

Heft 28 / Sommer 2021
28^e cahier / été 2021

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
- 5 Kursprogramm 2021
Programme des cours 2021
- 9 Danielle Schwendener, Alina Raschle
Neues aus dem Bundeshaus
Nouveautés du Palais Fédéral
- 17 Reto Sieber
CAS Judikative – ein Erfahrungsbericht
- 19 Denise Weingart
Interview mit Christine Pfister Hadorn
- 21 Evelyne Halder
Interview mit Beat Kämpf
- 25 Matthias Zurbrügg
«Remote Justice» - Verhandlungen mittels Video-
und Telefonkonferenzen in Zivilverfahren
- 39 Florian Eichel
Aussensicht auf das SchKG
- 48 Publikationen aus unseren Reihen
Publications de nos rangs
- 50 Autorenverzeichnis
Répertoire des auteurs
- 51 Impressum

Die Ecke der Redaktorin Le coin de la rédactrice

Denise Weingart

Liebe Kolleginnen und Kollegen
Liebe Leserinnen und Leser

Es wird Ihnen auch schon aufgefallen sein: Wir befinden uns in einer Zeit der Veränderung. Nicht nur, dass wir zeitweise unser Essen selber kochen mussten, weil wir wegen des Lockdowns nicht mehr im Restaurant dinieren konnten oder dass die zerlöchernten Socken mittels Online-Bestellung ersetzt wurden, sondern auch, weil sich die Modalitäten der Arbeitsgestaltung in Zeiten von Corona stark verändert haben und auch immer noch verändern. Im Justizalltag bedeutet dies mitunter, dass wir vermehrt von zuhause aus arbeiten, unser Büro quasi zeitweise ins eigene Daheim verlegen. Das Headset wird am Laptop angeschlossen und die Dienstprogramme gestartet. Der Zugriff auf die vertraulichen Daten ist gewährleistet, die Erreichbarkeiten sind geregelt. Besprechungen unter Justizangehörigen können via Audio- oder Videokonferenz abgehalten werden und die gemeinsamen Mittagessen mit Arbeitskolleginnen und -kollegen werden auf die Post-Corona-Epoche verlagt. Kurz und gut: Der Justizbetrieb läuft.

Doch bei all der Flexibilität, die wir alle an den Tag legen, bleiben doch noch gewisse Bereiche, welche eine Anwesenheit vor Ort erfordern. So sind dies bspw. die Sekretariatsarbeiten, die aus Praktikabilitätsgründen vorwiegend von den Kanzleien und Sekretariaten aus getätigt werden müssen. Das Ausrücken der Pikett-Staatsanwälte an einen Tatort kann kaum durch eine Form der digitalen Übertragung ersetzt und Parteiverhandlungen vor Gericht können ebenfalls nur schwer aus der Ferne durchgeführt werden. Oder doch? Dem letzteren Thema, der sogenannten «Remote Justice», widmet Matthias Zurbrügg, Gerichtsschreiber am Regionalgericht, seinen Beitrag in der Sommerausgabe des BE N'ius, in welchem er sich eingehend mit neu eröffneten Möglichkeiten der Durchführung von Video- und Telefonkonferenzen im Zivilprozess befasst.

Weitere Themen aus den verschiedenen Rechtsbereichen in interessante Beiträge gefasst erwarten Sie auf den nächsten Seiten der Lektüre: Danielle Schwendener, Gerichtspräsidentin, und Alina Raschle, Staatsanwältin, fassen die Neuigkeiten aus dem Bundeshaus zum Zivil-

Chères collègues, chers collègues
Chères lectrices, chers lecteurs

Vous avez certainement remarqué que nous nous trouvons dans une époque en pleine mutation. Non seulement nous avons dû plus souvent cuisiner nos repas nous-mêmes en raison du semi-confinement qui nous interdisait d'aller manger au restaurant, ou encore nous obligeait à commander en ligne nos chaussettes de remplacement, mais encore nos modalités de travail quotidien se sont vues grandement modifiées par la pandémie de coronavirus. Pour la justice au quotidien, cela signifie que nous travaillons beaucoup plus à domicile et que nos bureaux se sont installés quasiment en permanence dans nos demeures. Le casque d'écoute est connecté à l'ordinateur portable, ce dernier démarre et nous voici comme au bureau sans quitter notre salon. L'accès aux documents confidentiels nécessaires est garanti, de même que notre disponibilité. Les séances entre membres de l'appareil judiciaire peuvent se dérouler par conférences audio ou vidéo et les repas entre collègues sont reportés à des temps meilleurs exempts de coronavirus. En résumé: la justice fonctionne malgré tout.

Néanmoins, malgré toute la flexibilité dont nous faisons preuve, une présence au lieu de travail demeure indispensable dans certains domaines. Tel est par exemple le cas pour ce qui concerne les travaux de secrétariat, qui ne peuvent être effectués à distance pour des raisons éminemment pratiques. Le déplacement des procureurs de piquet sur les lieux d'une infraction ne peut guère être remplacé par une transmission digitalisée et les audiences en présence des parties devant un tribunal sont difficilement réalisables à distance. Quoique? Matthias Zurbrügg, greffier dans un tribunal régional, consacre sa contribution à l'édition d'été de BE N'ius à cette dernière possibilité, dénommée «Remote Justice»; il nous expose en détail les nouvelles opportunités ouvertes dans la tenue des procès civils par les conférences vidéo et téléphoniques.

D'autres contributions dans les domaines juridiques les plus divers vous attendent aussi dans nos pages: Danielle Schwendener, présidente de tribunal, et Alina Raschle, procureure, résument les nouveautés émanant du Palais fédéral en droit civil et pénal. Un au-

und Strafrecht zusammen. Als weiteren Leckerbissen präsentiert uns Florian Eichel, Professor an der Universität Bern, in seinem schriftlichen Beitrag eine Aussensicht auf das SchKG und verrät uns, was einem unbefangenen Beobachter, der bislang im deutschen Recht heimisch war, am schweizerischen SchKG auffällt. Reto Sieber, Vorsitzender der Schlichtungsbehörde, gewährt uns mit seinem Erfahrungsbericht zum Studiengang «CAS Judikative» einen Einblick in diesen spannenden und vielseitigen Lehrgang der Schweizerischen Richterakademie.

Ganz kurz vor dem Start in einen neuen Lebensabschnitt steht Oberrichterin Christine Pfister Hadorn, die der Redaktorin in einem Interview Rede und Antwort zu ihrer langjährigen Tätigkeit in der Berner Justiz stand. Beat Kämpf, ebenfalls kurz vor dem Schritt in die Pension stehender und langjähriger Mitarbeiter der Berner Justiz, gibt Evelyne Halder, Gerichtsschreiberin am Regionalgericht, in einem Interview Einblicke in die Meilensteine und Erfahrungen seiner beruflichen Laufbahn.

