalte, evtl. auch in einem Strafbefehl? Weiss der Beschuldigte, was ihm vorgeworfen wird oder nicht? Ist dabei der gute Wille des Beschuldigten, resp. der Anwaltschaft zu berücksichtigen? Die Veranstaltung bezweckt, Licht in diese und andere Fragen zur Anklageschrift zu bringen.

#### Kursleitung

Samuel Schmid, Oberrichter

#### Referierende

Prof. Dr. iur. Niklaus Ruckstuhl, Rechtsanwalt  
Dr. iur. Ulrich Weder, ehem. Leitender Staatsanwalt  
Fürsprecher Hanspeter Kiener, Oberrichter Kt. Bern

#### Dauer

½ Tag, 9:00 Uhr – ca. 12:15 Uhr

#### Termin

Donnerstag, 25. März 2021  
Die Teilnehmerzahl ist auf 40 Personen beschränkt

#### Lieu

Bern oder Burgdorf, Neumatt (Infos zum Kursort folgen rund 1-2 Monate vor dem Kurstermin)

#### Kurskosten

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

#### Anmeldefrist

Donnerstag, 18. März 2021

## Cours 1

### L'acte d'accusation – ce que vous savez et ne savez pas encore?

Ouvert aux membres de la justice bernoise, de la police cantonale et de l'AAB

L'acte d'accusation, du point de vue des avocats, du Ministère public et des juges. Trois praticiens connaisseurs de la matière nous exposeront leurs points de vue. L'art. 329 ou l'art. 333 CPP? A quel moment l'avocat doit-il faire valoir une violation de l'acte d'accusation? En quoi consiste un bon acte d'accusation? Les états de fait alternatifs et éventuels ont-ils leur place dans une ordonnance pénale? Le prévenu sait-il ce qu'on lui reproche ou pas? La bonne volonté du prévenu et de son avocat doit-elle être prise en considération? Ce cours a pour but de mettre en lumière tous ces aspects et d'autres questions intéressantes.

#### Direction du cours

Samuel Schmid, juge d'appel

#### Conférenciers

Niklaus Ruckstuhl, Dr en droit, professeur, avocat  
Ulrich Weder, Dr en droit, ancien procureur en chef  
Hanspeter Kiener, avocat, juge d'appel

#### Durée

½ journée, 9.00 – env. 12.15 heures

#### Date

Jeudi, 25 mars 2021  
Le nombre de participants est limité à 40 personnes

#### Lieu

Berne ou Berthoud, Neumatt (les informations seront disponibles env. 1 à 2 mois avant la date du cours)

#### Coût

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

#### Délai d'inscription

Jeudi, 18 mars 2021

## Kurs 2

### «Rechtsmedizin, mehr als nur Obduktionen!»

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und für die Mitglieder des BAV

---

Wer «Rechtsmedizin» hört, denkt vermutlich zunächst einmal nur an Leichen und Obduktionen. Hinter der Rechtsmedizin verbirgt sich heutzutage jedoch weit- aus mehr. Zahlreiche forensische Wissenschaften werden in einem Institut für Rechtsmedizin betrieben bzw. als Dienstleistung vorgehalten, welche häufig erst auf den zweiten Blick in Erscheinung treten. Der Kurs soll einige dieser Techniken und Methoden aus ihrem Schattendasein holen und näher beleuchten, damit deren Stärken und Schwächen besser bekannt sind und ihr Einsatz dort erwogen werden kann, wo sie sinnvoll und hilfreich erscheinen. Stellvertretend für viele mehr fokussiert sich der Kurs dabei auf die Mikroskopie (feingewebliche Untersuchungen), die Blutspurenanalyse und die morphometrische 3D Rekonstruktion.

---

#### Kursleitung

Christof Scheurer, stv. Generalstaatsanwalt

#### Referierende

Prof. Dr. Christian Jackowski  
Prof. Dr. med. Christian Schyma  
MSc. sc. forens. Matthieu Glardon  
Dipl. Ing. Ursula Buck  
MSc Kirsten Busse

#### Dauer

½ Tag, 14:00 Uhr – 17:00 Uhr

#### Termin

Mittwoch, 19. Mai 2021

#### Kursort

Technische Fachschule Bern, Festsaal  
(Raum LOH 205), Lorrainestrasse 3, 3013 Bern

## Cours 2

### «Médecine légale, plus que des autopsies!»

Ouvert aux membres de la justice bernoise et de l'AAB

---

En entendant parler de médecine légale, on pense probablement d'abord exclusivement aux morts et aux autopsies. De nos jours pourtant, beaucoup plus de spécialités se cachent sous le terme "médecine lé- gale". De nombreuses sciences forensiques sont pra- tiquées dans un institut médico-légal ou disponibles comme prestations, mais ne sont guère remarquées à première vue. Le séminaire a pour but de tirer quel- ques-unes de ces techniques et méthodes de l'ombre à la lumière du jour, pour les étudier de près. Ainsi on connaîtra mieux leurs possibilités et limitations et pourra délibérer leur application dans les cas où il paraîtra approprié et utile. De façon représentative, le séminaire se concentre sur la microscopie (histo- pathologie), l'analyse des traces de sang et la recons- titution morphométrique en 3D.

---

#### Direction du cours

Christof Scheurer, procureur général suppléant

#### Conférenciers

Prof. Dr. Christian Jackowski  
Prof. Dr. med. Christian Schyma  
MSc. sc. forens. Matthieu Glardon  
Dipl. Ing. Ursula Buck  
MSc Kirsten Busse

#### Durée

½ journée, 14.00 – 17.00 heures

#### Date

Mercredi, 19 mai 2021

#### Lieu

Technische Fachschule Bern, Festsaal  
(salle LOH 205), Lorrainestrasse 3, 3013 Berne

**Kurskosten**

CHF 100.- für Mitglieder des BAV

**Anmeldefrist**

Mittwoch, 12. Mai 2021

**Coût**

CHF 100.- pour les membres de l'AAB

**Délai d'inscription**

Mercredi, 12 mai 2021

# Neues aus dem Bundeshaus Nouveautés du Palais Fédéral

## Strafrecht

Céline Fuchs

Kriminelle Netzwerke sind europaweit aktiv und machen nicht vor Grenzen halt. Infolgedessen ist eine verstärkte Kooperation der Sicherheitsbehörden notwendig. Es muss sichergestellt sein, dass Polizei-, Grenzkontroll- und Migrationsbehörden im Schengen-Raum jederzeit Zugriff auf die notwendigen Informationen aus allen anderen Schengen-Staaten haben. Bereits heute greifen die Schweizer Polizei-, Grenzkontroll- und Migrationsbehörden europaweit auf zahlreiche Informationssysteme zu, jedoch muss noch jedes System separat abgefragt werden. Um die Sicherheit in der Schweiz zu verstärken und die Migrationssteuerung zu verbessern, verabschiedete der Bundesrat am 2. September 2020 eine Botschaft zur Umsetzung der Interoperabilität an das Parlament. Mit der sogenannten Interoperabilität wird es in Zukunft auch den Schweizer Behörden möglich sein, über ein gemeinsames, europaweites Suchportal alle relevanten Daten in allen Schengen-Informationssystemen gleichzeitig miteinander, effizient und gezielt abzugleichen. Durch diese neue Vernetzung werden keine zusätzlichen Daten erhoben. Auch die Zugriffsrechte der zuständigen Behörden zu den Informationssystemen werden nicht geändert. Die Schengen-Staaten nutzen eine Vielzahl von Informationssystemen. Informationen zu Personen, nach denen gefahndet wird oder die vermisst werden, werden im Schengener Informationssystem (SIS) hinterlegt. Informationen zu Visa, die von den Schengen-Mitgliedstaaten ausgestellt worden sind, werden im Visa-Informationssystem (VIS) gespeichert. Die Fingerabdrücke aller Asylsuchenden und von illegal in den Schengen-Raum eingereisten Personen werden in der Eurodac-Datenbank gespeichert. In den nächsten Jahren kommt neben dem Einreise-Ausreisensystem (EES), mit welchem Ein- und Ausreisen von Drittstaatsangehörigen in den Schengen-Raum gespeichert werden, das Europäische Reiseinformations- und genehmigungssystem (ETIASS), in welchem Angaben zu Einreisebewilligungen für Drittstaatsangehörigen, die kein Visum benötigen, verzeichnet werden, dazu. Diese verschiedenen Informationssysteme werden mit der Interoperabilität miteinander verknüpft. Dadurch können zum Beispiel Personen eindeutig identifiziert werden, selbst wenn sie in den verschiedenen Systemen unter falschen Identitäten verzeichnet sind oder Mehrfachidentitäten verwenden. Bis dato können Personen, die die Schweiz mit einer Einreisesperre belegt hat und die in ihr Herkunftsland zurückgeschickt worden sind, mit einer falschen Identität wieder in den Schengen-Raum einreisen, obwohl die Einreisesperre im SIS ausgeschrieben worden ist. Die dort gespeicherten Fingerabdrücke können aktuell nicht mit denjenigen im VIS abgeglichen werden. Mit der Verknüpfung der Systeme werden solche Mehrfachidentitäten einfacher erkannt. Die Kosten für dieses Projekt betragen 21 Millionen Franken und sind Bestandteil eines Verpflichtungskredits für verschiedene aktuelle Vorhaben zur Weiterentwicklung von Informationssystemen des Schengen/Dublin-Besitzstandes. Am 11. Juni 2020 wurde die Botschaft zum Verpflichtungs-

kredit vom Parlament gutgeheissen. Damit die Interoperabilität umgesetzt werden kann, sind Gesetzesanpassungen notwendig. Das Parlament wird voraussichtlich in der Wintersession 2020 und der Frühjahressession 2021 über die Botschaft zur Umsetzung der Interoperabilität beraten.

Besteht kein bilaterales oder multilaterales Übereinkommen, so wird im Bereich der internationalen Rechtshilfe einem Ersuchen eines anderen Staates in der Regel nur entsprochen, wenn dieser Gegenrecht gewährt. Bislang hat das Bundesamt für Justiz (BJ) jeweils in eigener Kompetenz eine Erklärung über die Rechtslage in der Schweiz abgegeben. Einige Staaten verlangen nun jedoch seit rund zwei Jahren von der Schweiz eine verbindlichere, formelle Gegenrechtsklärung, die bisher nur der Bundesrat abgeben konnte. Um die Zusammenarbeit effizienter zu gestalten und ohne zeitliche Verzögerungen vorzunehmen, hat der Bundesrat seine Kompetenz zur Abgabe von Gegenrechtserklärungen an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) delegiert. Dies ist vor allem im Kampf gegen die internationale Wirtschaftskriminalität von grosser Bedeutung. An seiner Sitzung vom 19. August 2020 hat der Bundesrat eine entsprechende Änderung der Rechtshilfeverordnung gutgeheissen und auf den 1. November 2020 in Kraft gesetzt.

Der 31. Halbjahresbericht der Melde- und Analysestelle Informationssicherung (MELANI) ist erschienen. Er befasst sich mit den wichtigsten Cybervorfällen der ersten Jahreshälfte 2020 in der Schweiz und international. Es zeigt sich, dass die Corona-Pandemie als Lockmittel für zahlreiche Cyberangriffe benutzt wurde. So wurden unter anderem falsche Versprechungen bezüglich Informationen zum Virus, zu Bestellmöglichkeiten von Masken während tiefen Lagerbeständen oder Mitteilungen zu Online-Bestellungen gemacht, um potenzielle Opfer zu betrügen oder Schadsoftware zu verbreiten. Neben den Cyberangriffen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie wurde eine Zunahme von Angriffen mit Ransomware verzeichnet. Angreifer verschlüsseln die Daten und fordern vom Opfer Lösegeld für die Freigabe der Daten. Die Angriffe mit Verschlüsselungstrojanern hatten es bis anhin auf die IT-Infrastruktur der Opfer abgesehen und Kontrollsysteme vorwiegend nur kollateral in Mitleidenschaft gezogen. Neu wurde im ersten Halbjahr 2020 eine Ransomware beobachtet, die dazu entworfen worden war, Prozesssteuerungen bei Industriekontrollsystemen zu treffen. Derartige Angriffe können verheerende Folgen für Unternehmen und die Bevölkerung haben. Schliesslich wird darauf hingewiesen, dass bei Cyberthemen seit Anfang 2020 das Nationale Zentrum für Cybersicherheit (NCSC) zentrale Anlaufstelle für Wirtschaft, Bevölkerung, Behörden und Bildungsinstitutionen ist. Die Anlaufstelle nimmt Meldungen über Vorfälle einheitlich entgegen, prüft diese, leitet sie an die entsprechende Stelle weiter und gibt den Meldenden Empfehlungen zum weiteren Vorgehen.

Am 12. August 2020 hat der Bundesrat die Vernehmlassung zur Teilrevision des Strassenverkehrsgesetzes (SVG), des Ordnungsbussengesetzes (OBG) sowie von acht Verordnungen eröffnet. Ziel des Bundesrates ist es, damit die Verkehrssicherheit für E-Bike-Fahrende zu erhöhen, umweltfreundlichere Technologien zu fördern und die rechtlichen Grundlagen für das automatisierte Fahren zu verbessern. Sodann werden Aufträge des Parlaments umgesetzt, wozu die vom Parlament geforderte Anpassung

der «Via sicura» gehört. Die Zahl der schweren Unfälle mit E-Bikes hat sich in den Jahren fast verfünffacht. Um diesen Trend zu brechen und Unfälle zu vermeiden, sollen rasch realisierbare Massnahmen auf Verordnungsebene die Sicherheit erhöhen. Konkret sollen alle E-Bike-Fahrenden dazu verpflichtet werden, einen Helm zu tragen und das Licht auch tagsüber eingeschaltet zu haben. Sodann sollen schnelle E-Bikes mit einem Tacho ausgerüstet sein, damit sie die Geschwindigkeitsvorgaben genau einhalten können. Im Bereich umweltfreundliche Technologien ermöglichen es neue Technologien, den Treibstoffverbrauch und die Treibhausgasemissionen im Strassengüterverkehr zu senken. Zu diesen Technologien gehören Bauweisen zur Verbesserung der Aerodynamik der Fahrzeuge und der Einsatz von elektrischen Antrieben mit Batterien oder auf Wasserstoffbasis. Solche Möglichkeiten werden jedoch durch das geltende Recht behindert, weil sich der Einsatz umweltfreundlicher Technologien negativ auf die Nutzlast oder das Ladevolumen der Fahrzeuge auswirkt. Aus diesem Grund will der Bundesrat, dass die Höchstlängen und die höchstzulässigen Gewichte von Fahrzeugen und Fahrzeugkombinationen um das erforderliche Mehrgewicht oder die erforderliche Zusatzlänge erhöht werden können. Dabei darf die Ladekapazität der Fahrzeuge nicht vergrössert werden. Im Bereich automatisiertes Fahren werden die Assistenzsysteme der Fahrzeuge laufend verbessert. In Zukunft wird es möglich sein, mit einem Auto zu fahren, ohne dass die Lenkenden das Fahrgeschehen permanent überwachen müssen. Damit auf diese Entwicklungen zeitnah reagiert werden kann, soll der Bundesrat im Strassenverkehrsgesetz (SVG) neu die Kompetenz erhalten, die konkreten Regelungen auf Verordnungsebene zu erlassen. Weiter werden die Rahmenbedingungen festgelegt, die der Bundesrat in Ausübung seiner Kompetenz beachten muss. Mit der Revision wird ferner eine rechtliche Grundlage geschaffen, damit das Bundesamt für Strassen (ASTRA) Versuche mit vollautomatisierten Fahrzeugen auf öffentlichen Strassen bewilligen kann, um dadurch wichtige Erkenntnisse zu gewinnen. Betreffend Anpassung von «Via sicura» schlägt der Bundesrat in Erfüllung eines Auftrags des Parlaments vor, mit einer Anpassung des SVG die im Rahmen von «Via sicura» eingeführten Rastermassnahmen verhältnismässiger auszugestalten und so ungewollte Härtefälle zu vermeiden. So sollen die Gerichte neu im Einzelfall die konkreten Umstände prüfen und frei entscheiden können, welches Strafmass dem jeweiligen Fall Rechnung trägt, was eine Abschaffung der gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafe von einem Jahr zur Folge hat. Die Vernehmlassung zum Revisionspaket dauert bis am 12. Dezember 2020.

Bereits im Juni 2020 schuf der Nationalrat eine Rechtsgrundlage für die Sicherheitshaft, um zu verhindern, dass gefährliche Straftäter wegen einer Gesetzeslücke auf freiem Fuss gesetzt werden müssen. Dabei handelt es sich um ein einzelnes Element der Revision der Strafprozessordnung, die der Bundesrat dem Parlament vorgeschlagen hatte. In der Folge löste die Rechtskommission die Sicherheitshaft heraus und brachte sie in einer eigenen Vorlage unter, so dass diese rasch behandelt werden kann. Diese Eile ist auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg zurückzuführen. Der EGMR hat im Dezember 2019 festgestellt, dass die gesetzliche Grundlage für eine Sicherheit in Fällen, in denen ein Entscheid über die Verlängerung einer stationären therapeu-

tischen Massnahme hängig ist, nicht ausreicht. Gemäss der neuen Regelung, die der Bundesrat im Zeitpunkt des Urteils dem Parlament bereits vorgelegt hatte, darf das Gericht eine Sicherheitshaft anordnen, wenn ein nachträgliches Verfahren hängig ist, was beispielsweise bei einem Verfahren über die Verlängerung einer stationären Massnahme der Fall ist. Voraussetzung ist, dass voraussichtlich ein Freiheitsentzug angeordnet wird und zudem Flucht- oder Wiederholungsgefahr besteht. Im September 2020 hat sodann der Ständerat der fraglichen Rechtsgrundlage für Sicherheitshaft zugestimmt. In der Folge verabschiedete die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft einen entsprechenden Beschluss. Die Referendumsfrist läuft bis zum 14. Januar 2021.

Aus der Strafurteilsstatistik des Bundesamts für Statistik (BFS) geht hervor, dass im Jahr 2019 105'440 Verurteilungen von Erwachsenen, d.h. – 3% mehr/weniger im Vergleich zum Vorjahr – im Strafregister registriert worden sind. Bei 1'980 dieser Urteile ist eine Landesverweisung ausgesprochen worden, was einer Anwendungsrate der obligatorischen Landesverweisung von 58% entspricht. Im gleichen Jahr sind 14'773 Jugendurteile ausgesprochen worden, was im Vergleich zum Vorjahr eine Zunahme um 6% bedeutet. Bei den Verurteilungen aufgrund von Straftaten des Strafgesetzbuches (StGB) und des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) ist der Anstieg besonders hoch (+ 10% resp. 13%).

Christian Josi

## Zivilrecht

### Coronavirus und Verfahrensrecht

Am 16. April 2020 hat der Bundesrat direkt gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV die Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht, SR 272.81) erlassen (vgl. dazu BE N'ius Nr. 26, S. 13 f.). Der Bundesrat hat diese Verordnung, deren Gültigkeitsdauer Ende September 2020 abgelaufen wäre, bis zum 31. Dezember 2020 verlängert. Sie stützt sich neu auf Art. 7 des Covid-19-Gesetzes vom 25. September 2020 (SR 818.102).

Mit der Verlängerung hat der Bundesrat auch inhaltliche Anpassungen beschlossen. Videokonferenzen in Verhandlungen und bei Zeugeneinvernahmen sind in Zukunft nur noch unter strengeren Voraussetzungen möglich. Grundsätzlich ist dafür das Einverständnis der Parteien erforderlich (Art. 2 Abs. 1 Bst. a). Ob das Gericht eine Videokonferenz durchführt, bleibt allerdings selbst bei einem gemeinsamen Antrag der Parteien in seinem Ermessen.