Sodann stehen auch in der zweiten Jahreshälfte 2021 wieder lehrreiche Kurse für Sie bereit: Im August werden in Kurs 3 der Umgang mit Medienschaffenden und der Auftritt vor den Medien näher betrachtet und trainiert, so dass Sie einer möglicherweise bevorstehenden Konfrontation mit Journalistinnen und Journalisten in Zukunft gelassen entgegensehen können. Im Oktober befasst sich Kurs 4 mit der Anklageschrift und bringt aus Sicht der Anwaltschaft, der Staatsanwaltschaft sowie des Gerichts aus verschiedenen Blickwinkeln Licht in die diesbezüglich offenen Fragen. Das Exmissions-Verfahren bildet neben aktuellen Themen zum Mietrecht das Kernthema von Kurs 5 im November; insbesondere dessen Ablauf in der Praxis wird in diesem Kurs näher beleuchtet.

Nun denn, auf zur Lektüre: Und wenn Sie mögen, senden Sie uns einen Beitrag, eine Frage, eine Kritik, einen Wunsch... Wir freuen uns!

tre morceau choisi consacré à la LP nous est présenté par Florian Eichel, professeur à l'université de Berne, qui nous dévoile les particularités du droit suisse qui ont sauté aux yeux de cet observateur neutre habitué auparavant au droit allemand. Reto Sieber, président d'une autorité de conciliation, nous présente ensuite son expérience passionnante dans le cadre du vaste programme d'étude CAS consacré à la magistrature proposé par l'Académie suisse de la magistrature.

Juste avant d'entrer dans une nouvelle étape de sa vie, Christine Pfister Hadorn, juge d'appel, raconte dans une interview avec la rédactrice sa longue carrière au sein de la justice bernoise. Quant à lui, Beat Kämpf, fidèle collaborateur de la justice bernoise qui se trouve lui aussi tout proche de la retraite, confie dans une autre interview avec Evelyne Halder, greffière dans un tribunal régional, ses expériences vécues tout au long de son activité professionnelle.

Pour le surplus, nous vous proposons à nouveau au cours de la seconde moitié de l'année 2021 tout un programme de cours intéressants: en août, le cours 3 vous permettra d'aborder les relations avec les journalistes et les médias et de vous y exercer, afin de pouvoir vous y prêter sans craintes à l'avenir. En octobre, le cours 4 sera consacré à l'acte d'accusation, tant du point de vue de l'avocat que de ceux du procureur et du tribunal. Enfin, outre d'autres questions actuelles du droit du bail, la procédure d'expulsion fera l'objet du cours 5 en novembre, en particulier du point de vue de son déroulement dans la pratique.

Et maintenant, il ne me reste plus qu'à vous souhaiter une bonne lecture... et si vous avez une proposition de contribution, une question, une critique ou un souhait, n'hésitez pas: nous sommes à votre écoute!

Kursanmeldungen 2021

Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Bern können sich direkt via Lernplattform des Kantons Bern 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 entgegengenommen:

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

Anschliessend wird ein Zugang zur Lernplattform erteilt.

Allgemeine Informationen zu unseren Kursen:

- Die Kurse sind offen für die Mitglieder der bernischen Justiz, der Kantonspolizei und des BAV
- Für die ersten beiden Gruppen sind die Kurse gratis, für Mitglieder des BAV werden CHF 100.- erhoben

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

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

Un accès à la plateforme leur sera ensuite communiqué.

Informations générales à nos cours:

- les cours sont ouvert aux membres de la justice bernoise, de la police cantonale et de l'AAB
- pour les premiers deux groupes les cours sont gratuit, pour les membres de l'AAB seront élevés CHF 100.-

Kurs 3

Medientraining und Auftrittskompetenz

Über grausame Verbrechen und erschütternde Skandale wird in den Medien oft und gerne berichtet, und so sieht sich auch die Justiz oft mit medienrächtigen Fällen konfrontiert. Doch was tun, wenn die Journalisten bei Ihnen anklopfen? Wie wird eine Medienanfrage gemanagt, und wie bereitet man sich effizient und allenfalls kurzfristig auf einen Medienauftritt vor? Wie formuliert man Kernbotschaften und platziert diese in Interviews und Statements optimal? Diese Fragen und noch viele mehr beantworten zwei erfahrene Journalisten anhand von Fallbeispielen aus realen Medienmitteilungen und Kampagnen aus dem Umfeld der Justiz.

Kursleitung

Denise Weingart, Dr. iur, Gerichtspräsidentin am Regionalgericht Berner Jura-Seeland

Referierende

Daniel Deicher, lic. rer. pol., u.a. Journalist, Medien- und Auftrittstrainer, ehem. Stabschef der Direktion Umwelt, Verkehr und Sicherheit der Stadt Luzern
Simon Kopp, lic. phil. hist., u.a. Journalist, Medien- und Auftrittstrainer, Leiter Medienstelle Staatsanwaltschaft Kanton Luzern

Dauer

½ Tag, 08:30 Uhr – ca. 11:30 Uhr

Termin

Donnerstag, 26. August 2021
Die Teilnehmerzahl ist auf 50 Personen beschränkt

Ort

Bern (genaue Infos zum Kursort folgen rund 1 Monat vor dem Kurstermin)

Anmeldefrist

Donnerstag, 2. August 2021

Cours 3

Rapports avec les médias et communication vers l'extérieur

Les médias relatent souvent et volontiers les crimes sordides et les scandales bouleversants. De ce fait, la justice est régulièrement confrontée à des affaires intéressantes des médias. Mais comment réagir quand les journalistes sonnent à votre porte? De quelle façon gérer les demandes des médias, comment s'y préparer et mettre sur pied, le cas échéant, une conférence de presse à court terme? Comment formuler un message clair et concis et le faire passer de manière optimale au cours d'interviews et de prises de position? Ces questions et beaucoup d'autres seront abordées par deux journalistes expérimentés à l'aide de cas pratiques émanant de communiqués de presse véridiques et de campagnes d'information réalisées dans le cadre de la justice

Direction du cours

Denise Weingart, Dr en droit, présidente de tribunal au Tribunal régional Jura bernois-Seeland

Conférenciers

Daniel Deicher, lic. rer. pol., journaliste, anc. chef d'état-major du Département de l'environnement, des transports et de la sécurité de la ville de Lucerne
Simon Kopp, lic. phil. hist., journaliste, chef du service des relations publiques du Parquet du canton de Lucerne

Durée

½ journée, 08.30 – env. 11.30 heures

Date

Jeudi, 26 août 2021
Le nombre de participants est limité à 50 personnes

Lieu

Berne (des détails sur le lieu seront communiqués environ un mois avant la date du cours)

Délai d'inscription

Lundi, 2 août 2021

Kurs 4

Die Anklageschrift – was man weiss und doch nicht kennt?

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

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

Dauer

½ Tag, 09:00 Uhr – 12:15 Uhr

Termin

Donnerstag, 21. Oktober 2021

Ort

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

Anmeldefrist

Donnerstag, 14. Oktober 2021
Die Teilnehmerzahl ist unter Umständen auf 40 Personen beschränkt (first comes, first served).

Cours 4

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

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, 09.00 – 12.15 heures

Date

Jeudi, 21 octobre 2021

Lieu

aura lieu à Berne ou à Berthoud, Neumatt (les informations concernant le lieu du cours seront disponibles environ 1 à 2 mois avant la date du cours)

Délai d'inscription

Jeudi, 14 octobre 2021
Dans certaines circonstances le nombre de participants est limité à 40 personnes (first comes, first served).