Liegt das Einverständnis der Parteien nicht vor, ist der Einsatz von Videokonferenzen in Verhandlungen nur zulässig, wenn entweder eine Partei bzw. ihre Rechtsvertretung (Art. 2 Abs. 1 Bst. b) oder ein Gerichtsmitglied (Art. 2 Abs. 1 Bst. c) zu den durch das Coronavirus besonders gefährdeten Personen gehören. Weiter dürfen keine wichtigen Gründe gegen eine Durchführung mittels Videokonferenz sprechen. Das BAG publiziert die Liste der besonders gefährdeten Personen nicht mehr in einer Verordnung, sondern auf seiner Website (abrufbar unter <https://www.>

[bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung/besonders-gefaehrdete-menschen.html](http://bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung/besonders-gefaehrdete-menschen.html) [besucht am 13.11.2020]). Schliesslich kann weiterhin auch bei besonderer Dringlichkeit (Art. 2 Abs. 1 Bst. d) eine Verhandlung mittels Videokonferenz angeordnet werden, ohne dass dafür ein besonderer Grund im Zusammenhang mit der Pandemie gegeben sein muss.

Für Zeugeneinvernahmen mittels Videokonferenz gelten grundsätzlich dieselben Voraussetzungen. Die Parteien müssen einverstanden sein oder eine der beteiligten Personen zu den besonders gefährdeten Personen gehören. Im Unterschied zur bisherigen Regelung reicht hingegen eine besondere Dringlichkeit für sich allein für die Anordnung dieser Massnahme nicht aus (Art. 2 Abs. 2).

Für Verhandlungen und persönliche Anhörungen in eherechtlichen Verfahren besteht unter denselben Voraussetzungen neben der Videokonferenz zusätzlich die Möglichkeit einer Telefonkonferenz (Art. 3). Auch hier genügt eine besondere Dringlichkeit nicht.

Im Betreibungsverfahren ist die Zustellung gegen Zustellnachweis ohne Empfangsbestätigung nur noch möglich, wenn ein erster ordentlicher Zustellversuch gescheitert (Art. 7 Abs. 1 Bst. a) und die Empfängerin oder der Empfänger spätestens am Vortag der Zustellung durch telefonische, elektronische oder sonstige Mitteilung über die Zustellung verständigt worden ist (Art. 7 Abs. 1 Bst. b). Anders als in der ersten Regelung darf auf den ersten ordentlichen Zustellversuch nicht verzichtet werden, nur weil er im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände von vornherein unmöglich oder aussichtslos erscheint.

Vgl. im Übrigen die Erläuterungen zur Verordnung unter <file:///C:/Users/mzeq/Downloads/erlaeuterungen-covid19-justiz-d.pdf> [besucht am 13.11.2020].

### **Nachlassstundung**

Im Rahmen der Aktienrechtsrevision hat das Parlament am 19. Juni 2020 beschlossen, den Artikel 293a des Schuldbetriebs- und Konkursgesetzes (SchKG) anzupassen: Die Gesamtdauer der provisorischen Nachlassstundung wird von bisher vier auf acht Monate verlängert, um die Sanierung von Unternehmen zu erleichtern. Da dies gerade während der Corona-Virus-Pandemie von besonderer Bedeutung ist, hat der Bundesrat die entsprechende Gesetzesänderung bereits auf den 20. Oktober 2020 in Kraft gesetzt. Die übrigen Teile der Aktienrechtsreform treten zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft (vgl. dazu unten).

### **Aktienrechtsreform**

Am 19. Juni 2020 hat das Parlament die grosse Aktienrechtsrevision verabschiedet und damit zahlreiche Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) geändert. Eine vollständige Besprechung würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, weshalb im Folgenden nur Einzelaspekte herausgegriffen werden.

Die Revision soll die per 1. Januar 2014 in Kraft gesetzte Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften in Gesetzesform fassen sowie das Aktienrecht modernisieren und an

die wirtschaftlichen Bedürfnisse der nächsten Jahre anpassen. Dazu sind einerseits die Gründungs- und Kapitalbestimmungen flexibler ausgestaltet und andererseits das Aktienrecht auf das neue Rechnungslegungsrecht abgestimmt worden. Weiter sind Geschlechterrichtwerte für grosse börsenkotierte Unternehmen und Bestimmungen für die Regelung der Transparenz bei wirtschaftlich bedeutenden, in der Rohstoffförderung tätigen Unternehmen aufgenommen worden.

Die Bestimmungen zu den Geschlechterrichtwerten und die Transparenzregeln im Rohstoffsektor werden auf den 1. Januar 2021 in Kraft gesetzt. Die übrigen Anpassungen werden voraussichtlich im Jahr 2022 in Kraft treten.

### **1. Aktienkapital**

Das Aktienkapital beträgt nach wie vor mindestens 100'000 Franken (Art. 621 Abs. 1). Neu kann das Aktienkapital aber auch in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währung ausgestaltet werden (Art. 621 Abs. 2). Die Aktien müssen einen Nennwert aufweisen, der grösser als null ist (Art. 622 Abs. 4); er kann somit auch weniger als einen Rappen betragen.

Neu gefasst werden die Bestimmungen über die Sacheinlage. Diese kann schriftlich vereinbart werden. Der Vertrag ist nur noch öffentlich zu beurkunden, wenn es für die Übertragung der Gegenstände notwendig ist (Art. 634 Abs. 2). Sind Grundstücke Gegenstand der Sacheinlage, genügt eine einzige öffentliche Urkunde einer Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft auch dann, wenn sie in verschiedenen Kantonen liegen (Art. 634 Abs. 3). Die Bestimmungen über die Sachübernahme (Art. 628) wurden vollumfänglich gestrichen.

Die nachträgliche Leistung von Einlagen auf nicht voll liberierte Aktien kann auch durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital geschehen (Art. 634b Abs. 2).

Neu muss die Kapitalerhöhung innerhalb von sechs statt wie bisher drei Monaten nach dem Beschluss der Generalversammlung beim Handelsregisteramt zur Eintragung angemeldet werden (Art. 650 Abs. 3).

Aufgegeben wird die genehmigte Kapitalerhöhung (Art. 651 und 651a aOR) zugunsten des neuen Instituts des Kapitalbands (Art. 653s – 653v). Die Statuten können den Verwaltungsrat ermächtigen, während einer Dauer von längstens fünf Jahren das Aktienkapital innerhalb einer Bandbreite (Kapitalband) zu verändern. Sie legen fest, innerhalb welcher Grenzen der Verwaltungsrat das Aktienkapital erhöhen und herabsetzen darf (Art. 653s Abs. 1). Der Beschluss über das Kapitalband fällt dahin, wenn die Generalversammlung während der Dauer der Ermächtigung des Verwaltungsrats das Aktienkapital herauf- oder herabsetzt (Art. 653v Abs. 1).

### **2. Aktienrechtliche Klagen**

Wenn Aktionäre gestützt auf Art. 678 und Art. 754 gegen Organe der Gesellschaft klagen, fordern sie Erfüllung an die Gesellschaft. Vom Prozessergebnis profitieren folglich auch die nicht klagenden Aktionäre, ohne allerdings ein Prozesskostenrisiko einzugehen. Der im Entwurf noch vorgesehene Art. 107 Abs. 1bis E-ZPO, der dem Gericht die Kompetenz ge-

geben hätte, bei Abweisung gesellschaftsrechtlicher Klagen, die auf Leistung an die Gesellschaft gehen, die Gerichtskosten nach Ermessen auf die Gesellschaft und die klagende Partei zu verteilen, ist nun allerdings nicht das Gesetz überführt worden. Auch im Entwurf der Zivilprozessordnung ist diese Bestimmung nicht enthalten.

Der Kreis der Personen, gegen die sich die Rückerstattungsklage nach Art. 678 richten kann, wird erweitert, indem neben den Mitgliedern des Verwaltungsrats und den diesen nahestehenden Personen auch die mit der Geschäftsführung betrauten Personen sowie die Mitglieder des Beirates aufgeführt werden. Auch der Kreis der rückerstattungspflichtigen Leistungen wird ausgedehnt. Neben Dividenden, Tantiemen, anderen Gewinnanteilen, Vergütungen, Bauzinsen, gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven unterliegen schlechthin «andere Leistungen» der Rückerstattung, sofern sie ungerechtfertigt bezogen wurden (Art. 678 Abs. 1). Nicht mehr erforderlich ist, dass die Leistung im bösen Glauben empfangen wird. Mit dem in Art. 678 Abs. 3 enthaltenen Verweis auf Art. 64 wird immerhin klargestellt, dass dem Leistungsempfänger die Entreicheredung zusteht, sofern er bei der Entäusserung der Leistung gutgläubig war. Wie bis anhin sind auch Leistungen rückerstattungspflichtig, die gegen eine Gegenleistung an die Gesellschaft empfangen wurden, soweit sie in einem offensichtlichen Missverhältnis zu der Gegenleistung stehen (Art. 678 Abs. 2). Nicht mehr erforderlich ist hingegen, dass die Leistung auch in einem Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft steht.

Die Frist zur Erhebung der Verantwortlichkeitsklage für Aktionäre, die dem Entlastungsbeschluss nicht zugestimmt haben, beträgt neu zwölf statt sechs Monate (Art. 758 Abs. 2). Die Klage verjährt neu in drei statt fünf Jahren von dem Tag an gerechnet, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat. Die Frist steht allerdings während des Verfahrens auf Anordnung einer Sonderuntersuchung und während deren Durchführung still (Art. 760 Abs. 1). Neu können die Statuten für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten eine Schiedsklausel vorsehen, die für die Gesellschaft, deren Organe, die Mitglieder der Organe und die Aktionäre verbindlich ist (Art. 697n Abs. 1). Für das Verfahren vor dem Schiedsgericht, das seinen Sitz in der Schweiz haben muss, gelten die Bestimmungen des 3. Teils der ZPO. Das zwölfte Kapitel des IPRG ist nicht anwendbar (Art. 697n Abs. 2).

Zwecks Anpassung an die geänderten Bestimmungen des Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts wird auch Art. 250 Bst. c Ziff. 7 – 11, 13 und 14 ZPO geändert, ohne dass damit eine inhaltliche Änderung verbunden ist. Immerhin wird mit der neuen Ziff. 14, welche die Anordnung zur Auflösung der Gesellschaft und zu ihrer Liquidation (Art. 731b, 819 und 908) ausdrücklich dem summarischen Verfahren nach den Vorschriften über den Konkurs zuweist, eine formelle Lücke geschlossen.

### **3. Pflichten in finanzieller Notlage**

Die Pflichten der Gesellschaft in finanzieller Notlage sind neu geregelt worden. Die Tatbestände des Kapitalverlusts und der Überschuldung sind um denjenigen der drohenden Zahlungsunfähigkeit erweitert worden. Der Verwaltungsrat hat die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen (Art. 725 Abs. 1). Bei drohender Zahlungsunfähigkeit ergreift er

Massnahmen oder beantragt der Generalversammlung solche, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen. Nötigenfalls reicht er ein Gesuch um Nachlassstundung ein (Art. 725 Abs. 2).

Der Kapitalverlust und die Überschuldung sind in zwei neuen Bestimmungen präziser geregelt worden (Art. 725a bzw. 725b). Bei Überschuldung kann die Benachrichtigung des Gerichts ausser wie bisher bei Rangrücktritt von Gesellschaftsgläubigern (Art. 725 Abs. 4 Ziff. 1) auch unterbleiben, solange begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse, behoben werden kann und dass die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden (Art. 725 Abs. 4 Ziff. 2).

#### **4. Corporate Governance**

Die Regeln über die Vergütungen bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, finden sich neu unter dem Vierten Abschnitt in Art. 732 bis 735d. Art. 734f regelt die Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung. Sofern nicht jedes Geschlecht mindestens zu 30 Prozent im Verwaltungsrat und zu 20 Prozent in der Geschäftsleitung vertreten ist, sind im Vergütungsbericht einerseits die Gründe anzugeben, weshalb die Geschlechter nicht wie vorgesehen vertreten sind, und andererseits die zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts getroffenen Massnahmen. Dieser Pflicht unterliegen nur Gesellschaften, welche die Schwellenwerte gemäss Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 überschreiten (Bilanzsumme von 20 Millionen Franken, Umsatzerlös von 40 Millionen Franken, 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt). Die Art. 964a bis 964f des Sechsten Abschnitts enthalten Bestimmungen über die Transparenz bei Rohstoffunternehmen. Unternehmen, die zu einer ordentlichen Revision verpflichtet und selber oder durch ein von ihnen kontrolliertes Unternehmen im Bereich der Gewinnung von Mineralien, Erdöl oder Erdgas oder des Einschlags von Holz in Primärwäldern tätig sind, müssen jährlich einen Bericht über die Zahlungen an staatliche Stellen verfassen. (Art. 964a Abs. 1).

#### **Haftung für Baumängel**

Am 29. August 2020 hat der Bundesrat die Vernehmlassung zu einer Revision des Bauvertragsrechts eröffnet. Der Vorentwurf sieht unter anderem vor, die Rügefrist für Mängel auf 60 Tage zu verlängern (Art. 219a Abs. 1, Art. 367 Abs. 1, 370 Abs. 3 VE-OR). Diese Frist soll nicht nur für Werkverträge, sondern auch für Grundstückkaufverträge gelten, sofern sie Bauten betreffen, die noch zu errichten sind oder weniger als ein Jahr vor dem Verkauf neu errichtet wurden (Art. 219a Abs. 2 VE-OR). Weiter soll das Nachbesserungsrecht zum Voraus weder eingeschränkt noch ausgeschlossen werden können, wenn der Bau persönlichen oder familiären Zwecken dient (Art. 368 Abs. 2bis VE-OR).

# Dolmetschwesen Justiz L'interprétariat dans la justice

**Christian Frei**

Ich darf an die Beiträge von Daniel Peier (BE N'ius 23) und zuvor Christof Kipfer (BE N'ius 15 und 19) anknüpfen.

Die Justizleitung und die Sicherheitsdirektion des Kantons Bern haben im Sommer 2020 eine Vereinbarung über das Dolmetschen bei der Kantonspolizei, der Staatsanwaltschaft und den Gerichtsbehörden abgeschlossen. Die Vereinbarung officialisiert die bewährte Zusammenarbeit und die etablierte Ausbildungsstruktur. Zudem vereinfacht sie die Entschädigung der Dolmetscherinnen und Dolmetscher durch Einführung eines Einheitstarifs.

Informationen zum Dolmetschwesen (Ausbildung, Verzeichnis, Organisation) finden Sie im Intranet der Justiz unter <https://wwwwin.justice.be.ch/de/jus/weiteres/dolmetschwesen> (besucht am 31.12.2020) und gegen Ende des Jahres 2021 ergänzend auf der neuen Internetseite der Justiz.

Die Kantonspolizei Bern, die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern und die Gerichtsbehörden des Kantons Bern sind für die Erfüllung ihrer Aufgaben auf Dolmetschende in allen Sprachen angewiesen. Zur Sicherstellung einer minimalen Qualität der dolmetschenden Personen bieten die aufgezählten Organisationseinheiten im Auftrag der Justizleitung und der Sicherheitsdirektion Ausbildungskurse an. Dolmetscherinnen und Dolmetscher, welche die Ausbildung besucht und die Prüfung bestanden haben und auch die weiteren persönlichen Voraussetzungen erfüllen, können sich in ein entsprechendes Verzeichnis eintragen lassen. Das Dolmetscherverzeichnis wird bei der Kantonspolizei zentral geführt und steht den Strafverfolgungs- und den Gerichtsbehörden zur Nutzung offen. Mitarbeitende der Justiz finden das Verzeichnis im Intranet (<https://wwwwin.justice.be.ch/de/jus/weiteres/dolmetschwesen> [besucht am 31.12.2020]).

Der Fachkommission Dolmetschwesen gehören an: Christian Frei, Stabschef der Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern und Leiter der Fachkommission; Andreas Günther, leitender Gerichtsschreiber der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern; Cédric Meyrat, Chef Spezialfahndung 2 Kriminalabteilung Kantonspolizei Bern; Daniela Reinmann, Sekre-

Je me permets de me référer aux contributions de Daniel Peier (BE N'ius 23) et de Christof Kipfer (BE N'ius 15 et 19).

En été 2020, la Direction de la magistrature et la Direction de la sécurité du canton de Berne ont conclu un accord sur l'interprétariat au sein de la police cantonale, du Ministère public et des autorités judiciaires. L'accord officialise la solide collaboration et la structure de formation établie. En outre, il simplifie l'indemnisation des interprètes en introduisant un tarif unitaire.

Vous trouverez de plus amples informations sur l'interprétariat (formation, liste, organisation) dans l'intranet de la justice sur la page <https://wwwwin.justice.be.ch/fr/jus/weiteres/dolmetschwesen> puis, vers la fin de l'année 2021, sur le nouveau site internet de la justice.

Pour l'accomplissement de leurs tâches, la Police cantonale bernoise, le Ministère public et les autorités judiciaires du canton de Berne doivent pouvoir compter sur les services d'interprètes dans toutes les langues. Afin de garantir une qualité minimale de la part des interprètes, les autorités prénommées proposent des cours de formation, sur mandat de la Direction de la magistrature et de la Direction de la sécurité du canton de Berne. Les interprètes ayant suivi ces cours, réussi l'examen effectué à leur issue et qui remplissent aussi les autres conditions personnelles peuvent demander leur inscription dans une liste des interprètes. Cette liste est administrée de manière centralisée par la Police cantonale et est à la disposition des autorités de poursuite pénale et des autorités judiciaires. Les collaboratrices et les collaborateurs de la justice peuvent la consulter dans l'intranet sur la page (<https://wwwwin.justice.be.ch/fr/jus/weiteres/dolmetschwesen>).

La commission spécialisée de l'interprétariat se compose de: Christian Frei, chef de l'état-major du Parquet général du canton de Berne, qui dirige la commission; Andreas Günther, greffier en chef de la Section civile de la Cour suprême du canton de Berne; Cédric Meyrat, chef de la Brigade spéciale 2 de la division Police judiciaire de la Police cantonale bernoise; Daniela

tärin Kriminalabteilung Kantonspolizei Bern; Raphaël Arn, Staatsanwalt Berner Jura-Seeland (Vertretung Französischsprachige); Anthony Glass (Vertretung Dolmetschende) und Scilla Di Donato (Vertretung Dolmetschende).

Die Administration der deutschsprachigen Zulassungskurse (Ausbildung und Prüfung) sowie das Führen des Dolmetscherverzeichnisses sind bei der Kriminalabteilung der Kantonspolizei angegliedert (Kontakt: [kripo\\_sekretariat@police.be.ch](mailto:kripo_sekretariat@police.be.ch)). Im herausfordernden Jahr 2020 konnten trotz Corona-Restriktionen mehrere Zulassungskurse durchgeführt werden. Für das Jahr 2021 sind wiederum mehrere Ausbildungs- und Prüfungssequenzen geplant. Der Einsatz von Staatsanwältinnen und Staatsanwälten und von Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern als Referierende am Kurs wird stets sehr geschätzt und an dieser Stelle verdankt.

Für das französischsprachige Dolmetschwesen (Ausbildung und Prüfung) arbeitet der Kanton Bern eng mit den Kantonen Neuenburg und Jura zusammen. Diese Zusammenarbeit konnte im Jahr 2019 in Form einer Vereinbarung festgehalten werden. Der Kanton Neuenburg übernimmt die Administration. Die beteiligten Kantone bieten Ausbildungen in einem Turnus an, wobei sich auch die Kantone Waadt, Wallis und Freiburg beteiligen.