Kurs 5

Neues und Altbekanntes aus dem Mietrecht

Nach einem Blick auf die jüngere mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts durch Thomas Koller widmen wir uns zusammen mit Hans Bättig einem (noch zu bestimmenden) Thema aus dem materiellen Mietrecht. Im zweiten Teil wenden wir uns den Mieterausweisungsverfahren («Exmissionen») zu. Nach einer Betrachtung durch Eva Bachofner, die als Gerichtspräsidentin und Verfasserin einer Dissertation langjährige Erfahrung mit solchen Verfahren hat, erfahren wir von Mark Gerber, wie eine gerichtlich ausgesprochene Mieterausweisung in der Praxis abläuft.

Kursleitung

Manuel Blaser, Gerichtspräsident

Referierende

Thomas Koller, Prof. em. Dr. Dr. h.c.

Hans Bättig, Fürsprecher, Partner von Krneta Advokatur Notariat

Eva Bachofner, Advokatin, Dr. iur., Gerichtspräsidentin am Zivilgericht Basel-Stadt

Mark Gerber, RA, Regierungsstatthalter-Stellvertreter beim Regierungsstatthalteramt Emmental

Dauer

½ Tag, 13:30 Uhr bis 17:30 Uhr

Termin

Mittwoch, 17. November 2021

Ort

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

Anmeldefrist

Mittwoch, 10. November 2021

Cours 5

Le droit des contrats de planification

Après que Thomas Koller ait jeté un coup d'oeil sur la récente jurisprudence du tribunal fédéral concernant le droit du bail, nous nous consacrons guidé par Hans Bättig, également à un sujet du droit matériel du droit du bail (sujet à définir). Pendant la seconde partie du cours, nous passons à la procédure d'expulsion de locataires. Après une réflexion par Eva Bachofner, qui en tant que présidente du tribunal et auteur d'une thèse, a beaucoup d'années d'expérience avec de telles procédures, nous apprenons du Mark Gerber comment une expulsion de locataire prononcée par le tribunal fonctionne effectivement dans la pratique.

Direction du cours

Manuel Blaser, président du Tribunal regional

Conférenciers

Thomas Koller, prof. em. Dr. Dr. h.c.

Hans Bättig, avocat, associé auprès de Krneta Advokatur Notariat

Eva Bachofner, avocate, Dr. iur., présidente du tribunal civil du canton de Basel-Stadt

Mark Gerber, avocat, préfet adjoint à la préfecture Emmental

Durée

½ journée, 13.30 – 17.30 heures

Date

Mercredi, 17 novembre 2021

Lieu

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

Délai d'inscription

Mercredi, 10 novembre 2021

Neues aus dem Bundeshaus Nouveautés du Palais Fédéral

Danielle Schwendener

Zivilrecht

Vaterschaftsurlaub

Am 1. Januar 2021 traten gesetzliche Änderungen im Erwerbersatzgesetz (insb. Art. 16i-16m EOG) und im Obligationenrecht (insb. Art. 329g OR) in Kraft, welche die vom Volk am 27. September 2020 beschlossene Einführung des bezahlten, zweiwöchigen Vaterschaftsurlaubs regeln. Die Neuerung betrifft Väter von Kindern mit Geburtsdatum nach dem 31. Dezember 2020. Die Berechtigung zum Bezug von Vaterschaftsurlaub und Vaterschaftsentschädigung ist grundsätzlich gegeben, wenn (1.) der Vater im Zeitpunkt der Lebendgeburt des Kindes der rechtliche Vater ist oder dies innert sechs Monaten wird, (2.) wenn er während neun Monaten vor der Geburt im Sinne des AHVG obligatorisch versichert war, (3.) wenn er während dieser Dauer mindestens fünf Monate erwerbstätig war und (4.) wenn er im Zeitpunkt der Geburt erwerbstätig ist. Der Bezug des Urlaubs hat innerhalb von sechs Monaten seit Geburt des Kindes zu erfolgen. Den Arbeitgeber trifft für die Abwesenheit keine Lohnfortzahlungspflicht. Die Entschädigung richtet sich nach dem EOG. Der Anspruch ist auf 14 Taggelder beschränkt. Das Taggeld beträgt 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens vor Geburt, maximal CHF 196.00. Der Bezug des Vaterschaftsurlaubs kann am Stück, wochenweise oder tageweise erfolgen. Bei wochenweisem Bezug werden pro Woche sieben Taggelder ausgerichtet, bei tageweisem Bezug pro fünf entschädigte Tage zusätzlich zwei Taggelder. Die Auszahlung selber erfolgt einmalig, nach Ende des Anspruchs. Der Anspruch auf Bezug von Vaterschaftsurlaub wurde kraft Aufnahme in den Katalog von Art. 362 Abs. 1 OR zum relativ zwingenden Recht erklärt. Eine Kündigung während der Rahmenfrist oder während des Bezugs von Vaterschaftsurlaub bewirkt – anders als während des Mutterschaftsurlaubs – keine Nichtigkeit. Art. 335c Abs. 3 OR sieht jedoch vor, dass sich die Kündigungsfrist um die noch nicht bezogenen Vaterschaftsurlaubstage verlängert, wenn die Kündigung vom Arbeitgeber ausgeht und der Arbeitnehmer vor Ende des Arbeitsverhältnisses noch Anspruch auf Vaterschaftsurlaub hat. Eine Ferienkürzung durch den Arbeitgeber wegen bezogenen Vaterschaftsurlaubs ist unzulässig (Art. 329b Abs. 3 lit. c OR). Der Vaterschaftsurlaub wird mit einer Erhöhung des EO-Beitragssatzes ab 01.01.2021 von 0,45 auf 0,5 Prozent finanziert.

Bundesgesetz zur Unterstützung von betreuenden Angehörigen

Das neue Bundesgesetz über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung wurde am 20. Dezember 2019 vom Parlament verabschiedet und wird zweistufig eingeführt. Als Teil eines ersten Pakets trat am 1. Januar 2021 Art. 329h OR in Kraft. Demnach haben Arbeitnehmende neu Anspruch auf vom Arbeitgeber bezahlten Urlaub für die Zeit, die zur Betreuung eines Familienmitglieds, der Lebenspartnerin oder des Lebenspartners mit gesundheitlicher Beein-

trächtigkeit notwendig ist. Der Urlaub beträgt höchstens drei Tage pro Ereignis und höchstens zehn Tage pro Jahr. Dieser Anspruch wurde kraft Aufnahme in den Katalog gemäss Art. 362 Abs. 1 OR zum relativ zwingenden Recht erklärt. Gleichzeitig wurde die finanzielle Position von betreuenden Personen mittels Art. 29^{septies} Abs. 1 AHVG gestärkt. Neu haben dadurch Versicherte, welche Verwandte in auf- oder absteigender Linie oder Geschwister mit einem anerkannten Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung der AHV, der IV, der obligatorischen Unfallversicherung oder der Militärversicherung betreuen, Anspruch auf Anrechnung einer Betreuungsgutschrift, wenn sie die betreuten Personen für die Betreuung leicht erreichen können (Wohnort nicht mehr als 30 km entfernt oder in-ner einer Stunde erreichbar). Verwandten gleichgestellt sind Ehegatten, Schwiegereltern und Stiefkinder sowie Lebenspartner bei mindestens fünfjährigem Konkubinat. Überdies wurden der Intensivpflegezuschlag und die Hilflosenentschädigung der IV für Kinder dahingehend angepasst, dass der Anspruch während eines Spitalaufenthalts des Kindes weiterbesteht. Dauert der Spitalaufenthalt länger als einen Monat, werden die Hilfen weiterhin ausbezahlt, sofern die Anwesenheit der Eltern im Spital erforderlich ist (Art. 42^{bis} Abs. 4 IVG und Art. 36 Abs. 2 IVV).

Das zweite Massnahmenpaket erfolgt mit Inkrafttreten von Art. 329i OR und Art. 16n-16s EOG per 1. Juli 2021. Damit werden Arbeitnehmende berechtigt, ihr wegen Krankheit oder Unfall gesundheitlich schwer beeinträchtigtes minderjähriges Kind während eines Urlaubs von bis zu 14 Wochen zu betreuen. Dabei können sie bis zu 98 Taggelder aus Erwerb ersatz beziehen. Das Taggeld beträgt 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens vor Beginn des Anspruchs, maximal CHF 196.00. Pro Krankheitsfall oder Unfall des Kindes entsteht nur ein Anspruch. Der Betreuungsurlaub ist innerhalb einer Rahmenfrist von 18 Monaten zu beziehen. Diese Rahmenfrist beginnt mit dem Tag des ersten Taggeldbezuges. Der Anspruch endet nicht vorzeitig, wenn das Kind während der Rahmenfrist volljährig wird. Der Urlaub kann am Stück oder tageweise bezogen werden. Bei tageweisem Bezug werden pro fünf entschädigte Tage zusätzlich zwei Taggelder ausbezahlt. Sind beide Eltern Arbeitnehmende, so hat jeder Elternteil Anspruch auf einen Betreuungsurlaub von höchstens sieben Wochen. Sie können eine abweichende Aufteilung des Urlaubs wählen. Der Bezug von Betreuungsentschädigung geht dem Bezug von Leistungen aus ALV, IV, UVG und MV vor. Mit dieser Neuregelung wird insbesondere auch die Position derjenigen Mütter verbessert, deren kranke Neugeborene nach der Geburt während längerer Zeit im Spital bleiben müssen. Bisher entstand diesen Müttern bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung auf Grund des achtwöchigen Arbeitsverbots nach Niederkunft eine Einkommenslücke, welche nun neu mit der Betreuungsentschädigung geschlossen werden kann.

Reform der Ergänzungsleistungen

Ab 1. Januar 2021 wurde mit der gesetzlichen Einführung wichtiger Massnahmen das System der Ergänzungsleistungen reformiert. So wurden die Mietzinsminima angehoben. Neu wird zudem das Vermögen stärker berücksichtigt. Künftig haben nur noch Personen Anspruch auf Ergänzungsleistungen, deren Vermögen kleiner als CHF 100'000.00 ist. Bei Ehepaaren

liegt die Schwelle bei CHF 200'000.00 und bei Kindern bei CHF 50'000.00. Die Vermögensfreibeträge wurden auf CHF 30'000.00 bei Alleinstehenden und CHF 50'000.00 bei Ehepaaren gesenkt. Bei Kindern liegt der Freibetrag weiterhin bei CHF 15'000.00. Neu werden bei der EL-Berechnung zudem 80% des Einkommens des Ehegatten (statt bisher nur 2/3) berücksichtigt. Der EL-Mindestbetrag wurde zudem auf 60% der durchschnittlichen Krankenkassenprämie gesenkt. Führen die neuen Massnahmen zu einer Kürzung bestehender EL-Leistungen, kommen sie frühestens drei Jahre nach Inkrafttreten der Reform – am 1. Januar 2024 – zur Anwendung.

Besserer Schutz vor häuslicher Gewalt und Stalking

Um Opfer von häuslicher Gewalt und Stalking besser schützen zu können, wurden per 1. Juli 2020 diverse Änderungen im Zivil- und Strafrecht in Kraft gesetzt. So werden im zivilprozessualen Entscheidungsverfahren grundsätzlich keine Gerichtskosten mehr erhoben bei Streitigkeiten nach Art. 28b (und dereinst Art. 28c) ZGB (Art. 114 lit. f ZPO). Kommt es jedoch zu einer gerichtlichen Massnahme nach Art. 28b oder 28c ZGB, können Gerichtskosten trotz grundsätzlicher Unentgeltlichkeit des Verfahrens gesprochen und der verletzenden Partei auferlegt werden (Art. 115 Abs. 2 ZPO). Aus Sicht des Opfers bedeutet diese einseitige Kostenbefreiung zwar einen erleichterten Zugang zum Gericht. So muss sie insbesondere keinen Gerichtskostenvorschuss bezahlen, bevor das Gericht tätig wird. Das Risiko, im Falle des Unterliegens zu einer Parteientschädigung verurteilt zu werden, besteht jedoch weiterhin. Zusätzlich entfällt bei Klagen nach Art. 28b und 28c ZGB im vereinfachten Verfahren die Pflicht zur Durchführung eines Schlichtungsversuchs (Art. 198 lit. a^{bis} ZPO). Die Gerichte sind ausserdem gehalten, Entscheide nach Art. 28b ZGB den zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, der zuständigen kantonalen Stelle für Wohnungsausweisungen im Krisenfall sowie weiteren Behörden und Dritten mitzuteilen, soweit dies zu deren Aufgabenerfüllung oder zum Schutz des Opfers notwendig erscheint oder der Vollstreckung des Entscheides dient (Art. 28b Abs. 3^{bis} ZGB).

Am 1. Januar 2022 wird der Opferschutz mit Inkrafttreten von Art. 28c ZGB und Art. 343 Abs. 1^{bis} ZPO zusätzlich erweitert: Das Gericht kann Verboten und Weisungen nach Art. 28b ZGB auf Antrag des Opfers insofern Nachdruck verleihen, als dass es während höchstens sechs Monaten die Verwendung eines elektronischen Armbands oder einer elektronischen Fussfessel anordnet, die mit der verletzenden Person fest verbunden ist und mit der ihr Aufenthaltsort fortlaufend ermittelt und aufgezeichnet werden kann. Eine Anordnung von Amtes wegen ist nicht zulässig. Die Massnahme kann im vereinfachten Verfahren um jeweils sechs Monate verlängert werden. Die elektronische Überwachung kann auch supervisorisch oder vorsorglich, bspw. als Eheschutzmassnahme (Art. 172 Abs. 3 ZGB), angeordnet werden, jedoch nur für eine maximale Dauer von sechs Monaten. Eine vorsorgliche Verlängerung darüber hinaus ist ausgeschlossen. Für die Verlängerung müsste rechtzeitig ein Hauptsachenprozess im vereinfachten Verfahren angehoben werden. Aus dem Vollzug der Massnahme dürfen der klagenden Person keine Kosten entstehen. Die Kosten können aber der überwachten Person auferlegt werden. Bei der Überwachung handelt es sich lediglich um eine passive Überwachung.