Art. 59 Abs. 1 des Dekrets betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft vom 24. März 2010 (Verfahrenskostendekret, VKD; BSG 161.12) regelt die Entschädigung für (mündliches) Dolmetschen. Dabei gilt ein Einheitstarif (für alle Sprachen) in der Höhe von grundsätzlich CHF 90.00 pro Stunde. Wenn der Einsatz kürzer als geplant ausfällt oder ganz wegfällt, kann und soll die Verfahrensleitung eine angemessene Entschädigung festlegen (z.B. eine Entschädigung im Umfang von einer Stunde bei kurzfristiger Absage einer Einvernahme, wenn die Dolmetscherin bereits vor Ort ist). Die Staatsanwaltschaft und die Zivil- und Strafgerichtsbarkeit haben Präzisierungen und Praxisfestlegungen beschlossen (Richtlinie der Generalstaatsanwaltschaft über die Verfahrenskosten und Verwaltungsgebühren in Erwachsenenstrafverfahren bzw. Richtlinie des Obergerichts über die

Reinmann, secrétaire de la division Police judiciaire de la Police cantonale bernoise; Raphaël Arn, procureur du Jura bernois-Seeland (représentant des francophones); Anthony Glass (représentant des interprètes); Scilla Di Donato (représentante des interprètes).

L'administration des cours d'admission en langue allemande (formation et examen) et de la liste des interprètes est assurée par la division Police judiciaire de la Police cantonale (contact: [kripo\\_sekretariat@police.be.ch](mailto:kripo_sekretariat@police.be.ch)). Au cours de cette année 2020 très particulière, plusieurs cours d'admission ont pu être organisés, malgré les restrictions dues au coronavirus. En 2021, plusieurs sessions de formation et d'examen sont à nouveau prévues. La participation de procureures de procureurs et de greffières et greffiers en tant que conférencières et conférenciers dans les cours est toujours très appréciée et mérite nos chaleureux remerciements.

Pour l'interprétariat en français (formation et examen), le canton de Berne travaille en étroite collaboration avec les cantons de Neuchâtel et du Jura. Cette collaboration a pu être consignée en 2019 sous forme d'accord. Le canton de Neuchâtel assume l'administration. Les cantons participants proposent des formations à tour de rôle; les cantons de Vaud, du Valais et de Fribours y participent également.

L'art. 59 al. 1 du décret concernant les frais de procédure et les émoluments administratifs des autorités judiciaires et du Ministère public du 24 mars 2010 (décret sur les frais de procédure, DFP, RSB 161.12) régit l'indemnisation de l'interprétariat (oral). Le tarif horaire unitaire (pour toutes les langues) s'élève en principe à CHF 90.-. Si l'intervention est moins longue que prévu ou est annulée, la direction de la procédure peut fixer une indemnisation appropriée (p. ex. une indemnisation équivalant à une heure en cas d'annulation d'une audition à court terme, si l'interprète est déjà sur place). Le Ministère public et les autorités de justice civile et pénale ont décidé des précisions et défini la pratique en la matière (directive du Parquet général sur les frais de procédure et les émoluments administratifs en matière de droit pénal des adultes, ainsi que directive de la Cour suprême sur l'indemnisation des

Entschädigung der Dolmetscherinnen und Dolmetscher). Die Entschädigung für (schriftliche) Übersetzungen richtet sich gemäss Art. 59 Abs. 2 VKD nach der Anzahl Seiten (und nicht nach der Anzahl Stunden).

Die beiden von Daniel Peier in seinem Beitrag in BE N'ius 23 angeführten Aspekte zur Qualitätssicherung dürfen wiederholt werden:

- Setzen Sie Dolmetscherinnen und Dolmetscher ein, welche im Verzeichnis aufgenommen sind (Ausbildung, Akkreditierung, Leumund). Finden sie keinen passenden Dolmetscher oder eine passende Dolmetscherin, fragen Sie bei der Kriminalabteilung unter der Mailadresse [kripo\\_sekretariat@police.be.ch](mailto:kripo_sekretariat@police.be.ch) nach.

- Senden Sie als auftraggebende Staatsanwältinnen, Staatsanwälte, Richterinnen und Richter positive und negative Feedbacks zu Einsätzen von Dolmetscherinnen und Dolmetscher an die Kriminalabteilung (E-Mail oben angegeben). Im Fall von negativen Feedbacks ist ein Ablauf mit Einholen von Stellungnahmen vorgesehen.

interprètes). L'indemnisation de la traduction (écrite) se base sur le nombre de pages (et non sur le nombre d'heures), conformément à l'art. 59 al. 2 DFP.

Les deux aspects évoqués par Daniel Peier dans sa contribution publiée dans BE N'ius 23 relatifs à l'assurance de la qualité méritent d'être répétés:

- Faites appel aux services d'interprètes qui figurent dans la liste (formation, accréditation, réputation). Si vous ne trouvez pas d'interprète approprié disponible, renseignez-vous auprès de la division Police judiciaire de la Police cantonale à l'adresse de courriel [kripo\\_sekretariat@police.be.ch](mailto:kripo_sekretariat@police.be.ch).

- Faites part de vos feedbacks positifs ou négatifs, en tant que procureure ou procureur ou juge ayant donné le mandat d'interprétation, à la division Police judiciaire de la Police cantonale (à l'adresse de courriel précitée). En cas de feedback négatif, une procédure de prise de position est prévue.

# CAS Grundlagen der Mediation: Eine Möglichkeit zur Selbst- reflexion und vertieften Analyse von Konfliktsituationen

Marion Schädeli

- 1 Die Zulassungsvoraussetzungen für den Weiterbildungslehrgang sind abrufbar unter: <https://www.bfh.ch/de/weiterbildung/cas/grundlagen-mediation/> (besucht am 31.12.2020). Weitere vom Schweizerischen Dachverband Mediation (SDM) anerkannte Ausbildungslehrgänge sind abrufbar unter: <https://www.mediation-ch.org/cms3/de/ausbildung/ausbildungen/ausbildungslehrgaenge> (besucht am 31.12.2020).
- 2 Eine erste bzw. andere Möglichkeit zur näheren Befassung mit Konflikten ist im zentralen Kursprogramm des Kantons Bern abrufbar: <https://www.be.ch/lernplattform> (besucht am 31.12.2020), Kurs «Konfliktfähigkeit für Leute ohne Streitlust».
- 3 Soweit in diesem Text aus Gründen der Lesbarkeit nur die männliche oder nur die weibliche Form verwendet wird, gilt die jeweils andere Form als eingeschlossen.
- 4 Vgl. Art. 4 Abs. 1 des Reglements für Ausbildungen/Qualifikationen im Bereich der Mediation vom 1. Januar 2020 (Reglement SDM), abrufbar unter: <https://www.mediation-ch.org/cms3/de/ausbildung/ausbildungen/ausbildungsreglement> (besucht am 31.12.2020).
- 5 Vgl. hierzu auch die von der Berner Fachhochschule durchgeführte Evaluation von Joel Stalder/Marco Frigg/Jachen C. Nett, Mediation in Jugendstrafsachen, Evaluation im Kanton Bern 1.1.2011 – 31.12.2016, März 2019, abrufbar unter: <https://www.bfh.ch> (besucht am 31.12.2020).
- 6 Im Kanton Zürich beispielsweise führt die «Stelle für Mediation im Jugendstrafverfahren» Mediationen im Auftrag der Jugendanwaltschaften durch (<https://www.zh.ch/de/direktion-der-justiz-und-des-innern/jugendstrafrechtspflege/stelle-fuer-mediation-im-jugendstrafverfahren.html> [besucht am 31.12.2020]). In diesem Zusammenhang lohnt sich auch der Hinweis auf die «Restaurative Justiz», bei welcher Opfer und Täter von Straftaten auf freiwilliger Basis und unter Anleitung zusammengeführt werden, was die Chance einer Auf- und Verarbeitung mit sich bringt (<https://www.swissforum.ch/> [besucht am 31.12.2020]).

Konflikte sind im beruflichen wie auch im privaten Umfeld immer wieder anzutreffen. So unerwünscht und nervenaufreibend sie teilweise auch sind, so aufschluss- und lehrreich können sie gleichsam sein. Ein näherer Blick, um welche Bedürfnisse es den Streitparteien im Grunde genommen tatsächlich geht, lohnt sich allemal, fördert er doch regelmässig bisher Unausgesprochenes zu Tage, womit die Grundlage für eine Klärung und Lösung des – vordergründigen, aber möglicherweise bloss stellvertretenden – Problems geschaffen wird. Wer sich mit Konfliktsituationen und deren Lösungsmöglichkeiten aber auch dem eigenen Konfliktverhalten näher auseinandersetzen und gleichzeitig eine Weiterbildung absolvieren möchte, der findet im Rahmen des CAS Grundlagen der Mediation an der Berner Fachhochschule<sup>1</sup> eine wertvolle Horzonterweiterung.<sup>2</sup>

Der Schweizerische Dachverband Mediation (SDM) umschreibt «Mediation» als prinzipiengeleitete Form der Konfliktklärung, bei der ergebnisoffene, allparteiliche Dritte (Mediatoren<sup>3</sup>) die Beteiligten darin unterstützen, in Konflikten selbstverantwortlich zu einvernehmlichen Regelungen zu finden.<sup>4</sup> Der Beizug einer Mediatorin ist insbesondere in Trennungs- und Scheidungssituationen, bei Konflikten in Teams oder Organisationen, bei Vorhaben im öffentlichen Raum (Verkehr, Umwelt, Bau und Raumplanung, Grossevents oder Sicherheitsfragen) oder aber – im Kanton Bern nur wenig verbreitet<sup>5</sup> – in Jugendstrafverfahren<sup>6</sup> denkbar.

Der Studiengang CAS Grundlagen der Mediation der Berner Fachhochschule richtet sich unter anderem an Fach- und Führungspersonen aus verschiedenen Berufsfeldern, welche Ihre Kompetenz im Umgang mit Konflikten entwickeln möchten. Zudem vermittelt er die Grundlagen, das Vorgehen sowie das Methodenrepertoire der Mediation und befähigt, zur Situation passende Elemente aus diesem Methodenrepertoire entsprechend der beruflichen Rolle und Funktion zu nutzen. Ausserdem regt er zur Reflektion der eigenen Prägungen und Werte an und unterstützt in der Weiterentwicklung einer mediativen Haltung. Schliesslich ermöglicht er den Einstieg in die Mediationsausbildung, die bis zum Master of Advanced Studies (MAS) Mediation und Konfliktmanagement ausgebaut werden kann.<sup>7</sup>

Im Weiterbildungslehrgang steht nicht eine rein passive Informationsaufnahme im Vordergrund, sondern eine aktive Teilnahme am Unterricht. Passend dazu ist der Kursaufbau abwechslungsreich und interaktiv gestaltet, wobei sich Theorieblöcke, Gruppenarbeiten und Zeit für gemeinsame Reflexionen ergänzen. Da es dabei auch zur Besprechung persönlicher Themen und Wertvorstellungen kommt, empfehle ich, dass eine Bereitschaft zur Selbstreflexion und eine gewisse Offenheit, die daraus gezogenen Erkenntnisse zumindest teilweise mit der Gruppe zu teilen, vorhanden sind. Zwar besteht keine Pflicht, sich vor allen Teilnehmern zu einem bestimmten Thema zu äussern, nutzt man indessen diese Gelegenheiten, so entstehen diverse bereichernde und in Erinnerung bleibende Gespräche. Übungen im Sinne einer auszugsweisen Mini-Mediation müssen bereits ab dem ersten Kursblock in Untergruppen selbst durchgeführt

- 7 <https://www.bfh.ch/de/weiterbildung/cas/grundlagen-mediation/> (besucht am 31.12.2020).
- 8 Zu beachten ist hierbei, dass ich die Weiterbildung im August 2019 begonnen habe, der Aufbau des Lehrgangs aber zwischenzeitlich verändert wurde (vgl. <https://www.bfh.ch/de/weiterbildung/cas/grundlagen-mediation/> [besucht am 31.12.2020] > Inhalt + Aufbau > Aufbau).
- 9 Vgl. die Liste «Anerkannte Mediationsausbildungen SAV», abrufbar unter: <https://www.sav-fsa.ch/de/weiterbildung/mediation/ausbildung/laufende-ausbildungen.html> (besucht am 31.12.2020).
- 10 Vgl. hierzu u.a. Reglement Mediator SAV/Mediatorin SAV, abrufbar unter: <https://www.sav-fsa.ch/de/weiterbildung/mediation/reglemente.html> (besucht am 31.12.2020).
- 11 <https://www.bfh.ch/de/weiterbildung/cas/grundlagen-mediation/> (besucht am 31.12.2020) bzw. siehe hierzu das Reglement SDM sowie die Richtlinien des SDM für Ausbildungen/Qualifikationen im Bereich der Mediation vom 1. Januar 2020, abrufbar unter: <https://www.mediation-ch.org/cms3/de/ausbildung/ausbildungen> (besucht am 31.12.2020).

werden, wobei die Dozierenden punktuell und gezielt Unterstützung leisten. Ergänzt wird der Lehrgang zudem mit zwischen den Kursblöcken liegenden Gruppenarbeiten in Form von Intervisionen (auch kollegiale [Fall-]Beratung genannt), Supervisionen (fachkundige Begleitung bei ersten eigenen Fällen, was im Rahmen der Ausbildung mehrheitlich theoretischer Natur ist), Selbstlernphasen und zwei selbst verfassten schriftlichen Arbeiten.<sup>8</sup> Neben dem Aufbau des CAS habe ich insbesondere die Zusammensetzung der Klasse aus Teilnehmerinnen mit unterschiedlichen beruflichen Hintergründen als sehr spannend und bereichernd empfunden. So bestand meine Klasse aus 18 Personen insbesondere aus den Bereichen Soziale Arbeit, Recht, Politik, Case Management, (Arbeits-) Psychologie und Coaching. Während des gesamten CAS liegt der Fokus jeweils gerade nicht auf der reinen Wiedergabe von gelerntem Wissen, vielmehr wird eine differenzierte Wahrnehmung, Beobachtung und Analyse von Situationen und Kommunikation gefördert. Im Rahmen der Intervisionen wird beispielsweise der eigene Konfliktstil ermittelt und in der Gruppe besprochen, was eine Auseinandersetzung mit dem eigenen Verhalten und vorhandenen Mustern erlaubt, wobei diese vorwiegend mit familiärer Prägung in Zusammenhang stehen. Weiter führte insbesondere die im Mediationsverfahren angewandte Technik des Perspektivenwechsels – dabei geht es um ein aufrichtiges Hineinversetzen in die jeweils andere Konfliktpartei – bei mir selbst insoweit zu einer nachhaltigen Veränderung, als ich mir des eigenen Wertens und Urteilens stärker bewusst bin, als dies vorher der Fall war. Das merke ich unter anderem im Rahmen der alltäglichen Medienberichterstattung oder aber, wenn eine Person aus dem näheren Umfeld einen Konflikt mit mir bespricht.

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) anerkennt den CAS-Studiengang der Berner Fachhochschule.<sup>9</sup> Mitglieder des SAV erhalten nach erfolgreichem Abschluss sowie Besuch des Zertifizierungskurses SAV das Zertifikat «Mediator SAV». Berechtigt den Titel «Mediatorin SAV» nach der Erstausbildung zu führen ist nur, wer sich periodisch über eine kontinuierliche Weiterbildung im Bereich der Mediation ausweisen kann.<sup>10</sup> Die vom SDM anerkannte Ausbildung zur Mediatorin erfordert – bezogen auf einen Ausbildungsabschluss an der Berner Fachhochschule – nebst dem CAS Grundlagen der Mediation zusätzlich einen der drei nachfolgenden CAS-Studiengänge mit entsprechender Abschlussarbeit: CAS Familienmediation, CAS Mediation in Organisationen oder CAS Mediation im öffentlichen Bereich.<sup>11</sup>

# Strafandrohung nach Art. 292 StGB: Von Amtes wegen anzuordnende direkte Vollstreckungsmassnahme?

Nicolas Wuillemin

- 1 Nach Art. 236 Abs. 3 ZPO setzt die direkte Vollstreckung einen Antrag voraus (BRUNNER/STECK, in: BSK ZPO, 3. Aufl. 2017, Art. 236 N. 43; HUBER, Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO, Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Band 22, 2016, Rz. 274; vgl. KILLIAS, in: BK ZPO, 2012, Art. 236 N. 41; STAEHELIN, in: ZPO-Komm., 3. Aufl. 2017, Art. 236 N. 26), als Ausnahme von diesem Grundsatz sieht Art. 267 ZPO vor, dass das Gericht, das die vorsorglichen Massnahmen anordnet, auch die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen trifft.
- 2 Vorliegend wird unter «direkter Vollstreckung» entsprechend der gängigen Terminologie die bereits im Erkenntnisverfahren gestützt auf Art. 236 Abs. 3 ZPO angeordnete(n) Vollstreckungsmassnahme(n) verstanden. Dies in Abgrenzung zur «indirekten Vollstreckung», bei der die Vollstreckung im Erkenntnisverfahren kein Thema ist, sondern Vollstreckungsmassnahmen erst im Rahmen eines zusätzlichen und separaten Vollstreckungsverfahrens nach Art. 335 ZPO angeordnet werden, wenn die unterliegende Partei dem Erkenntnisentscheid nicht nachgekommen ist.
- 3 Angeordnete Exmissionen werden von der unterliegenden Mieterschaft häufig nicht befolgt. In diesem Fall wird bei fehlender direkter Vollstreckung ein zusätzliches Vollstreckungsgesuch beim Vollstreckungsgericht notwendig; dieser Zeitaufwand (erneuter Schriftenwechsel und zusätzlicher Vollstreckungsentscheid) und die entsprechenden Kosten hätten sich mit der direkten Vollstreckung vermeiden lassen können. Ordnete demgegenüber das urteilende Gericht bereits Vollstreckungsmassnahmen an, so kann der Entscheid direkt vollstreckt werden (Art. 338 Abs. 1 ZPO). Insofern führt die direkte Vollstreckung zu einem effizienten Rechtsschutz (NAEGELI/MAYHALL/OBERHAMMER, in: KuKo ZPO, 2. Aufl. 2014, Art. 246 N. 15). Da es sich bei den Mieterschaften um ein klassisches Massengeschäft im Summarverfahren handelt, liegt die direkte Vollstreckung gewissermassen auch im Interesse des Gerichts, weil damit an sich unnötige Vollstreckungsverfahren vermieden werden.

## I. Ausgangslage und Fragestellung

Bei Mieterschaften im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO unterlässt es die gesuchstellende Partei gelegentlich, einen Antrag<sup>1</sup> auf direkte Vollstreckung<sup>2</sup> zu stellen. Wie geht das Gericht damit um?

Für das Gericht – das zweckmässigerweise bei der Vorprüfung des Gesuchs den fehlenden Antrag feststellen wird – wäre es wünschenswert<sup>3</sup>, wenn ein Vollstreckungsantrag vorliegen würde.

Führt die Eigentümerschaft das Verfahren ohne anwaltliche Vertretung und ist im Hintergrund auch keine Liegenschaftsverwaltung zu erkennen, so liegt die Lösung auf der Hand: Das Gericht fragt bei der gesuchstellenden Partei gestützt auf die gerichtliche Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO nach, ob sie die direkte Vollstreckung beantragen möchte.<sup>4</sup>

«Führt» die Liegenschaftsverwaltung hingegen den Prozess «p.A.» für die Eigentümerschaft, so wird es komplizierter.<sup>5</sup> Zumindest die professionellen Liegenschaftsverwaltungen werden in der Praxis einiger Regionalgerichte nicht als juristische Laien angesehen, mit der Folge, dass die gerichtliche Fragepflicht zurückhaltender ausgeübt und der gesuchstellenden Partei in dieser Konstellation nicht auf die Sprünge geholfen wird.<sup>3</sup> Dasselbe gilt selbstverständlich für anwaltlich vertretene Parteien.<sup>7</sup>

Hat die gesuchstellende Partei – auch nach einer allfälligen Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht – keinen Vollstreckungsantrag gestellt, so kann die direkte Vollstreckung in Form der polizeilichen Zwangsräumung nicht angeordnet werden. Wie verhält es sich mit der Strafandrohung nach Art. 292 StGB für den Unterlassungsfall?

Eine informelle Umfrage bei den Regionalgerichten des Kantons Bern hat ergeben, dass diesbezüglich keine einheitliche Praxis besteht und in einzelnen Regionen die Strafandrohung nach Art. 292 StGB auch in diesen Fällen – d.h. ohne Vollstreckungsantrag – in der Regel oder vereinzelt angeordnet wird.

## II. Gesetzeswortlaut, Meinungsstand und die (frühere) bundesgerichtliche Praxis

Art. 236 Abs. 3 ZPO sieht vor, dass das Gericht auf Antrag der obsiegenden Partei Vollstreckungsmassnahmen anordnet.<sup>8</sup> Die ZPO erwähnt die Strafandrohung nach Art. 292 StGB als mögliche Vollstreckungsmassnahme,<sup>9</sup> weshalb eine solche Massnahme gemäss klarem Gesetzeswortlaut ohne Antrag nicht angeordnet werden kann. Ungeachtet dessen scheinen BRUNNER/STECK die Meinung zu vertreten, die Strafandrohung nach Art. 292 StGB für den Widerhandlungsfall setze auch im Anwendungsbereich der Schweizerischen ZPO keinen Antrag voraus und sei von Amtes wegen anzuordnen.<sup>10</sup> wobei sie sich auf eine frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung stützen<sup>11</sup>. Die Mehrheit des Schrifttums zur ZPO vertritt hingegen die gegenteilige Ansicht unter Berufung auf die Dispositionsmaxi-

- 4 HUBER, a.a.O., Rz. 274; vgl. KILLIAS, a.a.O., Art. 236 N. 41.
- 5 Die professionelle Liegenschaftsverwaltung ist zur berufsmässigen Vertretung nicht befugt (Art. 68 Abs. 2 ZPO), weshalb formell die Eigentümerschaft den Prozess selber führt. Angesichts des Umstands, dass die Liegenschaftsverwaltung als Zustelladresse fungiert, ist es zumeist offensichtlich, dass die einzelnen Partei-handlungen von der Verwaltung vorgenommen werden, während die Eigentümerschaft bloss ihre Unterschrift unter die Eingaben setzt.
- 6 Vgl. OGer Kanton Bern ZK 17 207 vom 26. Juni 2017, E. 15, wonach von einer Partei, die durch eine professionelle Immobilienverwalterin unterstützt wird, erwartet werden könne, die rechtlichen Voraussetzungen der ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257d OR zu kennen und zu wissen, dass diese Voraussetzungen im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen nicht nur zu behaupten, sondern zu belegen sind (E. 15.3). Es stellt sich die Frage, ob von einer solchen Partei resp. der professionellen Liegenschaftsverwaltung tatsächlich auch die Kenntnis des Antragserfordernisses bezüglich des prozessualen Instituts der direkten Vollstreckung erwartet werden kann. Angesichts der Erwägungen des hiervor angeführten Obergerichtsentscheids ist zu vermuten, dass das Obergericht diese Frage bejahen würde. Allerdings besteht die Gefahr eines Widerspruchs, wenn einerseits die Eigentümerschaft sich nicht durch eine Liegenschaftsverwaltung vertreten lassen darf (siehe dazu Fn. 6 vorne), andererseits ihr aber ein Nachteil dadurch erwächst, dass sie die Liegenschaftsverwaltungen als Zustelladresse angibt.
- 7 In der Praxis kommt es indes höchst selten vor, dass anwaltlich vertretene Parteien bei Exmissionen keinen Antrag auf direkte Vollstreckung stellen.
- 8 Demgegenüber war die direkte Vollstreckung gemäss Art. 404 der früheren bernischen Zivilprozessordnung bei Nichtgeldleistungen notwendiger Bestandteil des Urteils (KÖLZ, Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungspflichten im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 150, 2007, Rz. 145; vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl. 2000, Art. 403 N. 3a, wonach die Strafandrohung von Amtes wegen zu erfolgen habe).

me<sup>12</sup>, den Gesetzeswortlaut sowie dessen Entstehungsgeschichte<sup>13</sup>.

Mit Blick auf den klaren Gesetzeswortlaut stellt sich die Frage, weshalb die Strafandrohung von Amtes wegen angedroht werden könnte oder müsste. BRUNNER/STECK verweisen dazu auf die bereits erwähnte Praxis des Bundesgerichts.<sup>14</sup> Eine andere Begründung findet sich im jüngeren Schrifttum zur ZPO nicht.<sup>15</sup> Es fällt auf, dass die erwähnte bundesgerichtliche Praxis Jahrzehnte vor der Schweizerischen ZPO ergangen ist. Daher ist fraglich, ob und gegebenenfalls auf welcher Grundlage diese Praxis auch unter der ZPO, die ihrerseits ein Antragserfordernis vorsieht, anzuwenden ist. Diese Frage ist nachfolgend zu klären.

### III. Art. 76 Abs. 1 BZP und die Schweizerische ZPO

STAEHELIN hält fest, die erwähnte Praxis des Bundesgerichts sei nie begründet worden,<sup>16</sup> und bezieht sich dabei auf Bundesgerichtsentscheide, die zwischen 1961 und 1972 ergangen sind. Geht man noch weiter zurück ins Jahr 1957, so lässt sich in BGE 83 II 249 E. 6 im Zusammenhang mit der amtswegigen Strafandrohung nach Art. 292 StGB der Verweis auf Art. 76 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP) finden. Dieser sieht vor, dass in Urteilen mit Handlungsverpflichtungen von Privaten die Strafandrohung nach Art. 292 StGB für den Widerhandlungsfall von Amtes wegen anzudrohen ist.<sup>17</sup> Daher könnte man meinen, dass auch die späteren Entscheide des Bundesgerichts auf diesem in Art. 76 Abs. 1 BZP normierten Grundsatz basieren.<sup>18</sup>

Der Anwendungsbereich der BZP ist jedoch grundsätzlich auf Klagen vor Bundesgericht als einzige Instanz nach Art. 120 BGG<sup>19</sup> beschränkt.<sup>20</sup> Aus diesem Grund stellt Art. 76 Abs. 1 BZP in den kantonal nach der ZPO geführten Verfahren keine Grundlage für die Strafandrohung nach Art. 292 StGB von Amtes wegen dar.<sup>21</sup>

Es stellt sich die Frage, ob Art. 76 Abs. 1 BZP zumindest vor Bundesgericht anwendbar ist, wenn dieses als Beschwerdeinstanz entscheidet, da Art. 71 BGG die sinngemässe Anwendung der Vorschriften des BZP für das Verfahren vor Bundesgericht vorsieht, sofern das BGG keine besonderen Bestimmungen über das Verfahren enthält. Immerhin ordnete das Bundesgericht im Jahr 2011 als Beschwerdeinstanz die Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB an, obwohl die Beschwerdeführerin die Strafandrohung erstmals vor Bundesgericht beantragte, und erwog, der vor den kantonalen Instanzen fehlende Antrag sei unschädlich, da das Bundesgericht seine Urteile, die Private zum Unterlassen einer Handlung verpflichten, gemäss Art. 76 BZP i.V.m. Art. 71 BGG von Amtes wegen mit der Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB versehen könne.<sup>22</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht erscheint eine solche sinngemässe Anwendung von Art. 76 Abs. 1 BZP in Verfahren vor Bundesgericht als Beschwerdeinstanz jedoch systematisch unpassend, sofern die obsiegende Partei keine Strafandrohung beantragt hat.<sup>23 24</sup> Hinzu kommt, dass die Anordnung der Strafandrohung nach Art. 292 StGB bei genauerer Betrachtung nicht das Verfahren vor Bundesgericht, sondern die Vollstreckung beschlägt.<sup>25</sup> Diesbezüglich sieht Art. 70 Abs. 1 BGG vor, dass Entscheide des Bundesgerichts auf Nichtgeldleistungen von den Kantonen in gleicher Weise wie rechtskräftige Urteile ihrer Gerichte zu vollstrecken sind, während sie –

- 9 Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO.
- 10 BRUNNER/STECK, a.a.O., Art. 236 N. 43.
- 11 BGE 98 II 138 E. 4, 97 II 234 E. 2.
- 12 STAEHELIN, a.a.O., Art. 236 N. 26; KRIECH, in: DIKE-Komm. ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 236 N. 19; vgl. KILLIAS, a.a.O., Art. 236 N. 41.
- 13 HUBER, a.a.O., Rz. 276.
- 14 BRUNNER/STECK, a.a.O., Art. 236 N. 43.
- 15 Vgl. aber hinten Anm. 28.
- 16 STAEHELIN, a.a.O., Art. 236 N. 26, mit Verweis auf BGE 98 II 138, 147; 97 II 230, 239; 96 II 257, 262; 93 II 424, 433; 87 II 107, 112. Dieselbe Feststellung findet sich bei KÖLZ, a.a.O., Rz. 145, mit einer Übersicht zum Meinungsstand im Schrifttum vor Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO.
- 17 Art. 76 Abs. 1 BZP.
- 18 KÖLZ (a.a.O.) befasste sich in seiner Dissertation sowohl mit Art. 76 Abs. 1 BZP (Rz. 100) als auch mit der hiervor erwähnten Praxis des Bundesgerichts bezüglich Strafandrohung von Amtes wegen (Rz. 145); gleichwohl kam er zum Schluss, die Praxis des Bundesgerichts sei höchststrichterlich nie begründet worden (Rz. 145).
- 19 Die vom Bundesgericht als einzige Instanz beurteilten Klagen sind Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden und kantonalen Behörden, Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen sowie Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung gegen Bundesratsmitglieder, Bundeskanzler, Mitglieder der eidgenössischen Gerichte und der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft (Art. 120 Abs. 1 BGG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. b-cbis des Verantwortungsgesetzes vom 14. März 1958).
- 20 Art. 1 Abs. 1 BZP.

wenn das Bundesgericht auf Klage hin entschieden hat – nach den Art. 74–78 BZP zu vollstrecken sind. Mithin sind für Vollstreckungen im Zivilrecht die Art. 335 ff. ZPO massgebend.<sup>26</sup> Die amtswegige Anordnung der Strafandrohung nach Art. 292 StGB in sinngemässer Anwendung von Art. 76 BZP im Rahmen der direkten Vollstreckung durch das Bundesgericht in einem zivilrechtlichen Beschwerdeverfahren würde dieser Regelung im Ergebnis widersprechen. Aus diesen Gründen ist nach der hier vertretenen Ansicht festzuhalten, dass auch im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren die Anordnung der Strafandrohung nach Art. 292 StGB von Amtes wegen nicht möglich ist.

#### IV. Fazit

Somit ist zu resümieren, dass sich aus der von BRUNNER/STECK erwähnten bundesgerichtlichen Praxis nicht begründen lässt, weshalb in Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO die Strafandrohung von Amtes wegen vorzusehen wäre. Ein (anderer) Grund, um hier vom klaren Gesetzeswortlaut resp. der Dispositionsmaxime abzuweichen, ist auch nicht erkennbar.<sup>27</sup> Mithin ist die eingangs aufgeworfene Frage – in Übereinstimmung mit der Mehrheit im Schrifttum zur ZPO – nach der hier vertretenen Ansicht zu verneinen: Ohne Vollstreckungsantrag besteht im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen keine Grundlage, dem Mieter die Straffolgen nach Art. 292 StGB für den Widerhandlungsfall anzudrohen. Dies gilt uneingeschränkt für die Verfahren vor den kantonalen Gerichten und dürfte nach der hier vertretenen Meinung auch für das Verfahren vor Bundesgericht als Beschwerdeinstanz zutreffen.

Um dieses (unerwünschte<sup>28</sup>) Ergebnis abzumildern, empfiehlt es sich, Parteivorbringen wie z.B. die Erwähnung eines «Räumungsbefehls» oder der «Polizei» im Zusammenhang mit dem Ausweisungsbegehren eher grosszügig als Antrag auf direkte Vollstreckung auszulegen.<sup>29,30</sup>

Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass bei Vorliegen eines Antrags auf direkte Vollstreckung das Gericht von Amtes wegen über die zweckmässige Vollstreckungsmassnahme entscheidet<sup>31</sup> und diesfalls für den Unterlassungsfall neben der polizeilichen Räumung auch die Strafandrohung nach Art. 292 StGB vorsehen kann<sup>32</sup>.

Herzlich bedanke ich mich bei Frau Corinne Thomet, MLaw Rechtsanwältin, Gerichtsschreiberin an der Zivilabteilung des Regionalgerichts Bern-Mittelland, für die kritische Durchsicht dieses Beitrags und ihre wertvollen Anmerkungen.

- 21 Vgl. zur diesbezüglich vergleichbaren Rechtslage vor Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO: KÖLZ, a.a.O., Rz. 100; KUMMER, Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafwang, ZStrR 94/1977 S. 384.
- 22 BGer 5A\_235/2011 vom 8. August 2011, E. 1 (nicht publiziert in BGE 137 III 444).
- 23 Wie im Lauftext dargelegt verlangt die ZPO einen Antrag für die direkte Vollstreckung und damit auch für die Strafanndrohung von Art. 292 StGB im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen, weshalb es systematisch widersinnig wäre, dies vor Bundesgericht als 3. Instanz ins Gegenteil zu verkehren, nachdem vor den kantonalen Instanzen nach der ZPO hierfür ein Antrag vorausgesetzt wurde (vgl. KÖLZ, a.a.O., Rz. 100).
- 24 Soweit ersichtlich wurde die Strafanndrohung von Amtes wegen nach Art. 76 BZP vom Bundesgericht denn ansonsten auch nur dann sinngemäss angewendet, wenn die Strafanndrohung beantragt wurde, namentlich wenn nur die genaue Bezeichnung der zu gewärtigen Strafe «mit einer Busse» im Antrag auf Strafanndrohung fehlte (BGer 5A\_66/2013 vom 29. August 2013, E. 8; mit Verweis auf BGE 95 II 456 E. 4) oder wenn nach Beschwerdeabweisung die (im erstinstanzlichen Entscheid angedrohte) Strafanndrohung nach Art. 292 StGB zu wiederholen war (BGer 5D\_98/2012 vom 14. August 2012, E. 7).
- 25 So auch KÖLZ, a.a.O., Rz. 100, nach welchem Art. 76 BZP inhaltlich dem Zwangsvollstreckungsverfahren angehört, weshalb diese Norm durch den Verweis von Art. 40 OG [der Vorgängernorm von Art. 71 BGG], der sich auf das Verfahren beziehe, nicht erfasst sei.
- 26 GÜNGERICH, in: Bundesgerichtsgesetz (BGG), SHK, Seiler/von Werdt/Güngerich/Oberholzer (Hrsg.), 2. Aufl. 2015, Art. 70 N. 2; vgl. AUBRY GIRARDIN, in: Commentaire de la LTF, Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin (Hg.), 2. Aufl. 2014, Art. 71 N. 10.
- 27 Gemäss KÖLZ könnte das Gericht bei «einer unmittelbar drohenden Zuwiderhandlung» eventuell gar davon ausgehen, dass ein entsprechender Antrag in der Klage mitenthalten ist (KÖLZ, a.a.O., Rz. 151; vgl. OBERHAMMER in der Erstauflage seines Kurzkommentars, der diesen Ansatz bezogen auf Unterlassungs-begehren vertrat mit der Begründung, das Rechtsschutzinteresse hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens folge aus einer Begehungs- oder Wiederholungsgefahr, weshalb zwecks vollwertigen Rechtsschutzes der Antrag auf Vollstreckung als im Unterlassungsbegehren enthalten angesehen werden müsse [OBERHAMMER, in: KuKo ZPO, 1. Aufl. 2010, Art. 236 N. 10]). Bei Mieterausweisungen im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO kann eine unmittelbar drohende Zuwiderhandlung indes – ohne entsprechende zusätzliche Ausführungen der gesuchstellenden Partei – nicht einfach so angenommen werden, andernfalls im Ergebnis wiederum der klare Gesetzeswortlaut und die Dispositionsmaxime sowie der Verhandlungsgrundsatz miss achtet würden.
- 28 Wie in Anm. 4 vorne dargelegt, liegt ein Antrag auf direkte Vollstreckung gewissermassen im Interesse des Gerichts.
- 29 Diese Vorgehensweise stützt sich methodisch auf den prozessualen Grundsatz, dass Rechtsbegehren im Lichte ihrer Begründung auszuliegen sind (statt vieler: BGE 137 III 617 E. 6.2).
- 30 OGer Luzern vom 17.08.2011, LGVE 2011 I Nr. 27, vgl. BACHOFNER, Mieterausweisung, Rz. 634, die darauf hinweist, dass das Rechtsbegehren «Der Mieter sei auszuweisen» diesbezüglich unklar erscheine und die gerichtliche Fragepflicht auslöse.
- 31 STAEHELIN, a.a.O., Art. 236 N. 26; HUBER, a.a.O., Rz. 278; ZINSLI, in: BSK ZPO, 3. Aufl. 2017, Art. 343 N. 4.
- 32 So die Praxis der Regionalgerichte Berner Jura-Seeland, Oberland und Emmental-Oberaargau.

# Das Replikrecht im Zivilprozess: Funktion und Grenzen

Céline Althaus

- 1 So ausdrücklich für alle grundrechtlichen Ansprüche: KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 3. Aufl. 2018, S. 477.
- 2 Vgl. zur common law Tradition AEMI-SEGGGER, Die Bedeutung des US-amerikanischen Rechts bzw. der Rechtskultur des common law in der Praxis schweizerischer Gerichte am Beispiel des Bundesgerichts, AJP 1/2008, S. 26; LANTER, Formeller Charakter des Replikrechts. Herkunft und Folgen, ZBl 2012, S. 169. Auswahl von Verurteilungen der Schweiz durch den EGMR aufgrund des Replikrechts: Urteil des EGMR Niederöst-Huber gegen Schweiz vom 18. Februar 1997, Recueil CourEDH 1997-I S. 101; Urteil des EGMR F.R. c. Suisse vom 28. Juni 2001; Urteil des EGMR Contardi c. Suisse vom 12. Juli 2005.
- 3 Die Frage der Äusserung liegt im Ermessen der Prozesspartei. Vgl. hierzu: BGE 138 I 154 E.2.7 S. 158 f.; Urteil des EGMR, Werz c. Suisse vom 17. D Urteil des EGMR Werz gegen Schweiz vom 17. Dezember 2009, § 53; so auch das BGer im Urteil des Bundesgerichts 5A\_779/2010 vom 1. April 2011 E. 2.2.
- 4 Urteil des EGMR Schaller-Bossert gegen die Schweiz vom 28. Oktober 2010 § 42 f.; BGE 138 I 484 E. 2.3 S. 486; Urteil des EGMR Joos gegen Schweiz vom 15. November 2012 § 30 ff.; Urteil des EGMR Schmid gegen Schweiz vom 22. Juli 2014 § 31.
- 5 Auch bekannt als Replikrecht i.e.S. und Replikrecht i.w.S. Vgl. u.a. BGE 137 I 195, E. 2.3.1, S. 197; 138 I 154, E. BGE 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197; BGE 138 I 154 E. 2.5 S. 158 f.; GRIFFEL, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N. 38 zu § 26; BOHNET: Le droit de réplique en procédure civile, in: Le droit de réplique, 2013, Rz. 12.
- 6 KOLLER, in: Basler Kommentar. Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, N. 24 zu Art. 1. Vgl. auch BGE 139 II 198 E. 4.2 S.104.
- 7 Das Verfahren vor der UBI ist bspw. kein gerichtliches: BGE 138 I 154 E. 2.7 S. 158 f. Vgl. zur Kritik: KIENER/KÄLIN, a.a.O., S. 500, Fn. 1; DONATSCH, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N. 33, Fn. 4 zu § 58.