Überschreitet die verletzende Person eine angeordnete Grenze, betritt sie ein verbotenes Rayon oder kommt sie ihrem Opfer trotz Auflagen zu nahe, wird weder ein Alarm ausgelöst noch ein behördlicher Einsatz veranlasst. Die Massnahme dient primär der Verhaltenslenkung. Immerhin können die Aufzeichnungen bei Verdacht auf Missachtung nachträglich ausgewertet werden. Durch diese neue Möglichkeit der Beweissicherung wird die Position des Opfers in einem Folgeprozess gestärkt. Die Kantone bezeichnen eine Stelle, die für den Vollzug der elektronischen Überwachung zuständig ist, und regeln das Vollzugsverfahren. Sie sorgen dafür, dass die aufgezeichneten Daten über die beteiligten Personen nur zur Durchsetzung des Verbots verwendet und spätestens zwölf Monate nach Abschluss der Massnahme gelöscht werden. Um den Kantonen dafür genug Zeit einzuräumen, wurde mit der Inkraftsetzung der beiden Gesetznormen noch bis Anfang 2022 zugewartet.

Änderung der Geschlechtsbezeichnung im Personenstandsregister

Das Verfahren betreffend zivilrechtliche Änderung der Geschlechtsbezeichnung war bisher nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Die Zivilgerichte fanden sich im ständigen Spannungsfeld zwischen juristischer Dogmatik und gesellschaftlicher Realität. Mit der Einführung eines vereinfachten Administrativverfahrens zur Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister wird nun umfassend Abhilfe geschaffen. Der neue Art. 30b ZGB, welcher systematisch dem Recht auf den Namen zugeordnet wird, ermächtigt Transgendermensen und Menschen mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung, ihre Geschlechtsbezeichnung und ihren Vornamen im Zivilstandsregister unbürokratisch und hürdenlos ändern zu lassen. Damit fallen Erfordernisse wie Nachweise erfolgter körperlicher Eingriffe oder psychiatrischer Befunde ersatzlos dahin. Die Änderung erfolgt nur noch gestützt auf eine entsprechende Erklärung gegenüber der Zivilstandsbeamtin. Der Kreis der Berechtigten wird zwar durch den Gesetzestext insofern eingeschränkt, als der Antragstellende innerlich fest davon überzeugt sein muss, nicht dem im Personenstandsregister eingetragenen Geschlecht zuzugehören. Die Aufrichtigkeit der Erklärung und damit auch die Dauerhaftigkeit der Beweggründe wird jedoch vermutet. Der Zivilstandsbeamte darf nur offensichtlich missbräuchliche Erklärungen zurückweisen. Zudem muss er neben der Identität und dem Alter auch die Urteilsfähigkeit von Amtes wegen überprüfen. Bei mangelnder Urteilsfähigkeit des Antragstellers kann die Erklärung nicht ersatzweise durch die gesetzliche Vertreterin abgegeben werden. Diesfalls kommt die Anwendung von Art. 30b ZGB nicht in Frage. Kinder unter 16 Jahren und Personen unter umfassender Beistandschaft bedürfen zur Gültigkeit ihrer Erklärung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Bei Verweigerung der Zustimmung bleibt weiterhin der Klageweg offen. Der Zivilstand bleibt von der Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister unberührt. Wollen die Ehegatten auch ihren Zivilstand den neuen Verhältnissen anpassen, d.h. eine eingetragene Partnerschaft in eine Ehe umwandeln oder umgekehrt, ist dazu ein Gerichtsurteil des Familiengerichts notwendig. Dadurch soll sichergestellt werden, dass auch sämtliche Nebenfolgen des Zivilstandswechsels geregelt werden. Mit der Berechnung

gung zur Erklärung über die Änderung des Geschlechts geht automatisch auch das Recht zur Änderung des Vornamens einher. Wird die Änderung des Vornamens unabhängig von einer Änderung der Geschlechtsbezeichnung gewünscht, kommen weiterhin die Grundsätze nach Art. 30 ZGB zur Anwendung. Die Referendumsfrist ist unbenutzt abgelaufen. Die Änderung tritt voraussichtlich am 1. Januar 2022 in Kraft. In diesem Zeitpunkt hängige Gerichtsverfahren werden mit der rechtsgültigen Erklärung vor der Zivilstandsbeamtin gegenstandslos.

Neues aus dem Berner Rathaus

Ab 1. Juni 2021 gelten für bernische Notare neue Regeln. Im Wesentlichen zielen die Änderungen des Notariatsgesetzes, der Notariatsverordnung und der Verordnung über die Notariatsgebühren auf eine wettbewerbsorientierte Ausgestaltung der Gebühren und eine Lockerung der Organisationsvorschriften ab. So soll ein bedeutender Teil der Notariatsleistungen nach gebotem Zeitaufwand statt nach Rahmentarifen abgerechnet werden. Die Bandbreite des Stundenansatzes wurde durch Verordnung auf CHF 250.00 bis CHF 400.00 festgesetzt. Innerhalb dieses Rahmens können die Notare ihren Stundenansatz nach pflichtgemäßem Ermessen frei wählen. Zur Verrechnung des Zeitaufwands von Notariatsangestellten wurden weitere, nach Ausbildungsstand abgestufte Kategorien vorgesehen. Für die Errichtung öffentlicher Urkunden über Geschäfte mit Geschäftswert bestimmt sich die Gebühr weiterhin nach einem gestaffelten Rahmentarif. Bei Klienten, die Sozialhilfe oder Ergänzungsleistungen beziehen oder die als Stiftung, Verein oder sonstige juristische Person behördlich als gemeinnützig anerkannt sind, dürfen die Minimalgebühren nach Aufwand oder gestaffeltem Tarif unterschritten werden. Ein weiterer Umbruch fand bezüglich möglicher Organisationsformen statt. So dürfen sich Notare neu als Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung organisieren, solange die juristische Person durch im Notariatsregister eingetragene Personen beherrscht wird. Sie dürfen sich auch mit weiteren Berufsgruppen zu einer Bürogemeinschaft zusammenschliessen. Neu ist schliesslich auch die Möglichkeit der elektronischen Führung von Registern und Kontrollen. Auch die elektronische Beglaubigung von Kopien und Unterschriften wurde erleichtert. Die Gesetzesrevision wurde unter eine Evaluationspflicht gestellt. Der Regierungsrat wurde gesetzlich beauftragt, acht Jahre nach Inkrafttreten die Organisation und die Einkommenssituation der bernischen Notariate sowie die Notariatsgebühren zu überprüfen.

Alina Raschle

Strafrecht

Terrorismusbekämpfung

In seiner Sitzung vom 31. März 2021 hat der Bundesrat beschlossen, die neuen strafrechtlichen Instrumente gegen den Terrorismus (BE N'ius 23, 2018) auf den 1. Juli 2021 in Kraft zu setzen. Ebenfalls auf diesen Zeitpunkt wird das entsprechende Übereinkommen des Europarates mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll in Kraft treten. Neu wird das Anwerben, die Ausbildung sowie das Reisen für terroristische Zwecke und entsprechende Finanzierungshandlungen unter Strafe gestellt. Das Gericht kann eine maximale Freiheitsstrafe von fünf Jahren aussprechen. Mit der Revision wird ebenfalls die bestehende Strafnorm gegen kriminelle Organisationen verschärft und ausdrücklich auch auf die Verfolgung terroristischer Organisationen zugeschnitten (Art. 260^{ter} StGB). Die Freiheitsstrafe beträgt hierfür mindestens drei Jahre und maximal 20 Jahre für Personen, die einen bestimmenden Einfluss in der Organisation ausüben. Weiter wird im Kampf gegen den Terrorismus die internationale Zusammenarbeit verstärkt. Zum einen kann die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) künftig Fragen ihrer ausländischen Partner beantworten, auch wenn keine Verdachtsmeldung eines Schweizer Finanzintermediärs eingegangen ist. Zum anderen werden Rechtshilfeverfahren vereinfacht und beschleunigt. Zudem wurde das befristete Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen durch das Parlament bis Ende 2022 verlängert. Zu gegebener Zeit wird der Bundesrat eine entsprechende Verfügung erlassen, welche gestützt auf Artikel 74 des Nachrichtendienstgesetzes (NDG) die genannten Organisationen auch künftig verbieten wird. Ergänzend zu den strafrechtlichen Instrumenten gegen den Terrorismus wollen der Bundesrat und das Parlament die Möglichkeiten der Polizei bei der Terrorismusbekämpfung weiter stärken. Über das am 25. September 2020 durch das Parlament beschlossene Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT) wird die Schweizer Stimmbevölkerung am 13. Juni 2021 abstimmen. Ziel ist es, terroristische Straftaten bei konkreten und aktuellen Anhaltspunkten einer terroristischen Gefahr für die Bevölkerung durch präventiv-polizeiliche Massnahmen zu verhindern.

Prümer Abkommen und Eurodac-Protokoll

Kriminelle Organisationen, Terroristen oder sonstige Banden sind heute vernetzt und mobil. Oftmals ist die Kriminalität grenzüberschreitend, weshalb eine enge internationale Zusammenarbeit umso wichtiger ist. Durch das Prümer Abkommen und das Eurodac-Protokoll soll diese verstärkt und damit der Informationsaustausch zwischen den Schweizer Strafverfolgungsbehörden und denjenigen der EU-Mitgliedstaaten künftig effizienter und schneller werden. Der Bundesrat hat in seiner Sitzung vom 5. März 2021 die entsprechende Botschaft zu Händen des Parlaments verabschiedet. Mit dem Prümer Abkommen sollen internationale Abfragen für die Schweizer Strafverfolgungsbehörden vereinfacht werden. Für die Polizeiarbeit wertvolle Informationen wie DNA-Profile, Fingerabdrücke oder Fahrzeughalterdaten werden in nationalen Infor-

mationssystemen gespeichert. Will man heute beispielsweise eine DNA-Spur mit den Datenbanken anderer Länder abgleichen, so müssen die einzelnen Länder einzeln via Interpol angefragt werden. Zukünftig soll es mit dem Prümer Abkommen möglich sein, mit einer einzigen Abfrage ein automatisierter Abgleich der Datenbanken aller beteiligter EU-Länder auszulösen. Ergibt eine DNA-Spur oder auch ein Fingerabdruck in der Datenbank eines anderen Landes einen Treffer, erhalten die Schweizer Strafverfolgungsbehörden direkt eine Meldung und können bei diesem Land weitere Informationen anfordern. Damit können Ermittlungen beschleunigt und Verbindungen zwischen Straftaten, wie auch Vorgehensweisen krimineller Organisationen, schneller festgestellt werden. Zur Prävention und Aufdeckung schwerwiegender Straftaten oder in Fällen, in denen der Verdacht auf einen terroristischen Hintergrund besteht, soll mit dem Eurodac-Protokoll zudem die Möglichkeit geschaffen werden, auf die Eurodac-Datenbank zuzugreifen. In der Eurodac-Datenbank werden die Fingerabdrücke von Personen gespeichert, die in einem Dublin-Staat ein Asylgesuch einreichen oder bei der illegalen Einreise aufgegriffen werden. Die Umsetzung des Prümer Abkommens ist eine Voraussetzung für die Inkraftsetzung des Eurodac-Protokolls.

Änderung des Bundesgesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG)

Der Geltungsbereich des Bundesgesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG) wird dahingehend ausgedehnt, dass die Schweiz künftig nicht nur Staaten, sondern allen internationalen Strafinstitutionen Rechtshilfe leisten kann, sofern diese von den Vereinten Nationen (UNO) geschaffen wurden oder bestimmte Bedingungen erfüllen. Die Änderung des IRSG wird am 1. Juni 2021 in Kraft treten. Das hat der Bundesrat an seiner Sitzung vom 14. April 2021 beschlossen. Möglich ist die Zusammenarbeit der Schweiz mit internationalen Strafinstitutionen bei schwerwiegenden Verletzungen des Völkerrechts oder wenn die Strafinstitution von den UNO mittels einer für die Schweiz verbindlichen oder von ihr unterstützten Resolution errichtet wurde. Die Zusammenarbeit kann zudem auf Verordnungsstufe auf weitere Strafinstitutionen ausgedehnt werden. Zeitgleich auf den 1. Juni 2021 wird das Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten zur Verfolgung schwerwiegender Verletzungen des humanitären Völkerrechts aufgehoben, da die bis anhin in diesem Bundesgesetz geregelten Fälle künftig durch den Geltungsbereich des geänderten Rechtshilfegesetzes abgedeckt sind. Das Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (ZISG) bleibt weiterhin in Kraft, da dieses eine verpflichtende Form der Zusammenarbeit vorsieht.

Instrumentarien gegen Gewaltextremismus – Vernehmlassungsentwurf Nachrichtendienstgesetz (NDG)

In seiner Sitzung vom 13. Januar 2021 hat der Bundesrat den Bericht «Griffige Instrumentarien gegen Gewaltextremismus» gutgeheissen und damit das Postulat Glanzmann-Hunkeler (17.3831) beantwortet. Im Jahr 2017 wurde der Bundesrat mit diesem Postulat beauftragt, in einem Bericht sowohl die Instrumentarien als auch die gesetzlichen Grundlagen

aufzuzeigen, die es braucht, um besser gegen gewalttätigen Extremismus vorgehen zu können. Der vom Bundesrat gutgeheissene Bericht kommt zum Schluss, dass die bestehenden und bereits vorgesehenen rechtlichen Massnahmen grundsätzlich dazu geeignet sind, die Bedrohungen durch gewalttätigen Extremismus effektiv einzudämmen. Jedoch gewinne der gewalttätige Extremismus als Bedrohungsform für die innere und äussere Sicherheit der Schweiz zunehmend an Bedeutung. Um besser dagegen vorgehen zu können, wird im Rahmen der laufenden Revision des Nachrichtendienstgesetzes (NDG) die Möglichkeit geprüft, den Einsatz von genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen wie etwa die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs oder das Eindringen in Computersysteme und -netzwerke auf den Bereich des gewalttätigen Extremismus auszuweiten. Bis Ende 2021 soll ein Vernehmlassungsentwurf für die Revision des NDG vorliegen.

CAS Judikative – Ein Erfahrungsbericht

Reto Sieber

Neue Kompetenzen erwerben, Fachkenntnisse erweitern, mehr lernen, mehr wissen. Es gibt zahlreiche Gründe, weshalb eine Weiterbildung in Angriff genommen wird. Meine Motivation für den Besuch des Zertifikatsstudiengangs «CAS Judikative» bestand darin, meine Qualifikationen als Gerichtsschreiber für ein künftiges Richteramt zu erweitern. Dieser Erfahrungsbericht soll Ihnen einen Einblick in den spannenden und vielseitigen Lehrgang vermitteln.