## I. Einleitung

Ein Anspruch bliebe ein leeres Versprechen, könnte er verfahrensrechtlich nicht durchgesetzt werden.<sup>1</sup> Zu dieser Durchsetzung tragen u.a. die Verfahrensgrundrechte bei. Eines davon ist das Replikrecht, das die Frage beantwortet, wie mit Stellungnahmen, Äusserungen, Vernehmlassungen und weiteren Eingaben der Gegenpartei, Vorinstanz und anderen Stellen (nachfolgend gesamthaft als «Eingaben» bezeichnet) in einem Verfahren umzugehen ist. So erteilt es einer Partei u.a. in Gerichtsverfahren ein Recht auf Kenntnis- und Stellungnahme bezüglich aller solchen Eingaben. Dieser Anspruch lässt sich aber weder direkt dem Wortlaut von Art. 29 BV, Art. 6 EMRK noch Art. 14 UNO-Pakt-II entnehmen. Stattdessen musste das Replikrecht erst vom EGMR aus dem rechtlichen Gehör als Teilanspruch eines fairen Verfahrens gem. Art. 6 EMRK abgeleitet und vom Bundesgericht (nachfolgend «BGer») in seiner Rechtsprechung zu Art. 29 BV übernommen werden.<sup>2</sup> Heute – mehr als zwanzig Jahre nach dessen Anerkennung als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs durch das BGer – soll dieser Aufsatz nun einen Überblick über das Replikrecht und dessen Funktion im Zivilprozess verschaffen und mögliche Grenzen aufzeigen.

## II. Inhalt des Replikrechts

Das Replikrecht gibt den Parteien grundsätzlich das Recht, von allen getätigten Eingaben Kenntnis zu nehmen (Recht auf Kenntnisnahme) und sich dazu – sofern gewünscht – äussern zu dürfen (Recht auf Stellungnahme).<sup>3</sup> Laien sind auf die Äusserungsmöglichkeit ausdrücklich hinzuweisen, während die Zustellung 'zur Kenntnisnahme' bei einer rechtskundigen oder anwaltlich vertretenen Partei genügt.<sup>4</sup> Nur 'grundsätzlich' bestehen diese Ansprüche, weil das BGer zwischen einem bedingten und einem unbedingten Replikrecht unterscheidet. Während das Recht zur Kenntnis- und Stellungnahme in Gerichtsverfahren bezüglich aller neuen Eingaben (unbedingtes Replikrecht) besteht, sind diese Ansprüche in allen anderen Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden auf Eingaben beschränkt, die geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen, also zulässige Noven enthalten (bedingtes Replikrecht).<sup>5</sup> Dass bereits die Unterscheidung zwischen einem Gerichtsverfahren – also der gerichtlichen Überprüfung eines Sachverhalts auf seine Rechtsfolgen<sup>6</sup> – und einem nichtgerichtlichen Verfahren schwierig sein kann, ist nur einer der Gründe, weshalb diese Praxis kritisiert wird.<sup>7</sup> Im Zivilprozess als «rechtlich geregeltes, vom Gericht geleitetes, Streitiges Mehrparteienverfahren, das die autoritative Entscheidung und Durchsetzung privater Rechte zum Gegenstand hat»,<sup>8</sup> findet das unbedingte Replikrecht Anwendung. Insofern können genannte Abgrenzungsschwierigkeiten hier ausser Acht gelassen werden. Die nachfolgenden Ausführungen zum Replikrecht im Zivilprozess beziehen sich also nur auf das unbedingte Replikrecht.<sup>9</sup> Nur dieses ist gemeint, wenn nachfolgend vom 'Replikrecht' die Rede ist.

- 8 MARKUS/DROESE: Zivilprozessrecht, 1. Aufl. 2018, S. 6, N. 5.
- 9 SCHMID/HOFER: Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 287.
- 10 Urteil des EGMR Nideröst-Huber gegen Schweiz vom 18. Februar 1997, Recueil CourEDH 1997-I S. 101.
- 11 Ebd., § 29.
- 12 Ebd., § 27.
- 13 Vgl. nur folgende herausgegriffenen Urteile des EGMR: F.R. c. Suisse vom 28 Juni 2001, Nr. 37292; Urteil des EGMR F.R. c. Suisse vom 28 Juni 2001 § 36; Urteil des EGMR Ziegler c. Suisse vom 3. Mai 1993 § 33; Urteil des EGMR Kessler c. Suisse vom 26. Juli 2007 § 32; Urteil des EGMR Werz c. Suisse vom 17. Dezember 2009 § 55.
- 14 KIENER/KÄLIN, a.a.O., S. 498, Fn. 1. Vgl. zum rechtl. Gehör i.e.S. Wiederkehr: Fairness als Verfassungsgrundsatz, Bern 2006, S. 26; SCHAEERZ, Der Begriff des «fairen Verfahrens» gemäss Art. 6 EMRK in der schweizerischen Rechtspraxis, in: Das faire Verfahren nach Art. 6 EMRK, Heide 2005, S. 64.
- 15 Erstmals das Replikrechts in einem amtlich publizierten Entscheid anerkannt in: BGE 132 I 42.
- 16 AUER/MÜLLER/SCHINDLER (Hg.), VwVG. Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2018, Art. 34, N. 3; BGE 138 I 484 E. 2.2 S. 485; BGE 133 I 100 E. 4.6 S 104.
- 17 BGE 121 I 230 E. 2b S. 232; KIENER / KÄLIN, a.a.O., S. 479, Fn. 1; RHINOW ET AL., Öffentliches Prozessrecht. Grundlagen und Bundesrechtspflege, 2. Aufl. 2010, Rz. 313.
- 18 Art. 53 ZPO, der das rechtl. Gehör für den erstinstanzlichen Zivilprozess festhält, geht nicht über Art. 29 BV hinaus. LAN-TER, a.a.O., S. 168, Fn. 2; ZGRAGGEN-KAPPELER: Das Replikrecht, in: Justice-Justiz-Giustizia 2015/3, S. 4; HURNI, in: Berner Kommentar, Art. 1-149 ZPO, 2012, Art. 53, N. 5.
- 19 Zum Vertrauensbegriff vgl. GREENBERG/FOLGER, Procedural justice, participation, and the fair process effect in groups and organizations, in: Basic Group Processes, New York 1983, S. 235 ff.; LIND/TYLER, The Social Psychology of Procedural Justice, New York 1988;

### III. Historische Entwicklung

Das erste Mal aufgrund einer Verletzung des Replikrechts vom EGMR verurteilt wurde die Schweiz im Jahr 1997.<sup>10</sup> Ausschlaggebend war, dass dem Bf. die Stellungnahme der Vorinstanz nicht zugestellt wurde. Der EGMR sprach der Vorinstanz keine Parteistellung zu, weshalb die Waffengleichheit nicht verletzt war, stellte aber fest, es gehe in Art. 6 EMRK um «la confiance des justiciables dans le fonctionnement de la justice» und dieses Vertrauen werde durch «l'assurance d'avoir pu s'exprimer sur toute pièce au dossier»<sup>11</sup> sichergestellt. Es sei daher unbeachtlich, ob die Stellungnahme einen Einfluss auf den Entscheid habe: Die Parteien würden entscheiden, ob eine Eingabe eines Kommentars bedürfe.<sup>12</sup> Diese Ausführungen übernahm der EGMR in weiteren Entscheiden.<sup>13</sup> Bis dahin kannte die Schweiz mit dem rechtl. Gehör i.e.S. ein Kenntnismacherecht aller relevanten Punkte und einen Äusserungsanspruch vor Erlass des Entscheides. Ein solcher Anspruch bezüglich neuer, novenloser Eingaben war ihr aber neu.<sup>14</sup> Entsprechend lange dauerte es, bis das BGer diese Rechtsprechung in seine eigene übernahm.<sup>15</sup> Heute ist das Replikrecht anerkannter Teilgehalt des rechtl. Gehörs, wobei das BGer dieses in allen Gerichtsverfahren – auch in denen, die Art. 6 EMRK nicht erfasst – anerkennt.<sup>16</sup> Dabei handelt es sich um eine verfassungsrechtliche Minimalgarantie,<sup>17</sup> die jedoch den allgemeinen Inhalt des Replikrechts abbildet, da die Normen der einschlägigen Verfahrensgesetze, soweit ersichtlich, nicht über diese hinausgehen.<sup>18</sup>

### IV. Funktion des Replikrechts im Zivilprozess

Aus der soeben aufgezeigten historischen Entwicklung ergeben sich zwei wesentliche Punkte bezüglich des Replikrechts: Es ist ein Teilgehalt des rechtl. Gehörs und der EGMR spricht ihm eine wesentliche Vertrauensfunktion zu. Damit sind zwei Punkte im Hinblick auf die Funktion des Replikrechts im Zivilprozess zu klären: Ob und wie das Replikrecht das Vertrauen in die Justiz stärkt und wie es zu den Funktionen des rechtl. Gehörs steht.

#### 1. Die Vertrauensfunktion

Laut dem EGMR stärkt das Replikrecht das Vertrauen in die Justiz. Vorab ist aufzuzeigen, woraus dieses Vertrauen im Zivilprozess besteht.<sup>19</sup> Im Zivilprozess unterwerfen sich mind. zwei Personen der Entscheidungsgewalt des Gerichts, das verbindlich über einen privatrechtlichen Rechtsstreit urteilt. Dazu müssen sie Vertrauen in das Ziel des Zivilprozesses haben: Die Durchsetzung des materiellen Rechts, die Wiederherstellung des Rechtsfriedens, die Klärung der Sachlage und der Abbau von sozialen Barrieren und Vorurteilen.<sup>20</sup> Vertrauen in die Justiz heisst im Zivilprozess also u.a. Vertrauen in das Gericht in Bezug auf die Klärung der Sachlage.<sup>21</sup> Dieses Vertrauen ist Ausdruck eines demokratischen Gedankens: Aus jeder Entscheidung eines Systems ziehen einige Vorteile und andere Nachteile. Seine Rechtmässigkeit kann dieses System aber nur daraus ziehen, dass der Weg zur Entscheidung fair ist.<sup>22</sup> Damit das Replikrecht eine solche Vertrauensfunktion im Zivilprozess also wahrnehmen kann, müsste es die die Fällung eines fairen Urteils und insofern die Sachaufklärung und das faire Verfahren stärken.

- THIBAUT/WALKER, *Procedural Justice. A Psychological Analysis*, Hillsdale 1975. Vgl. insbesondere LEVI/STOKER: *Political trust and trustworthiness*, in: *Annual Review of Political Science* 2000, 3/1, S. 476: «Trust is relational; it involves an individual making herself vulnerable to another [...] institution that has the capacity to do her harm or to betray her.»
- 20 Vgl. zum Ganzen BRÄNDLI, *Prozessökonomie im schweizerischen Recht*, Diss. Bern 2013, S. 37 ff.
- 21 Zur institutionellen Vertrauensdefinition: SCHAAL, *Verfassungsgerichtliche Deutungsmacht und rationale Selbstbindung*, in: *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden 2006, S. 124; SCHAAL, *Vertrauen, Verfassung und Demokratie*, Wiesbaden 2004, S. 83.
- 22 BÜHLMANN/KUNZ, *Confidence in the Judiciary. Comparing the Independence and Legitimacy of Judicial Systems*, in: *West European Politics* 34/2, Abingdon 2011, S. 317-345, DOI: 10.1080/01402382.2011.546576, S. 319. Ein T.d.L. spricht insofern auch von einer Dienstleistung zur Streitbeilegung. Vgl. TYLER, *Procedural Justice and the Courts*, in: *Court Review. The Journal of the American Judges Association*, Vol. 44, Issue 1/2, S. 29. Vgl. auch SCHWENKEL, *Der Einfluss kantonaler Justizsysteme auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichte*, Diss. Luzern 2016, S. 184.
- 23 Dies war bereits den Römern bekannt, was der Digestensatz *res iudicata pro veritate accipitur* zeigt. Dieser bedeutet übersetzt: «Das Urteil wird als die Wahrheit genommen.» Vgl. D 1,5,25.
- 24 WACKE, *Res iudicata pro veritate accipitur?*, in: *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly*, Wien 2011, S. 488. In diesem Sinne auch NIGGLI, *Materielle Wahrheit*, in: *ContraLegem* 2018, S. 84 f.
- 25 BGE 115 V 38 E. 2b S. 44; BGE 117 V 261 E. 3b S. 264.
- 26 So sind die Ausführungen dann gerade nicht unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, womit die Fragepflicht nicht greift. Vgl. GEHRI, in: *Basler Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Aufl. 2017, N. 9 zu Art. 56.
- 27 HABSCHIED, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2. Aufl. 1990, N. 539. Vgl. Art. 55 Abs. 1 ZPO und die Abschwächung in Art. 153 ZPO/ Art. 56 ZPO.

### 1.1. Das Replikrecht im Licht der Sachaufklärung

Die Sachaufklärung mit dem Ziel der 'Wahrheitsfindung' hat nicht den Anspruch die 'absolute' Wahrheit zu finden.<sup>23</sup> Vielmehr geht es um die Annäherung an diese unter Berücksichtigung der formellen Voraussetzungen.<sup>24</sup> So kann es auch sein, dass eine Tatsache beweislos bleibt, womit nach den Regeln der Beweislast vorzugehen ist, nicht etwa kein Urteil gefällt wird.<sup>25</sup> Die Sachaufklärung folgt keiner Geraden: In einer Stellungnahme kann eine Partei einen bereits angesprochenen Punkt so ausführen, dass Unklares klarer und scheinbar Klares – wo die gerichtliche Fragepflicht nicht weiterhilft<sup>26</sup> – wieder in Frage gestellt wird. Gerade im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime, wo die Parteien den Prozessstoff im Wesentlichen zusammenzutragen haben,<sup>27</sup> können Stellungnahmen damit zur Klarstellung des Sachverhalts beitragen. Aber auch im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime sind es stets die Parteien, die dem Sachverhalt am nächsten stehen.<sup>28</sup> So kann selbst eine novenlose Stellungnahme zum besseren Verständnis des Sachverhalts beitragen. Damit dient das Replikrecht der Sachaufklärung.

### 1.2. Das Replikrecht im Dienst der Verfahrensgerechtigkeit

Das Vertrauen in die Justiz hängt weiter von der Verfahrensgerechtigkeit ab. Ein faires Verfahren verlangt, dass der Einzelne nicht als Objekt angesehen wird, sondern den Gang und das Ergebnis des Verfahrens beeinflussen kann.<sup>29</sup> Dies ist Ausdruck der Achtung der Persönlichkeit und der Menschenwürde.<sup>30</sup> Bereits Art. 29 BV verwendet als eine der wenigen Verfassungsbestimmungen den Ausdruck «gerecht».<sup>31</sup> Eine allgemeine Definition, was darunter zu verstehen ist, scheint jedoch zu fehlen. Insofern greift diese Arbeit zur Ermittlung, ob das Replikrecht der Verfahrensgerechtigkeit<sup>32</sup> dient, drei Prüfpunkte aus der Forschung heraus, die sich mit der Fairness eines Verfahrens befassen: Das Mitspracherecht, die Waffengleichheit und der Frustrationseffekt.

#### a. Das Mitspracherecht («voice»)

Nicht nur das Urteil vermag die wahrgenommene Verfahrensgerechtigkeit zu begünstigen, sondern insbesondere auch das Mitspracherecht.<sup>33</sup> Dieses ruft das Gericht auf, die Parteien als Verfahrenspartner und nicht als unwillkommene Störer des Friedens anzusehen, was die Akzeptanzchance des späteren Urteils und die Wahrnehmung, ein Verfahren sei «gerecht», fördern soll.<sup>34</sup> Gemäss dem rechtlichen Gehör i.e.S. sind die Parteien vor der Urteilsfällung zu allen wesentlichen Punkten anzuhören.<sup>35</sup> Das Replikrecht weitet dieses Mitspracherecht auf alle neuen Eingaben aus, indem zu all diesen Stellung genommen werden darf. Die Frage, ob die Eingabe eines Kommentars bedarf, wird in die Hände der Partei gelegt. Insofern fördert das Replikrecht die Mitsprache.

#### b. Waffengleichheit: Kampf mit gleich langen Spiessen

Das Gebot der Waffengleichheit gem. Art. 29 Abs. 1 BV besagt, ein Urteil sei dann «gerecht», wenn mit gleich langen Spiessen gefochten wurde.<sup>36</sup> Fraglich ist, ob das Replikrecht diesen Gedanken aufnimmt. Dazu ist zwischen Eingaben mit Noven und solchen ohne Noven zu unterscheiden. Die Nichtzustellung Ersterer verstösst bereits gegen das Gebot der Waf-

- 28 Zur Untersuchungsmaxime vgl. statt vieler: BRÖNIMANN, in Berner Kommentar, N. 3, Fn. 17 zu Art. 150 ZPO.
- 29 Beispielhaft BGE 122 II 464 E. 4a S. 469; WIEDERKEHR, S. 3, Fn. 13; KIENER: Rechtsstaatliche Anforderungen an Einbürgerungsverfahren, recht 2000, S. 220; RHINOW: Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000, S. 213.
- 30 MASTRONARDI: Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz. Berlin 1978, S. 77 f.; JÖRG PAUL MÜLLER: Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Verfassungsrecht der Schweiz, 2001, S. 510; HAEFLIGER/SCHÜRMAN: Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Schweiz, 2. Aufl. 1999, S. 180; ALBERTINI: Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, 2000, S. 70 ff.; SCHEFER: Grundrechte in der Schweiz, Bern 2005, S. 493 ff.; VILLIGER: Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl. 1999, Rz. 375 ff.; RHINOW, a.a.O., S. 213, Fn. 28.
- 31 Neben Art. 29 BV verwenden Art. 2 BV und Art. 119a BV den Ausdruck «gerecht».
- 32 Hier ist die subjektive Verfahrensgerechtigkeit der Verfahrensparteien gemeint, also die Frage, wie fair das Verfahren von den Verfahrensparteien wahrgenommen wird.
- 33 LIND/TYLER, a.a.O., S. 204, Fn. 18. Zum Begriff «procedural justice» vgl. THIBAUT/WALKER, a.a.O., S. 546, Fn. 18.
- 34 KIENER/KÄLIN, a.a.O., S. 497, Fn. 1; BGE 117 Ia 262 E. 4b S. 268.
- 35 Vgl. statt vieler BGE 141 V 557 E. 3.1 S. 564; BGE 140 I 99 E. 3.4 S. 102; SCHAERZ, a.a.O., S. 64, Fn. 13.
- 36 Urteil des Bundesgerichts 4A\_146/2011 vom 12. Mai 2011 E. 6.2; BGE 122 V 157 E. 2b S. 163.
- 37 Urteil des EGMR Nideröst-Huber gegen Schweiz vom 18. Februar 1997, Recueil CourEDH 1997-I S. 101 § 27.
- 38 WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, N. 23 zu Art. 31; ALBERTINI, a.a.O., S. 275 f., Fn. 29.
- 39 Grosse Möglichkeiten zur Einflussnahme bietet auch die Mediation. Vgl. BALLREICH/GLASL, Mediation in Bewegung, Stuttgart 2007, S. 14.

fengleichheit, die Nichtzustellung Letzterer nur gegen das Replikrecht.<sup>37</sup> Ein Teil der Lehre ist nun aber der Ansicht, auch Eingaben, die keine Noven enthalten, hätten ein faktisches Beeinflussungspotential.<sup>38</sup> Dieser Ansicht ist zu folgen: Wie soeben in Ziff. IV.1.1 gesehen, lässt sich ein Prozess nicht als Gerade zeichnen und die Stellungnahme zu einer vorab als 'nicht entscheiderelevant' eingestuften Eingabe kann eine Klarstellung herbeiführen. Besonderes Gewicht erhält eine solche Eingabe dann, wenn sie von der Vorinstanz stammt, die dem Sachverhalt sehr nahesteht. Ihre Stellungnahme dürfte damit vom Gericht unabhängig von Noven umso ernster genommen werden. Davon ausgehend, ist faktisch eine Beeinflussung des Entscheids durch eine Eingabe, die keine Noven enthält, möglich. Deren Zustellung dient damit i.w.S. auch der Waffengleichheit, womit das Replikrecht auch dieser Rechnung trägt.