Zum Kursinhalt

Der im Juni 2007 mit Sitz in Luzern gegründete Verein Schweizerische Richterakademie bietet seither einen mit 12 ECTS-Kreditpunkten bewerteten Zertifikatsstudiengang für angehende oder amtierende Richterinnen und Richter sowie Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber an. Ziel des zweijährigen Studiengangs ist die wissenschaftliche und praktische Vermittlung von Grundlagen für die richterliche Tätigkeit. Das CAS beinhaltet insgesamt sechs Module, die jeweils während drei Tagen – von Donnerstag bis Samstag – sowie im Abstand von ca. drei Monaten in den Räumlichkeiten der Universität Luzern und zweimal in einem Kongresshotel in Biel abgehalten werden. Dabei werden Themen wie Organisation, Kommunikation, Beweis, Streitbehandlung, Gericht und Öffentlichkeit sowie Finanzfragen behandelt. Der Lehrgang beginnt alle zwei Jahre jeweils im Frühjahr und wird mit einer je 90-minütige open-book-Prüfung über alle sechs Module und einer Abschlussarbeit abgeschlossen.

Persönliche Erfahrungen

Im August 2018 ergatterte ich glücklicherweise den letzten der total 32 Teilnahmeplätze. Der Studiengang selbst begann im Februar 2019 in Luzern. Der vorgängig zugestellten Teilnehmerliste inkl. Foto konnte ich entnehmen, dass drei weitere mir bisher nicht bekannte Personen aus der Berner Justiz am Kurs teilnehmen. Zufälligerweise traf ich am Morgen des ersten Kurstages auf einem Perron am Bahnhof Bern auf ebendiese und durfte mich ihnen sogleich anschliessen, was mir den Einstieg in den Studiengang doch erleichterte. Sowieso ist eine der grossen Bereicherungen des Lehrganges die vielen Bekanntschaften, die während der gemeinsamen Studienzzeit zwischen den einzelnen Lektionen, aber auch anlässlich den jeweils von der Geschäftsstelle organisierten Abendprogrammen wie einer Führung durch das Kultur- und Kongresszentrum Luzern (KKL) gewonnen werden konnten. Wertvoll war in diesem Zusammenhang vor allen der fachliche Austausch über kantonal unterschiedliche Arbeitsweisen und Gepflogenheiten mit den teilnehmenden Staatsanwältinnen und Staatsanwälten, Richterinnen und Richter, Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber sowie Anwältinnen und Anwälten. Aber auch die Dozentinnen und Dozenten vermochten mit ihrem reichen Erfahrungsschatz

ihre theoretischen Ausführungen mit zahlreichen praktischen Beispielen ergänzen, was wesentlich zu einem spannenden und abwechslungsreichen Unterricht beitrug. Von Richterinnen und Richter über Professorinnen und Professoren bis hin zu Friedensrichtern oder Anwälten bot der Studiengang eine breite Palette an unterschiedlichsten Referentinnen und Referenten. Aber auch Themen und Lehrpersonen ohne juristischen Hintergrund, wie beispielsweise Übersetzerinnen, Psychologen und Rhetoriker, fanden Eingang in das umfangreiche Studienprogramm. Organisatorisch konnte der Lehrgang - dank der hervorragenden Arbeit der administrativen Assistentin Lisbeth Meule - genauso überzeugen.

Aufgrund der Corona-Pandemie mussten die letzten beiden Module per Videokonferenz durchgeführt werden, was sich einerseits auf die Qualität der Veranstaltung auswirkte und andererseits zur Folge hatte, dass die geknüpften Kontakte bedauerlicherweise nur spärlich weitergelebt werden konnten. So musste dann auch die für Januar 2021 geplante Abschlussfeier ersatzlos abgesagt werden.

Fazit

Der Studiengang richtet sich an amtierende und künftige Richterinnen und Richter und bietet dank seines abwechslungsreichen und interdisziplinären Programms eine praxisorientierte Weiterbildung mit vielen juristischen und nicht juristischen Erkenntnissen für die tägliche Praxis. Ich kann den Lehrgang – auch wegen den wertvollen Kontakten zu Kolleginnen und Kollegen aus der ganzen Schweiz –wärmstens empfehlen.

Weitere Informationen unter:

<https://www.unilu.ch/weiterbildung/rf/cas-judikative-richterakademie>

Interview mit Christine Pfister Hadorn

Denise Weingart

Liebe Christine. Du hast Dich nach langjähriger Tätigkeit in der Berner Justiz entschieden, Robe und Richterhammer niederzulegen. Hand aufs Herz: Fällt Dir der Abschied schwer?

Ja und nein, ich freue mich auf die Zeit «danach». Aber ich habe meinen Beruf sehr gerne ausgeübt und kann nicht auf Knopfdruck loslassen. Es gibt einige Rechtsfragen, die ich gerne noch mitentschieden hätte. Ich werde sicher weiterhin den einen oder anderen BGE oder die Gerichtsberichterstattung in der Zeitung interessiert lesen. Sicher werde ich den fachlichen Austausch mit meinen Kolleginnen und Kollegen vermissen.

Wann ist Dein letzter Arbeitstag am Berner Obergericht?

Das wird Anfang Juli sein, dann beziehe ich Ferien, Dienstaltersgeschenk und Langzeitkonto.

Auf was freust Du Dich am meisten im neuen Lebensabschnitt?

Dürfen und nicht Müssen. Mehr Zeit für die Familie, Freunde, Sport, Reisen, Kultur etc. zu haben. Die Bucket List ist lang. Da ich immer 100 % gearbeitet habe, musste ich viel zurückstecken.

Wie bist Du zur Juristerei gekommen?

Auf Umwegen und dem zweiten Bildungsweg, den ich eigentlich mit dem Ziel Veterinärmedizin in Angriff nahm. Nach Handelsschule, Auslandsaufenthalt und Matura war die Jurisprudenz dann eine Vernunftlösung. Es stehen einem ja mit der Juristerei als guter Allgemeinbildung viele Türen offen.

Hätten Dich neben dem Richteramt auch andere Berufe interessiert?

Ja, internationale Angelegenheiten reizten mich sehr oder auch die Advokatur.

Kannst Du Dich noch an den 1. Juli 2002, den ersten Arbeitstag am Obergericht, erinnern?

Ich fand im neuen Büro einen wunderschönen Blumenstraus von meinem Mann und den Kindern vor. Dafür hatte es keinen Bürostuhl, den durfte mein Vorgänger mitnehmen. Und um 8.15 Uhr hatte ich gleich die erste Verhandlung.

Wie hast Du die Justizreform im Jahr 2011 erlebt?

Nach 1997 war es der zweite Umbau des Justizsystems, den ich im Kanton Bern als Richterin miterlebt habe. Mit dieser zweiten Reform 2011 traten gleichzeitig die eidgenössischen Prozessgesetze in Kraft, die ebenfalls einiges verändert haben. Dass es seither in oberinstanzlichen Zivilverfahren kaum noch Verhandlungen gibt, bedaure ich sehr.