### c. Der Frustrationseffekt

Sozialpsychologische Studien kamen zum Schluss, die Parteien würden u.U. ein für sie günstigeres Ergebnis erwarten, wenn sie denken, sie könnten das Ergebnis beeinflussen.<sup>39</sup> Die resultierende Enttäuschung über ein unvorteilhaftes Ergebnis könne sich auf die wahrgenommene Verfahrensgerechtigkeit auswirken.<sup>40</sup> Auch wenn die Voraussetzungen dieses Frustrationseffektes bisher nicht genau definiert wurden, scheint dieser plausibel, wird doch die Partei bei einer bloss formalen Gewährung des Mitspracherechts ohne Einflussmöglichkeit nicht ernstgenommen, sondern nur die 'Anhörungspflicht' erledigt.<sup>41</sup> Beim Replikrecht besteht diese Gefahr dann, wenn die Eingabe, zu der Stellung genommen wird, den Entscheid nicht zu beeinflussen vermag. Wie in lit. b gesehen, ist die ex ante-Feststellung, ob eine Eingabe beeinflussungsfähig ist, schwierig. Im Rahmen der Kostenminimierung wird es sich eine Partei sodann gut überlegen, ob sie zu einer Eingabe, die für den Ausgang des Entscheides wenig relevant erscheint, eine Stellungnahme abgeben will.<sup>42</sup> Tut sie dies dennoch, ist die erwartete Einflussmöglichkeit wohl gering. Die Gefahr eines Frustrationseffektes aufgrund des Replikrechts dürfte damit klein sein. So spricht auch der letzte der hier herausgegriffenen Punkte dafür, dass das Replikrecht die Verfahrensgerechtigkeit stärkt.

## 2. Funktion im Licht des rechtlichen Gehörs als Grundnorm

Das rechtl. Gehör, aus dem sich der Teilgehalt des Replikrechts bildet, dient der Sachaufklärung und vermittelt ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht.<sup>43</sup> Damit sind dessen Funktionen mit denjenigen des Replikrechts kongruent. Da sich das Vertrauen in die Justiz aus den Aspekten der Verfahrensgerechtigkeit und der Sachaufklärung bildet, wird dieses auch durch das rechtl. Gehör gestärkt. Unabhängig davon, ob die Funktion des Replikrechts ausgehend von seiner nationalen Ausprägung oder aber seiner völkerrechtlichen Abstammung ermittelt wird, würde man daher auf dasselbe Ergebnis kommen. Damit zeigt diese Funktionsanalyse zugleich auf, dass unsere nationalen Verfahrensgrundrechte niemals Selbstzweck sind, sondern als Normengeflecht – eingebettet in das völkerrechtliche Umfeld – eine Vertrauensfunktion wahrnehmen.<sup>44</sup>

- 40 GREENBERG/FOLGER, a.a.O., S. 235 ff., Fn. 18; LIND/TYLER, a.a.O., S. 183, Fn. 18; HILDRETH/MOORE/BLADER, Revisiting the instrumentality of voice. Having voice in the process makes people think they will get what they want, in: Social Justice Research, Vol. 27, S. 209 ff.
- 41 Vgl. nur LANGENBACH: Der Anhörungseffekt. Verfahrensfairness und Rechtsbefolgung im allgemeinen Verwaltungsverfahren, Diss. Bonn 2015/16, S. 110.
- 42 AEMISEGGER: Die Bedeutung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur EMRK für die Kantone, in: La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons / Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, 2014, S. 127 ff., hier S. 127; ZGRAGGEN-KAPPELER, a.a.O., S. 23, Fn. 17.
- 43 Vgl. zur gesellschaftsbezogenen und individualrechtlichen Funktion: BGE 135 II 286 E. 5.1 S. 293.
- 44 KIENER/KÄLIN, a.a.O., S. 478, Fn. 1.
- 45 Dies., S. 477, Fn. 1.
- 46 MEYER, in: Kommentar EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. München 2015, N. 91a zu Art. 6; Urteil des deutschen Bundesfinanzhofs vom 1. April 2009, in: openJur 2011, 86618, <<https://openjur.de/u/158651.html>> (besucht am 25.11.2020).
- 47 Dabei sind nicht Grundrechtseingriffe gemeint. Vgl. zu diesen KIENER/KÄLIN, a.a.O., 485 f., Fn. 1.
- 48 BRÄNDLI, a.a.O., S. 20, Fn. 19.
- 49 NOSKE, Die Prozessökonomie als Bestandteil des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, Diss. Wiesbaden 1989, S. 27.
- 50 Z.B. wenn das materielle Recht nicht mehr durchsetzbar ist. Zweck des Zivilprozesses: Ziff. 3.1.
- 51 GRODECKI, Strasbourg et le droit à la réplique, plädoyer 2/2007, S. 55.
- 52 BÜRKI, Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, Tübingen 1982, S. 80; AUER, Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der Prozessmaximen, Diss. Bern 1997, S. 30; SCHUMANN, Die Prozessökonomie als rechtsethisches Prinzip, in: Festschrift Karl Larenz, München 1973, S. 277; VON METTENHEIM, Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozess, Diss. Berlin 1970, S. 17 ff.

### 3. Zwischenfazit

Das Vertrauen in die Justiz lebt von den Aspekten der Verfahrensgerechtigkeit und der Sachaufklärung. Das Replikrecht, das sowohl die Mitsprache als auch die Waffengleichheit fördert und zur Sachaufklärung beiträgt, trägt zu beiden dieser Aspekte bei und nimmt damit eine wichtige Vertrauensfunktion wahr. Zu diesem Fazit gelangt man unabhängig davon, ob die Funktionsanalyse vom nationalen oder vom Völkerrecht her erfolgt. Die Zielsetzung des nationalen und Völkerrechts ist Ausdruck desselben Gedankens: Erst in der Kombination aus Verfahrensgerechtigkeit und Sachaufklärung findet das Justizsystem seine Legitimität und nur durch eine mögliche verfahrensrechtliche Durchsetzung entfalten Grundrechte ihre Wirkung.<sup>45</sup>

## V. Grenzen des Replikrechts

Würde nun jedoch jede Partei zu jeder neuen Eingabe Stellung nehmen, ohne in ihrem Stellungnahmerecht begrenzt zu werden, wäre ein endloser Prozess mit ständig neuen Eingaben möglich. Je länger ein Prozess aber andauert, umso schwieriger wird die Sachaufklärung.<sup>46</sup> Ein 'endloser' Prozess widerspräche somit bereits der Funktion des Replikrechts selbst. Mit diesem 'Problem' sieht sich auch das BGer konfrontiert, das in verschiedenen Urteilen nun selbst einige Grenzen aufgestellt hat. Nachfolgend sollen diese Grenzen des BGer sowie weitere mögliche Grenzen des Replikrechts aufgezeigt und diskutiert werden.<sup>47</sup>

### 1. Zeitliche Grenzen des Replikrechts

Die Ressourcen eines Rechtssystems sind beschränkt.<sup>48</sup> Auch im Bewusstsein dessen wurde in Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV das Beschleunigungsgebot verankert. Diesem liegt der Gedanke der Prozessökonomie zugrunde: Prozessrecht soll zweckmässig sein.<sup>49</sup> Dauert ein Verfahren zu lange, kann dessen Zweck vereitelt werden.<sup>50</sup> Das Replikrecht führt nun aber zur Verfahrensverzögerung, da sich die Partei zu jeder neuen Eingabe äussern darf.<sup>51</sup> Nf. ist daher vorab der Begriff der Prozessökonomie zu klären und anschliessend zu prüfen, wie die Rechtsprechung und Lehre diesem Zielkonflikt durch zeitliche Begrenzungen des Replikrechts begegnet.

#### 1.1 Die Prozessökonomie

Die Prozessökonomie ist eine Zweck-Mittel-Relation: Der geringstmögliche Aufwand soll zum grösstmöglichen Nutzen führen.<sup>52</sup> Dabei ist der Gesamtaufwand bis zur letzten Instanz zu betrachten: Die Verkürzung des einzelnen Verfahrens (bspw. erste Instanz) muss nicht dazu führen, dass betrachtet auf alle evtl. noch folgenden Verfahren (bspw. Rechtsmittelinstanz), Aufwand gespart wird.<sup>53</sup> Das Replikrecht steht dem grds. nicht entgegen, so stärkt es die Akzeptanz des Urteils und verhindert u.U. die Einlegung eines Rechtsmittels gegen dieses. Die nf. Grenzen verhindern aber, dass das Replikrecht zum prozessualen Leerlauf führt. Dies wäre dann der Fall, wenn das Replikrecht der Verfahrensgerechtigkeit und Sachaufklärung nur minimal dient, dessen Vertrauensfunktion die Verfahrensverzögerung also nicht zu rechtfertigen vermag.

- 53 BRÄNDLI, a.a.O., S. 35, Fn. 19.
- 54 Zum 10-Tage-Richtwert: BGE 138 I 484 E. 2.2 S. 486; BGE 133 I 100 E. 4.8, S. 105; Urteil des Bundesgerichts 9C\_680/2014 vom 15. Mai 2015 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 6B\_1181/2013 vom 13. Juni 2014 E. 5.3.1. Es gilt das Zustellungs-, nicht das im Zivilprozess übliche Einreichungsprinzip. Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5D\_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.4; Urteil des Bundesgerichts 4A\_332/2011 vom 21. November 2011 E. 1.
- 55 Vgl. die Zusammenstellung der kantonalen Praxis in HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess – eine Replik, AJP 4/2017, S. 457.
- 56 Urteil des Bundesgerichts 2D\_46/2012 vom 16. Januar 2013 E. 4.2.2.
- 57 BGE 138 I 484 E. 2.2 S. 486; BGE 132 I 42 E. 3.3.4 S. 47; Urteil des Bundesgerichts 5D\_82/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3.3; DONATSCH, a.a.O., N 38, Fn. 4 zu § 58.
- 58 ZGRAGGEN-KAPPELER, a.a.O., S. 12, Fn. 17.
- 59 SEETHALER/PLÜSS, in: Praxiskommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, N. 46, Fn. 37 zu Art. 57.
- 60 Diese Frist gilt im Übrigen auch für Summarverfahren, sofern es sich nicht um eine dringende Summarsache handelt. Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5D\_112/2013 vom 15. August 2013 E.2.2.3; Urteil des Bundesgerichts 5A\_814/2014 vom 12. Dezember 2014 E. 3.3.
- 61 Urteil des Bundesgerichts 9C\_680/2014, vom 15. Mai 2015 E. 1.5. Ein T.d.L will diese auch bei anwaltlich vertretenen Parteien noch berücksichtigen, sofern keine Treuwidrigkeit vorliegt, vgl. LANTER, a.a.O., S. 178 f., Fn. 2.
- 62 So auch ZGRAGGEN-KAPPELER, a.a.O., S. 12, Fn. 17.
- 63 Bisher vom BGer offengelassen – aber im Urteil des Bundesgerichts 5D\_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.4.1 angedeutet, dies sei nicht der Fall – wurde die Frage, ob die Frist während den Gerichtsferien stillsteht.
- 64 So auch ZGRAGGEN-KAPPELER, a.a.O., S. 12, Fn. 17.
- 65 BGE 139 I 189, E. 3.3 ff., S. 192 f.
- 66 Vgl. Urteil des EGMR Micallef gegen Malta vom 15. Oktober 2009 § 86.

## 1.2 Gerichtliche Wartefrist: Verzichtsfiktion

Die Verzichtsfiktion stellt fest, wie lange auf eine Stellungnahme der Partei gewartet werden muss, bevor verbindlich angenommen wird, diese wolle sich dazu nicht äussern. Diese Verzichtsfiktion ist gem. dem BGer frühestens am 10. Tag nach der Zustellung der Eingabe anzunehmen, wobei die Stellungnahme bis am letzten Tag dieses Zeitraums beim Gericht einzutreffen hat (Zustellungsprinzip).<sup>54</sup> Unterschiedlich gehandhabt wird die Frage, ob diese Frist der Partei mitzuteilen ist.<sup>55</sup> Auch wenn das BGer i.d.R. Frist zur Stellungnahme ansetzt, gibt das Replikrecht keinen Anspruch darauf.<sup>56</sup> Das BGer anerkennt aber, dass die Partei mind. innerhalb von 10 Tagen ohne Begründung um eine Fristeinräumung ersuchen kann, womit die Verzichtsfiktion ausgeschlossen wird.<sup>57</sup> Alle so innert Frist eingegebenen Stellungnahmen, auch unaufgeforderte, sind zu beachten.<sup>58</sup> Nach dieser Wartefrist darf das Gericht die Stellungnahme ohne Verletzung des Replikrechts aus dem Recht weisen.<sup>59</sup> Diese zeitliche Begrenzung ist grds. angemessen, sollte der Richtwert von 10 Tagen – wobei das Gericht im Einzelfall auch eine höhere Frist ansetzen kann – selbst für einen komplexen SV zur Stellungnahme ausreichen.<sup>60</sup> Kritisch ist aber eine fehlende Fristansetzung. Eine anwaltlich nicht vertretene, nicht rechtskundige Partei würde bei Zustellung der Eingabe auf das Stellungnahmerecht hingewiesen, nicht aber auf die Zeitdauer, in der dieses auszuüben ist. Das BGer anerkennt zwar, dass verspätete Stellungnahmen einer anwaltlich nicht vertretenen Partei, die noch vor dem Urteil eintreffen zu berücksichtigen sind,<sup>61</sup> sofern nun bereits ein Urteil ergangen ist, hilft dies aber nicht. Damit wäre das Stellungnahmerecht dieser Partei nicht gewahrt. Aber auch bei einer anwaltlich vertretenen Partei ist diese Praxis fraglich: So weiss diese ja gerade, dass sie jederzeit auch ohne Frist eine Stellungnahme abgeben kann.<sup>62</sup> Führt die fehlende Fristansetzung aber nicht zur Verfahrensbeschleunigung, ist kein Grund für diese Praxis ersichtlich. Weiterer Kritikpunkt ist die fehlende Aufklärung über das Zustellungsprinzip und die Tatsache, dass die Frist mangels Anwendbarkeit der Art. 142 ff. ZPO weder erstreckbar noch wiederherstellbar ist.<sup>63</sup> Eine anwaltlich nicht vertretene Partei wird kaum von dieser Rechtsprechung Kenntnis haben. So ist die zeitliche Begrenzung grds. zwar angemessen. Es sollte aber mit der Zustellung der Eingabe Frist zur Stellungnahme angesetzt werden und anwaltlich nicht vertretene Parteien sollten auf das Zustellungsprinzip und die fehlende Anwendbarkeit der Art. 142 ff. ZPO hingewiesen werden.<sup>64</sup>

## 1.3 Vorsorgliches Massnahmeverfahren

Im Verfahren auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme solle laut dem BGer ohne Verzug entschieden werden können, womit u.U. kein Replikrecht bestehe.<sup>65</sup> Diese zeitliche Grenze steht grds. mit der Rechtsprechung des EGMR im Einklang. So anerkennt dieser, dass «in Ausnahmefällen [...] die sofortige Erfüllung aller Anforderungen des Art. 6 EMRK unmöglich sein kann» und das Replikrecht nur so eingeschränkt angewendet werden könne, wie das «mit der Art und dem Zweck des jeweiligen Provisorialverfahrens vereinbar ist».<sup>66</sup> Klar ist dies bei einer superprovisorischen Massnahme der Fall, wo gerade die Natur der Sache die nachträgliche Gewährung des Replikrechts verlangt.<sup>67</sup> Die analoge Anwendbarkeit dieser Rechtspre-

- 67 Da z.B. sonst die Anordnung vereitelt werden könnte. Vgl. auch HURNI, a.a.O., N. 54, Fn. 17 zu Art. 53.
- 68 LANTER, a.a.O., S. 171, Fn. 2; JEANNERAT/MAHON: Le droit de répliquer en droit public et en procédure administrative en général, in: Le droit de réplique, 2013, Rz. 37.
- 69 Urteil des Bundesgerichts 2D\_20/2010 vom 20. Mai 2010 E. 2.2; WOLF, Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen, in: Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, S. 177.
- 70 BGE 130 II 149 E. 2.2 S. 155; Urteil des Bundesgerichts 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 3.1.
- 71 GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 583; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2017, Rz. 1244; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2016, N. 11.211.
- 72 BGE 130 II 149 E. 2.2 S. 155; Urteil des Bundesgerichts 2C\_215/2011 vom 26. Juli 2011 E. 3.4.
- 73 LANTER, a.a.O., S. 181, Fn. 2; AEMISEGGER, Probleme bei der Umsetzung der EMRK durch die Schweiz, in: Festschrift für Tobias Jaag, 2012, S. 594; ZGRAGGEN-KAPPELER, a.a.O., S. 23, Fn. 17.
- 74 ZGRAGGEN-KAPPELER, a.a.O., S. 23, Fn. 17.
- 75 Dies wird meist auch in ihrem finanziellen Interesse liegen. Vgl. AEMISEGGER, Bedeutung der Rechtsprechung, S. 127, Fn. 41.
- 76 In allen anderen Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden ist das Replikrecht bedingt.
- 77 KIENER/KÄLIN, a.a.O., S. 500, Fn. 1; DONATSCH, a.a.O., S. 1087, N. 33 zu §58; ders., S. 719, Fn. 4 zu §58; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N. 13, Fn. 37 zu Art. 31.
- 78 ZGRAGGEN-KAPPELER, a.a.O., S. 10, Fn. 17. In Verwaltungsverfahren ist jedoch oft ein Einwendungs- / Einspracheverfahren vorgesehen, das dem rechtl. Gehör teilweise Rechnung trägt. Vgl. für die Bundesebene u.a. Art. 30a VwVG. Für das Baubewilligungsverfahren im Kanton BE vgl. Art. 35 BauG BE.
- 79 Z.B. findet im Verwaltungsverfahren i.d.R. der Untersuchungsgrundsatz Anwendung und der Partei steht kein Anspruch auf Gleichbehandlung mit der verfügenden

chung auf alle vorsorglichen Massnahmen will ein T.d.L. aber aufgrund der Präjudizwirkung, die einer solchen Massnahme zukommen könnte, verneinen.<sup>68</sup> Anders das BGer, das die Nachholung des Replikrechts im Hauptverfahren zumindest im öffentlichen Beschaffungswesen beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung genügen lassen will.<sup>69</sup> Zur ersteren Ansicht sei gesagt, dass der durch den Endentscheid zu regelnde Zustand nie durch die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme präjudiziert werden darf.<sup>70</sup> Eine solche vorsorgliche Massnahme wäre generell unzulässig, nicht erst aufgrund des Replikrechts. Bei einer vorsorglichen Massnahme handelt es sich um keinen Entscheid in der Hauptsache und nach h.L. entfaltet diese auch keine materielle Rechtskraft.<sup>71</sup> Damit erscheint die nachträgliche Gewährung des Replikrechts im Hauptverfahren nicht generell unverhältnismässig. Die Sach- und Rechtslage wird im vorsorglichen Massnahmeverfahren nur summarisch geprüft, was klar macht, dass der Entscheid schnell, mit herabgesetztem Beweismass und ohne detaillierte SV-Erhebung ergehen soll.<sup>72</sup> Dennoch muss m.E. eine Interessenabwägung im Einzelfall vorgenommen werden. Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme impliziert bereits, dass Dringlichkeit und die Gefahr eines nicht wieder leicht gutzumachenden Nachteils gegeben sind. Nur in Ausnahmefällen soll das Replikrecht gem. EGMR aber erst nachträglich gewährt werden. Diese Unmöglichkeit ist bei superprovisorischen Massnahmen gegeben. Im Einzelfall, nicht aber pauschal, kann sie auch bei einer vorsorglichen Massnahme gegeben sein. Insofern darf das Replikrecht bei superprovisorischen und im Einzelfall allenfalls auch bei einer vorsorglichen Massnahme zeitlich ins Hauptverfahren aufgeschoben werden.

#### 1.4 Prozessuale Mittel zur zeitlichen Begrenzung

Zeitlich beschränkt kann das Replikrecht weiter durch den verantwortungsbewussten Umgang des Gerichts, der Vorinstanz und der Parteien mit den Stellungnahmen werden. So hat das Gericht die Möglichkeit, der unterliegenden Partei das letzte Wort einzuräumen, wobei diese Eingabe der obsiegenden Partei erst mit dem Endentscheid zugestellt wird. Da der obsiegenden Partei dadurch kein Nachteil erwächst, ist ihr Replikrecht gem. h.L. nicht verletzt.<sup>73</sup> Ein endloser Prozess kann auch durch den verantwortungsvollen Umgang der Prozessparteien und der (etwaigen) Vorinstanz vermieden werden. Sodann hatte die Vorinstanz bereits die Möglichkeit, sich umfassend zur Sache zu äussern. I.d.R. sollte ihre Stellungnahme daher nicht viel zur Sache beitragen und daher unterbleiben.<sup>74</sup> Im Zivilprozess kann jede Partei zur Prozessbeschleunigung insofern beitragen, als dass sie auf eine Eingabe der Gegenpartei nicht wiederum mit einer Eingabe reagieren muss.<sup>75</sup>

## 2. Sachliche Grenzen des Replikrechts

Auch das Replikrecht hat sich an die Vorgaben des Verfahrens, des materiellen Rechts und der Rechtsprechung zu halten und findet daran die nf. aufzuzeigenden sachlichen Grenzen.

### 2.1 Grenze des Anwendungsbereichs

Das hier zur Diskussion stehende unbedingte Replikrecht gilt nur in gerichtlichen Verfahren.<sup>76</sup> Diese Praxis wird kritisiert. Sie sei nicht überzeu-

- Behörde gem. Art. 29 Abs. 1 BV zu. BGE 127 I 73 E. 3f/bb S. 81; WALDMANN, in: Basler Kommentar. Bundesverfassung, 2015, N. 20 zu Art. 29.
- 80 MASTRONARDI, a.a.O., S. 77 f., Fn. 29; MÜLLER, a.a.O., S. 510, Fn. 29; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, a.a.O., S. 180, Fn. 29; ALBERTINI, a.a.O., S. 70 ff., Fn. 29.
- 81 In diesem Sinne wohl auch ZGRAGGEN-KAPPELER, a.a.O., S. 10, Fn. 17.
- 82 Urteil des Bundesgerichts 8C\_1027/2009 vom 17. August 2010 E. 2.1; BGE 135 I 187 E. 2.2 S. 190.
- 83 Freilich nur, sofern die gleiche Kognition besteht. Vgl. statt vieler BGE 133 I 201 E. 2.2 S. 204.
- 84 Vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, Rz. 332.
- 85 KNEUBÜHLER, Gehörsverletzung und Heilung, ZBl 1998, S. 107 ff., ALBERTINI, a.a.O., S. 463 ff., Fn. 29.
- 86 Vgl. nur BGE 126 I 68 E. 2 S. 72; BGE 126 II 111 E. 6b/cc S. 124; BGE 124 II 132 E. 2d S. 138.
- 87 So sind gem. KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 116 ff., Fn. 84 und ALBERTINI, a.a.O., S. 469 f., Fn. 29 der Partei, die den Entscheid deshalb anfigt u.a. keine Prozesskosten aufzuerlegen, was m.E. richtig erscheint.
- 88 Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 21. September 2012 E. 26, in: ZK 12 217. KAUFMANN, in: Schweizerische Zivilprozessordnung. Kommentar, 2. Aufl. 2016, N. 39 zu Art. 253; BBl 2006 I 7221, S. 7350; BGE 144 III 117 E. 2.1 S. 118; BGE 138 I 484 E. 2.4 S. 487.
- 89 Vgl. dazu bereits im römischen Recht die *exceptio doli* und *actio de dolo*: HONSELL/MAYER-MALY/SELB, Römisches Recht, 4. Aufl. des Werkes von Jörs/Kunzel/Wenger, Berlin/Heidelberg u.a. 1987, S. 372; KASER, Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl. München 1971, S. 487 f. Vgl. auch das germanische Recht: BÜRGI, Ursprung und Bedeutung der Begriffe Treu und Glauben und Billigkeit im schweizerischen Recht, 1939, S. 103; ZELLER, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, 1981, S. 150. Vgl. heute für den Rechtsmissbrauch Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 5 Abs. 3 BV und für das Gebot von Treu und Glauben Art. 2 Abs. 1 ZGB sowie Art. 52 ZPO im Speziellen für den Zivilprozess.

gend und inkonsequent.<sup>77</sup> Andererseits ist gerade in Verwaltungsverfahren Praktikabilität zwingend notwendig, um den administrativen Aufwand gering zu halten.<sup>78</sup> Da sich diese Arbeit mit dem Replikrecht im Zivilprozess beschäftigt, kann grds. offengelassen werden, ob diese Begrenzung gerechtfertigt ist. Gesagt sei, dass sich zwar Unterschiede zwischen einem Zivilprozess und z.B. einem Verwaltungsverfahren finden lassen,<sup>79</sup> in Letzterem, wo die 'Verfügung' des Staates über den Einzelnen besonders ausgeprägt scheint<sup>80</sup> aber besondere Anstrengungen getätigt werden sollten, um das Vertrauen in die Justiz zu stärken. Der administrative Aufwand alleine als Rechtfertigung der Begrenzung des Anwendungsbereichs darf m.E. daher nicht ausreichen. Stattdessen sollte generell eine sorgfältige Interessenabwägung zwischen der besonderen Verfahrensart, den Ausprägungen des Einzelfalls, dem Gewicht des Beschleunigungsgebots und dem Replikrecht selbst, vorgenommen werden.<sup>81</sup> Kommt man aufgrund dieser zum Schluss, das Replikrecht müsse eingeschränkt werden, wäre dies m.E. gerechtfertigt. Durch die Praxis des BGer wird das Replikrecht heute aber auf Gerichtsverfahren begrenzt.

## 2.2 Grenzen des materiellen Rechts und der Verfahrensordnung

Auch das Replikrecht hat sich an die Vorgaben des materiellen und des Prozessrechts zu halten. Inwiefern dieses dadurch sachlich begrenzt wird, ist nf. aufzuzeigen.

### a. Die Heilungspraxis als Einschränkung der formellen Natur

Die formelle Natur des rechtl. Gehörs und seiner Teilgehalte führt – unbeachtet der materiellen Begründetheit und des materiellen Interesses – bei dessen Verletzung zur Aufhebung des entsprechenden Entscheids.<sup>82</sup> Dieser Mangel kann aber – sofern keine besonders schwerwiegende Verletzung vorliegt oder aber ein prozessualer Leerlauf gegeben wäre – laut der Praxis des BGer vor oberer Instanz geheilt werden, indem das rechtl. Gehör dort nachgeholt wird.<sup>83</sup> Diese Praxis wird kritisiert.<sup>84</sup> Jüngere Lehrmeinungen versuchen, Kriterien für diese Praxis zu entwickeln, setzen sich für eine umfassende Interessenabwägung oder aber für den Verzicht auf die formelle Natur ein.<sup>85</sup> Das BGer verfolgt diese Praxis in konstanter Rechtsprechung<sup>86</sup> Zwar ist eine «Heilung» nicht mit einer «Nichtverletzung» gleichzusetzen,<sup>87</sup> das Replikrecht wird aber insofern sachlich begrenzt, als dass dessen Verletzung nicht immer zur Nichtigkeit des Entscheids führt.

### b. Formelle Voraussetzungen der Verfahrensordnung

Auch das Replikrecht hat sich an die formellen Voraussetzungen wie Fristen, Formvorschriften und das Novenrecht zu halten. So führt das Stellungnahmerecht nicht dazu, dass eine mangelhafte Eingabe verbessert werden kann, unzulässige Beweismittel vorgetragen werden können oder ein Anspruch auf einen weiteren Schriftenwechsel besteht.<sup>88</sup> Insofern bestimmen die formellen Voraussetzungen der Verfahrensordnung, welche Vorbringen in der Stellungnahme wann zulässig sind. Das Replikrecht selbst bzw. das Recht auf Stellungnahme wird dadurch jedoch nicht begrenzt.

- 90 So bereits ARISTOTELES, Die Nikomachische Ethik. Übersetzt und mit einer Einführung und Erläuterung versehen von Olof Gigon, München 1991, 1137b, 11 ff.; Vgl. auch HUWILER, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung. Zur Gesetzgebungsgeschichte des Art. 2 ZGB, in: *Vers un droit privé européen commun?*, Beiheft zur ZSR, H. 16, 1994, S. 57 ff., Art. 2, S. 58; TRÜEB, Der Rechtsmissbrauch (Schikane) im modernen Recht, Bern 1909, S. 28.
- 91 HUWILER, a.a.O., Art. 2, S. 67, Fn. 89; HUBER, Über den Rechtsmissbrauch, Diss. Bern 1910, S. 101 f.; GMÜR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Einleitung, 2. Aufl. 1919, Art. 2, N. 14a.
- 92 MERZ, in: *Berner Kommentar*. Artikel 1-10 ZGB, 1962, Rz. 40 zu Art. 2.
- 93 Schön festgehalten im Urteil des Bundesgerichts 4A\_389/2018 vom 22. August 2018 E. 3.1.
- 94 Freilich unter der Ausnahme einer Stellungnahme zu fehlenden Akten. Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_979/2012 vom 4. Mai 2013 E. 4.3.2.
- 95 WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N. 69, Fn. 37 zu Art. 29; ALBERTINI, S. 319, Fn. 29.
- 96 Behandelte Entscheidung: Urteil des Bundesgerichts 2C\_979/2012 vom 4. Mai 2013.
- 97 Vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 2C\_979/2012 vom 4. Mai 2013 E. 4.2 f.
- 98 Urteil des Bundesgerichts 2C\_979/2012 vom 4. Mai 2013, E. 4.3.2.
- 99 DONATSCH, a.a.O., § 58, N. 40, Fn. 4; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N. 69, Fn. 37 zu Art. 29.
- 100 Vgl. statt vieler BGE 143 III 279 E. 3.1 S. 743.
- 101 Im Privatrecht werden die Prinzipien je nach der Innen- oder Aussentheorie als Einheit verstanden. Vgl. zur Innentheorie: EGGER, Zürcher Kommentar. Art. 1-89 ZGB. 2. Aufl. 1930, Rz. 23 zu Art. 2; RIEZLER, Rechtsmissbrauch und Schikane, in: *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*, Bd. 6, Berlin 1938, S. 4; HUWILER, a.a.O., Art. 2, S. 79 ff., Fn. 89; STURM, Der Rechtsmissbrauch im Schweizer Recht. Ein Überblick über die Judikatur des Bundesgerichts, SJZ 1993, S. 373 f.; CARONI, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, 1996. GRISEL, Egalité. Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, 1999, S. 193. Vgl. zur Aussentheorie: MERZ, a.a.O., Rz. 23 ff., Fn. 91 zu Art. 2; HAFERKAMP, Die heu-

### c. Rechtsmissbrauch und Treu und Glauben im Prozess

Jedes Recht steht unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs und dem Gebot von Treu und Glauben.<sup>89</sup> Sofern ein Rechtsinstitut zweckwidrig verwendet wird, führt dies demnach zu dessen Verwirkung.<sup>90</sup> Zweckwidrigkeit darf jedoch nicht leichtfertig angenommen werden, was bereits Art. 2 Abs. 2 ZGB anspricht, der nur den 'offenbaren' Missbrauch als nicht schützenswert erklärt. Die Durchsetzung des subjektiven Rechts und die Rechtssicherheit dürfen dadurch nicht verunmöglicht werden.<sup>91</sup> Bei Zweifel ist keine Zweckwidrigkeit anzunehmen.<sup>92</sup> Daraus entwickelte sich die restriktive Rechtsprechung des BGer zur Annahme von Rechtsmissbrauch.<sup>93</sup> Beim Replikrecht will das BGer aber bereits die Berufung auf dieses ohne Ausführungen zu den rechtserheblichen Umständen, die geltend gemacht werden könnten, als zweckwidrig ansehen.<sup>94</sup> Diese Rechtsprechung wird kritisiert.<sup>95</sup> Zum Verständnis dieser Rechtsprechung soll kurz ein repräsentativer Entscheid besprochen werden.<sup>96</sup> Dessen SV gestaltete sich in Bezug auf das Replikrecht so, dass das Gericht dem Bf. auf Nachfrage mitteilte, er werde nach Eingang der Vernehmlassung des Bg. Gelegenheit zu Äusserung erhalten. Nachdem dem Bf. die novenlose Stellungnahme des Bg. zugestellt wurde, wiederholte dieser sein Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung ohne sich zur Sache zu äussern. Später machte er geltend, ihm sei keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.<sup>97</sup> Das BGer stellte fest, es läge ein Verzicht auf das Replikrecht vor, wenn nicht gesagt werde, welche rechtserheblichen Umstände hervorgebracht werden wollten.<sup>98</sup> Im Ergebnis dürfte dieser Entscheid m.E. richtig sein: Der Zeitraum zwischen der Zustellung der Stellungnahme des Bg. und der Wiederholung der Gesuchsstellung des anwaltlich vertretenen Bf. mehr als 10 Tage. Da der Bf. nicht erwarten durfte, formell zur Stellungnahme eingeladen zu werden, durfte richtigerweise von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden. Daraus darf aber nicht der pauschale Schluss gezogen werden, dieses werde zweckwidrig ausgeübt, wenn keine rechtserheblichen Umstände erwähnt werden. Der unbedingte Anspruch des Replikrechts verlangt gerade nicht, dass es sich um rechtserhebliche Umstände handeln muss. Insofern ist eine weitergehende Bejahung der Zweckwidrigkeit beim Replikrecht nicht sachgerecht und abzulehnen.<sup>99</sup> Es hat beim 'offensichtlichen' Missbrauch zu bleiben. Die Fälle, in denen die Berufung auf das Replikrecht nur zur Verzögerung erfolgt, dürften aber unter diesen fallen oder – wie in casu – bereits durch die Verzichtsfiction abzuhandeln sein.<sup>100</sup> Die Verfahrensfairness und insofern auch die Funktion des Replikrechts wird dadurch nicht eingeschränkt. Das Gegenteil ist der Fall<sup>101</sup>: Wer ein Rechtsinstitut zweckwidrig ausübt, hat den darin enthaltenen Schutz verwirkt.

### 3. Grenze der Freiwilligkeit der Ausübung des Replikrechts?

Ein T.d.L. knüpft an die Nichtausübung des Stellungnamerechts negative Folgen, womit dieses von einem reinen Recht zu einer Obliegenheit umformuliert und die Freiwilligkeit der Ausübung des Replikrechts begrenzt würde. Dem liegt die Frage zugrunde, wie ein Kläger seiner Bestreitungslast gem. der im Zivilprozess vorherrschenden Verhandlungsmaxime nachkommen soll, wenn der Beklagte in der Duplik Noven einbringt, die bisher vom Kläger nicht einmal der Sache nach bestritten wurden, womit

tige Rechtsmissbrauchslehre – Ergebnis des nationalsozialistischen Rechtsdenkens?, 1. Aufl. Berlin 1995, S. 352 ff. Für das öffentliche Recht vgl. GRISEL, a.a.O., Rz. 364, Fn. 100; MOOR, Droit administratif. Vol. I. Les fondements généraux, 2. Aufl. 1994, S. 434; TANQUEREL, L'abus de droit en droit public suisse, in: L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse, Saint-Etienne 2001, S. 173 ff.

102 LEUENBERGER, Das Recht, zweimal unbeschränkt Tatsachen und Beweise vorzutragen: Ein Grundsatz und seine Anwendung, SZP 1/2014, S. 81 ff.; MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2014, N. 91; SCHMID/HOFER, a.a.O., S. 286, Fn. 8.

103 HUNSPERGER/WICKI, a.a.O., S. 981 ff., Fn. 54; MÜLLER, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl. 2013, S. 375; REETZ/FRANCESCHETTI, Das Replikrecht im Zivilprozess, HAVE 2014, S. 129 f.; REUT, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2017, N. 120.

104 Vgl. Art. 229 ZPO. BAERISWYL, Replikrecht, Novenrecht und Aktenschluss – endloser Weg zur Spruchreife?, SJZ 111/2015, S. 515 f.; MÜLLER, a.a.O., S. 375 f., Fn. 102; REUT, a.a.O., N. 120, Fn. 102; SCHMID, a.a.O., S. 37.

105 So auch SCHMID/HOFER, a.a.O., S. 290, Fn. 8.

106 Die Fristen einer Noveneingabe berechnen sich auch nicht nach der Wartefrist auf eine Stellungnahme gem. Replikrecht. Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_61/2017 vom 31. August 2017 E. 6.2.2. Die vorsichtige Partei wird aber innert 10 Tagen handeln, so LINDER/HÜBSCHER-MIDDENDORP: Noveneingaben. Zulassungsprüfung und Verhältnis zum Replikrecht, in: dRSK, publiziert am 24. Oktober 2017, N. 6.

107 So auch SCHMID / HOFER, S. 289, Fn. 8.

108 MÜLLER/UHLMANN, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2014, N. 272; SCHWANDER, Wie müsste eine moderne Zivilprozessordnung aussehen? 7 Thesen, ZZZ 2004, S. 4; Rüegg: Das Interesse des Zivilrichters an einem liberalen Novenrecht, ZZZ 2004, S. 155 ff.; BGE 138 IV 13 E. 4.1 S. 19.

109 Die Eventualmaxime ist in der ZPO nicht geregelt. Vgl. dazu KLINGLER, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2010, N. 1. Auch bei Art. 229 ZPO stellen sich aber Probleme. Vgl. dazu: SCHMID/HOFER, a.a.O., S. 292 f., Fn. 8.

die Bestreitung selbst ein Novum wäre.<sup>102</sup> Eine Meinung will dem Kläger zur Bestreitung dieser Dupliknoven nun die Obliegenheit auferlegen, von seinem Replikrecht Gebrauch zu machen.<sup>103</sup> Die Andere will dies über das Novenrecht lösen.<sup>104</sup> Diese Meinungen unterscheiden sich insofern, als dass erstere bei Verzicht auf eine Stellungnahme auch vom Verzicht auf eine Noveneingabe ausgehen will, während letztere eine novenlose Stellungnahme und anschliessende Noveneingabe ggf. erlaubt. Ersteres ist m.E. abzulehnen: Ein Recht, das positiv nichts über die inhaltliche Zulässigkeit einer Behauptung aussagt, kann negativ nicht Voraussetzung für das Hervorbringen eines gewissen Inhalts sein.<sup>105</sup> Das Replikrecht verfolgt eine Vertrauensfunktion. Die Frage der inhaltlichen Zulässigkeit von Behauptungen ist dagegen eine Frage der formellen Voraussetzungen der Verfahrensordnung.<sup>106</sup> Das Vertrauen in die Justiz wird nicht gestärkt, wenn an die Nichtausübung eines Verfahrensgrundrechts negative Folgen geknüpft werden, die in der Verfahrensordnung selbst nicht festgehalten werden.<sup>107</sup> Eine Umgestaltung des Replikrecht zu einer Obliegenheit verstösst daher gegen Sinn und Zweck des Replikrechts und das Legalitätsgebot.<sup>108</sup> Die Frage, ob die Bestreitung eines Dupliknovums zulässig ist, wird durch das Novenrecht geklärt.<sup>109</sup> Das Replikrecht wird dadurch nicht zur Obliegenheit und dessen freiwillige Ausübung nicht begrenzt.

## VI. Gesamtfazit

Laut dem EGMR, aus dessen Rechtsprechung sich das Replikrecht entwickelt hat, stärkt dieses das Vertrauen in die Justiz (Ziff. III). Im Zivilprozess wird dieses Vertrauen durch die Sachaufklärung und Verfahrensgerechtigkeit hergestellt (Ziff. IV.1). Diese zwei Vertrauensaspekte werden durch das Replikrecht gestärkt, indem dieses das Mitspracherecht der Parteien auf alle neuen Eingaben erweitert, die Sachaufklärung und Waffengleichheit fördert und zudem nur eine geringe Gefahr eines Frustrationseffektes beinhaltet (Ziff. IV.1). Nichts anderes ergibt die Funktionsanalyse des Replikrechts ausgehend von seiner nationalen Grundnorm, dem rechtlichen Gehör (Ziff. IV.2). Damit nimmt das Replikrecht eine wichtige Vertrauens- und Legitimitätsfunktion im Zivilprozess wahr. Ebendieser Funktion widerspräche aber ein endloser Prozess durch ständig neue Eingaben der Parteien: Dadurch würde die Sachaufklärung erschwert und es bestünde die Gefahr, dass das Replikrecht zu einer reinen Formalität verkäme (Ziff. V). Zudem widerspräche dies dem Beschleunigungsgebot (Ziff. V.1). Diesem Zielkonflikt zwischen der schnellen Verfahrenserledigung und einem wirksamen Mitspracherecht tragen die zeitlichen Begrenzungen des Replikrechts Rechnung. Zeitlich begrenzt wird dieses durch dessen teilweise ins Hauptverfahren aufgeschobene Gewährung bei vorsorglichen Massnahmen, sowie die Verzichtsfiction (Ziff. V.1.2 f.). Zugleich hat auch das Replikrecht den verfahrensrechtlichen Voraussetzungen, dem Rechtsmissbrauchsverbot und dem Grundsatz von Treu und Glauben (Ziff. V.2.2.) zu genügen und wird dadurch, sowie durch die Heilungspraxis des BGer sachlich begrenzt. Eingeschränkt wird das Replikrecht auch in seinem Anwendungsbereich, so gilt es nur in gerichtlichen Verfahren (Ziff. V.2.1). Einer endlosen Prozessführung können Gericht, Partei und Vorinstanz auch durch einen verantwortungsvollen Umgang mit den Stellungnahmen bzw. ihrem Stellungnahmerecht entgegenwirken (Ziff. V.1.3).

Mit Ausnahme der in dieser Arbeit aufgezeigten Kritikpunkte, stehen diese Grenzen im Einklang mit der Funktion des Replikrechts. Damit wurde der Befürchtung, das Replikrecht führe zur endlosen Prozessführung, wirksam begegnet. Dennoch besteht auch mehr als 20 Jahre nach der erstmaligen Verurteilung der Schweiz durch den EGMR aufgrund des Replikrechts in wesentlichen Punkten des Replikrechts nach wie vor Rechtsunsicherheit (Ziff. V.1.2). Zu wünschen wäre hier eine Vereinheitlichung der Gerichtspraxis. Damit hat das Replikrecht bereits bis heute zu entscheidenden Veränderungen geführt. Es bleibt abzuwarten, wie dieses die Prozessleitung auf seinem weiteren Weg beeinflussen wird.

Allgemeine zeitliche Grenzen	Einschränkung des Anwendungsbereichs	Einschränkung durch die formellen / materiellen Voraussetzungen	Einschränkung durch die Rechtsfolgen der Verletzung
<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Vorsorgliche Massnahmen</li> <li>b) Verzichtsfiktion</li> <li>c) Zustellung der Stellungnahme der unterlegenen Partei gemeinsam mit dem Urteil</li> <li>d) Verantwortungsbewusster Umgang mit Stellungnahmen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Unterscheidung zwischen bedingtem und unbedingtem Replikrecht und Begrenzung des unbedingten Replikrechts auf Gerichtsverfahren</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Formelle Voraussetzungen der Verfahrensordnung</li> <li>b) Treu und Glauben / Rechtsmissbrauch</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Heilungspraxis</li> </ul>
zeitliche Grenzen	sachliche Grenzen		

Überblick über die Grenzen des Replikrechts

# Interview der Redaktorin mit dem abtretenden Präsidenten der Weiter- bildungskommission und zukünftigen Bundesrichter PD Dr. Christoph Hurni



## **Herzliche Gratulation, lieber Christoph, zu Deiner Wahl zum Bundesrichter! Wie fühlst Du Dich?**

Vielen Dank, liebe Denise. Die Wahl zum Bundesrichter hat mich ausserordentlich gefreut und ich bin sehr gespannt auf die neuen Herausforderungen. Es ist klar, dass eine solche Wahl auch einfach bedeutet, dass man zum richtigen Zeitpunkt am richtigen Ort war. Da darf man sich nichts vormachen. Dennoch fühle ich einen gewissen Stolz, vor allem aber grossen Respekt vor der verantwortungsvollen Arbeit eines Höchstrichters.

## **Wann ist Dein letzter Arbeitstag am Berner Obergericht?**

Der 31. Dezember 2020. Ich bleibe gerne bis zum letzten Moment auf Posten, wenn auch vielleicht im Homeoffice. Ich halte mich an die Empfehlungen des Bundesrats und bin auch sonst ein Befürworter des Homeoffice. Ich hoffe, dass die bernische Justiz hier nicht zurückrudern wird. Moderne Arbeitgeber können sich die Verweigerung und Erschwerung von Homeoffice in Zukunft nicht mehr leisten.

## **Brauchst Du einen Lastwagen, um Deine Büroeinrichtung nach Lausanne zu zügeln?**

Fast, aber nicht einen eigenen oder gemieteten, sondern denjenigen der Post: Ich schicke etwa 15 Bücherkisten nach Lausanne. Bücher sind denn auch fast das einzige, das ich zügeln. Der Rest bleibt in Bern, bis auf den Bürostuhl: Den möchte ich dem Kanton abkaufen, weil ich so an ihn gewöhnt bin.

## **Gibt es Dinge, die Du in diesem Jahr noch erledigen solltest?**

Wir hatten in der zweiten Hälfte dieses Jahres grosse Eingänge vor allem im Kindes- und Erwachsenenschutzbereich, aber auch die übrigen Zivilgeschäfte haben etwas angezogen. Hier versuche ich, noch so viel wie möglich zu erledigen. Weiter arbeite ich an der Überarbeitung des ZPO-Lehrbuchs von Bernhard Berger und Andreas Güngerich, die noch in diesem Jahr fertiggestellt werden muss.

### **Gibt es Projekte, die Du in Bern begonnen hast und in Zukunft noch weiterführen möchtest?**

Ich habe während meiner Zeit als Oberrichter einen Lehrauftrag an der Uni Bern im Zivilprozessrecht angenommen, den ich weiterführen werde und für den ich vom Bundesgericht für die nächsten Jahre auch bereits eine Nebenbeschäftigungsbewilligung erhalten habe. Weiter werde ich versuchen, unser Buch zum Verfahren vor dem Kindes- und Erwachsenenschutzgericht weiter zu betreuen. Schliesslich werde ich mich dem Berner Kommentar widmen, nämlich der Neuauflage der Kommentierung zur ZPO sowie zu den Bestimmungen über das Erlöschen der Obligationen.

### **Wirst Du etwas vermissen, wenn Du die Hochschulstrasse 17 verlässt?**

Ich werde sehr viel vermissen: Vor allem die gute Kollegialität am Obergericht, die tägliche Pflege der Freundschaften, die ich am Obergericht schliessen konnte, und den Austausch mit meinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Das Obergericht entwickelt sich unter der ausgezeichneten Leitung von Obergerichtspräsidentin Annemarie Hubschmid zunehmend zu einem Ort, wo die Leute wachsen und sich in ihrem Beruf verwirklichen können. Hier ein ganz besonderer Dank an Annemarie, deren Arbeit und persönlichen Einsatz ich ausserordentlich schätze.

### **Bist Du froh, bestimmte Dinge nach Deinem letzten Arbeitstag nicht mehr tun zu müssen? Falls ja, welche?**

Nein, eigentlich nicht. Es gab natürlich auch Dinge am Obergericht, die mühsam waren. Z.B. langweilige Sitzungen, Auseinandersetzungen über Ressourcen oder unterschiedliche Vorstellungen über die Zusammenarbeit etc. Aber da mache ich mir keine Illusionen: Das wird es auch am Bundesgericht geben.

### **Wie soll die Weiterbildungskommission in zehn Jahren Deiner Meinung nach aussehen?**

Die Weiterbildungskommission ist sehr gut aufgestellt und kann grundsätzlich so weiterfahren wie bisher. Auch sie muss aber mit der Zeit gehen und sich neuen Formen des Lehrens und Lernens nicht verschliessen: Vielleicht wird man auch in Bern künftig vermehrt Online-Angebote wie Webinare anbieten, weiter könnte man Kooperationen mit anderen Kantonen oder Playern auf dem Weiterbildungsmarkt suchen. Die Weiterbildungskommission sollte auf jeden Fall Augen und Ohren offenhalten. Und ganz besonders freut mich natürlich die Weiterentwicklung und Professionalisierung unseres digitalen Hausmagazins «BE N'ius»: Ich glaube daran, dass es sich als Zeitschrift auch über die bernische Justiz hinaus einen gewissen Namen schaffen kann.

### **Hätte aus Dir auch etwas anderes werden können als ein Richter? Falls ja, was?**

Selbstverständlich, ich habe immer versucht, sowohl die akademische als auch die Justizlaufbahn parallel voranzutreiben. Die Akademie und die Justiz interessieren mich gleichermaßen. Mit der Wahl nach Lausanne hat sich der Schwerpunkt nun zwar klar zugunsten der Justiz verschoben, aber ich kann mir in der fernen Zukunft immer noch einen Wechsel an die Uni vorstellen.

### **Als Justizangehöriger wird man oft gefragt, ob einen die freie Wildbahn der Advokatur nie gereizt hätte. Was ist Deine Antwort darauf?**

Doch sehr, nach drei Jahren Arbeit als Bundesgerichtsschreiber stand ich auch einmal kurz vor einem konkreten Wechsel in die Advokatur. Ich pflege auch heute noch einen guten Kontakt zu Anwältinnen und Anwälten und tausche mich sehr gerne mit ihnen aus. Ihre Perspektive und ihre Probleme interessieren mich. Das Unternehmerische und Strategische am Anwaltsberuf hätten mich auch gereizt. Aber insgesamt glaube ich dennoch, dass ich als Richter den für mich richtigen Beruf gewählt habe.

### **Du wirst am Bundesgericht im Strafrecht tätig sein: Wird man dich jemals als «Kuschelrichter» bezeichnen?**

Nein, ich werde mich an Gesetz und Rechtsprechung halten, wie man dies von mir erwartet. Problembereiche, die ich anschauen möchte, sehe ich nicht in der Strenge oder Milde der ausgesprochenen Strafen, sondern in der Überkompliziertheit der Strafzumessungsregeln einerseits und in der Abwertung des erstinstanzlichen

Verfahrens andererseits. Es kann kaum die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, dass die Berufungsinstanz im Strafrecht zu einer zweiten Erstinstanz wird. Und was die Strafzumessung anbelangt, kann es auch nicht sein, dass die entsprechenden Regeln so komplex und fehleranfällig werden, dass quasi jedes erst- und zweitinstanzliche Urteil irgendwo mangelbehaftet ist. Da werde ich mir die Rechtsprechung genau anschauen.

**Was fällt Dir zu den folgenden Stichworten spontan ein:**

**Mozart?**

Wunderbare Musik, auch wenn mein Lieblingskomponist Beethoven ist. Mozart fiel die Musik in den Schoss, Beethoven musste mit ihr und um sie ringen.

**Weihnachten?**

Eine schöne Zeit, die mich immer an meine Kindheit erinnert und die ich gerne im Kreise meiner Familie bringe.

**Lausanne?**

Eine vibrierende Stadt, wunderschön gelegen mit offenem Blick auf unser Nachbarland Frankreich – ich freue mich sehr, dort arbeiten zu dürfen.

**Landesverweisung?**

Ich habe mich an sie gewöhnt und finde es sinnvoll, dass sie von der Strafjustiz ausgesprochen wird und nicht von den Ausländerbehörden – denn sie hat ja strafende Funktion. Ich werde sie weiterhin so handhaben, wie sie in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelt worden ist.

**Bernische Justiz?**

Ein perfekt geschmiertes Räderwerk, das qualitativ sehr gute Arbeit leistet. Ich bin der bernischen Justiz unendlich dankbar für alles, was ich von ihr lernen durfte. Sie ist schon jetzt bestens aufgestellt, aber wenn ich mir für die Zukunft dennoch etwas wünschen dürfte, dann das: Mehr Offenheit gegenüber neuen Ideen und der Moderne überhaupt, weniger «Kontrollitis» gegenüber KollegInnen und MitarbeiterInnen und einen noch freierlichen Geist.

# Publikationen aus unseren Reihen

## Publications de nos rangs

<b>Ackermann Thomas</b>	Weiterbildungspflicht des Richters?, in Miriam Lendfers / Thomas Gächter / Hans-Jakob Mosimann (Hg.), <i>Allegro con moto</i> . Festschrift zum 65. Geburtstag von Ueli Kieser, Zürich/St. Gallen 2020, 1 ff.
<b>Grobéty Laurent</b>	Zweiter Schriftenwechsel, Hauptverhandlung und Aktenschluss im summarischen Verfahren, CPC Online vom 19. August 2020
<b>Grobéty Laurent</b>	Second échange d'écritures, débats principaux et clôture de la phase de l'allégation en procédure sommaire, CPC Online du 19 août 2020
<b>Grobéty Laurent</b>	Commentaire des art. 14, 15 et 90 CPC, dans: Heinzmann Michel / Chabloz Isabelle / Dietschy Martenet Patricia (éd.), <i>Petit commentaire du Code de procédure civile</i> , Bâle 2020
<b>Grobéty Laurent / Heinzmann Michel</b>	Commentaire des art. 85 et 91 à 94 CPC, dans: Heinzmann Michel / Chabloz Isabelle / Dietschy Martenet Patricia (éd.), <i>Petit commentaire du Code de procédure civile</i> , Bâle 2020
<b>Herzog Ruth / Daum Michel</b>	Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl., Bern 2020
<b>Hurni Christoph / Josi Christian / Sieber Lorenz</b>	Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht, Zürich 2020
<b>Jaggi Emanuel</b>	Kommentierung Art. 97 - 101 StGB, in: Damian K. Graf (Hg.), <i>Annotierter Kommentar StGB</i> , Bern 2020
<b>Kistler Alexander R. E. / Daphinoff Michael</b>	Der Schiedsgerichtsbarkeitsausschluss der EuGVVO und des Lugano Übereinkommens, 30 SRIEL (2020) S. 477 ff.

Ruth Herzog, Michel Daum (Hrsg.)

# Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern



- 
- › **Zeigt umfassend die bernische Verwaltungs- und Staatsrechtspflege auf**
  - › **Der Apparat enthält neu ein Sachregister in Französisch**
- 

Das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern wurde seit Inkrafttreten 1990 massgeblich geändert: Seit 2009 sind die Rechtsweggarantie und die revidierte Bundesrechtspflege umgesetzt und hat die Einheitsbeschwerde die frühere Verwaltungsbeschwerde und Gemeindebeschwerde ersetzt. Dies stellt neue Anwendungsprobleme. Der neu aufgelegte Kommentar stellt – getreu dem bewährten Konzept des Werks von Merkli/Aeschlimann/Herzog (1997) – auf der Grundlage der kantonalen und bundesgerichtlichen Rechtsprechung die bernische Verwaltungs- und Staatsrechtspflege in ihren Bezügen zu den eidgenössischen und staatsvertraglichen Verfahrensregeln dar.

2. Auflage, ca. 1600 Seiten, gebunden, November 2020, ca. CHF 320.–  
978-3-7272-4282-3



Bestellen Sie direkt online: [www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1 | Postfach | 3001 Bern | Tel. +41 31 300 66 77 | Fax +41 31 300 66 88 | [order@staempfli.com](mailto:order@staempfli.com)

Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten

**Stämpfli**  
Verlag

# Autorenverzeichnis

## Répertoire des auteurs

<b>Céline Althaus</b>	BLaw, Studentin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern
<b>Christian Frei</b>	Rechtsanwalt, Stabschef Generalstaatsanwaltschaft, Leiter Fachkommission Dolmetschwesen
<b>Céline Fuchs</b>	Rechtsanwältin, Staatsanwältin bei der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland
<b>Christian Josi</b>	Dr. iur., Fürsprecher, Oberrichter
<b>Marion Schädeli</b>	MLaw, Gerichtsschreiberin am Verwaltungsgericht, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung
<b>Denise Weingart</b>	Dr. iur., Rechtsanwältin, Gerichtspräsidentin am Regionalgericht Berner Jura-Seeland
<b>Nicolas Wuillemin</b>	Dr. iur., Rechtsanwalt, Gerichtspräsident am Regionalgericht Berner Jura-Seeland

# Impressum

<b>Herausgeberin/éditrice:</b>	Weiterbildungskommission der Berner Justiz Commission pour la formation continue de la justice bernoise
	Christoph Hurni, Oberrichter, Präsident Ronnie Bettler, Oberrichter Manuel Blaser, Gerichtspräsident Evelyne Halder, Gerichtsschreiberin Christian Josi, Oberrichter Peter M. Keller, Verwaltungsrichter Andreas Kind, Staatsanwalt Barbara Lips-Amsler, Gerichtspräsidentin Antonietta Martino Cornel, Leiterin Human Resources, Justizleitung des Kantons Bern Marguerite Ndiaye, Gerichtspräsidentin Daniel Peier, Justizinspektor Christof Scheurer, Stv. Generalstaatsanwalt Samuel Schmid, Oberrichter Denise Weingart, Gerichtspräsidentin
<b>Sekretariat/secrétariat:</b>	Jana Kunz, Obergericht des Kantons Bern, Hochschulstrasse 17, 3012 Bern 031 636 76 42, <a href="mailto:weiterbildung.og@justice.be.ch">weiterbildung.og@justice.be.ch</a>
<b>Übersetzung/traduction:</b>	Philippe Berberat, Gerichtsschreiber
<b>Lektorat/relecture:</b>	Peter Johannes Weber, lic. utr. iur.
<b>Layout:</b>	Peter Johannes Weber, lic. utr. iur.
<b>Redaktion/rédaction BE N'ius:</b>	Denise Weingart, Gerichtspräsidentin

[www.benius.ch](http://www.benius.ch)

ISSN 2673-477X



This work is licensed under the Creative Commons  
Attribution 4.0 International License