Als Mitglied des Obergerichts war ich bei der Justizreform 2011 in vorbereitenden Arbeitsgruppen aktiv. Die kantonale Reform ist im Grossen und Ganzen sehr gut gelungen, auch wenn es gewisse Kritikpunkte gibt. Die ZSG ist mE. gut unterwegs. Das schlanke Einzelrichtermodell und die Schlichtungsbehörden haben sich sehr bewährt. Auch die Strukturen am Obergericht mit den beiden Abteilungen und der Geschäftsleitung sind aus meiner Sicht überall akzeptiert. Die Geschäftsleitung kann den grossen Strauss von Aufgaben effizient und gut bewältigen. Sie tauscht sich regelmässig mit den Regionalgerichten und den kantonalen Gerichten aus. Diese Sitzungen sind sehr wertvoll. Auch zur Justizkommission wird ein guter Kontakt gepflegt, die jährlichen Besuche werden sehr geschätzt.

Welches Rechtsgebiet hat Dir am meisten zugesagt?

Das war immer das Zivilrecht, und da speziell Haftpflicht, Miet- und Arbeitsrecht. Sehr gerne habe ich auch im Kindes- und Erwachsenenschutzgericht mitgewirkt. Ich finde es sehr bereichernd, dass dort auch fachübergreifende Themen aus Psychologie, Medizin etc. in den Entscheidungsprozess einbezogen werden.

Gibt es ein Ereignis in den vergangenen Jahren, an welches Du Dich gerne zurückerinnerst?

In meinem ersten Jahr als Zivilrichterin erhielt ich ein persönliches Schreiben von Bundesrichterin Margrith Bigler-Eggenberger, die mich zu einem Urteil zum neuen Gleichstellungsgesetz beglückwünscht hat. An so etwas denke ich gerne zurück, wie auch an Entscheide, die zu Leitentscheiden wurden oder die in der Fachliteratur Beachtung fanden.

Gibt es eine Person, der Du im Laufe Deiner Karriere begegnet bist, die Dich besonders beeindruckt hat?

Mein erster Praktikumschef, Dr. Andreas Jost, hat mich sehr beeindruckt. Er lebte vor, wie man sachlich auch an spektakuläre Fälle herangeht. Das war für mich sehr motivierend. Und neben dem ausnehmend grossen juristischen Sachverstand bewahrte er sein Flair als kultivierter Bonvivant. Auch ein Aspekt, der mir als Berufseinsteigerin gutgetan hat. Er war es auch, der mir eine internationale Tür geöffnet und mich an das Salzburg Seminar in American Law and Legal Institutions empfohlen hat. Diese bereichernde Erfahrung hätte ich ohne ihn nie gemacht.

Ist Recht und Gerechtigkeit für Dich dasselbe?

Nein. Da könnte man jetzt zuerst alle grossen Philosophen bemühen und ausgiebig diskutieren. Recht und Gerechtigkeit sind nahe beieinander, aber wenn zum Beispiel die Gesetze ein anderes Werteverhältnis vorgeben oder Beweise fehlen, kann das Recht manchmal keine Gerechtigkeit schaffen. Deshalb versteht ja oft der Laie die Welt nicht, wenn er einen Entscheid liest. Mir hat es immer geholfen, mich auch am Bauchgefühl zu orientieren. Wenn dies nicht stimmte, war das Anlass, die Sache noch einmal gründlich nachzuprüfen und zu hinterfragen.

Wie soll man als Richterin oder Richter im Prozess auftreten?

Gut vorbereitet, sachlich, fair.

Wie wichtig ist für Dich Weiterbildung?

Weiterbildung ist für mich ein Lebensprojekt. Schön, dass wir in der Schweiz privilegiert sind und so viele Möglichkeiten haben.

Was fällt Dir spontan dazu ein:

- ACDC
- Pfingsten
- Cannabis

- Nicht meine Musik
- Ein willkommenes, langes Wochenende
- Wird von der Politik und den meisten Leuten verharmlost und unterschätzt. Die vielen cannabisinduzierten Psychosen, die ich in 19 Jahren FU-Verhandlungen erlebt habe, haben mir die Augen geöffnet.
- Ist praktisch
- Sommer, Lebensfreude, orientiert sich an der Sonne

- Stehpult
- Sonnenblume

Liebe Christine, herzlichen Dank, dass Du mir Rede und Antwort gestanden bist. Für Deinen weiteren Lebensweg wünschen wir Dir nur das Allerbeste!

Interview mit Beat Kämpf

Evelyne Halder



Beat Kämpf, Leiter Sekretariat am Regionalgericht Oberland, tritt im Sommer 2021 nach 35 Jahren in der Justiz des Kantons Bern in den Ruhestand. Zusammen mit Evelyne Halder blickt er zurück auf Hochs, Tiefs und eine rasante technische Entwicklung.

Lieber Beat, wie bist Du zu Deiner Tätigkeit in der Kantonsverwaltung gekommen?

Ich besuchte zuerst die Kantonale Verkehrs- und Verwaltungsschule in Biel (Mittelschule) und wollte ursprünglich zur damaligen Swissair. Da viele notenmässig bessere Schüler auch zur Swissair wollten, entschied ich mich gegen diese Laufbahn. Unser Nachbar in Zweisimmen war in Personalunion Gerichtsschreiber, Grundbuchverwalter, Betreibungsbeamter und Handelsregisterführer. Er wies mich auf eine offene Lehrstelle auf Schloss Blankenburg hin. Nachdem ich den Lehrvertrag unterzeichnet hatte, erhielt ich einige Tage später einen Telefonanruf des Ausbildungschefs der Swissair, welcher mir mitteilte, dass meine mündlichen Prüfungen sehr gut gewesen seien und ich bei ihnen mit der Ausbildung beginnen könne. Das brachte mich in eine heikle Situation, aber schliesslich wollte ich unseren lieben Nachbarn nicht enttäuschen und entschied mich für eine kaufmännische Ausbildung beim Grundbuch- und Betreibungsamt Obersimmental in Blankenburg.

In welchen Funktionen warst Du tätig?

Nach dem Lehrabschluss war meine erste Anstellung beim Grundbuchamt in Thun. Per 1. Januar 1977 wechselte ich auf das Betreibungsamt Obersimmental, wo ich als Verwaltungsbeamter arbeitete. Ich schaute aber immer gerne und interessiert in das Nachbarsbüro, in dem sich das Sekretariat des Richteramtes befand. Per Oktober 1986 war ein Wechsel möglich, sodass ich vor 35 Jahren beim Richteramt anfang und dort bis 1996 als alleiniger Sekretär tätig war. Zwischenzeitlich war mein Nachbar zum Gerichtspräsidenten und Regierungsstatthalter (in Personalunion) gewählt worden und wiederum mein Chef.

Dein schönster Arbeitsort?

Ganz klar, mein Büro in Schloss Blankenburg, ein kleines Schloss im Campagne-Stil mit einem Zugangshof mit Brunnen. Nach der ersten Reorganisation ab 1997 war aber auch das Amthaus in Saanen ein schöner Arbeitsort. Ich liebe Schlösser und Burgen sowie ihre Geschichten, weshalb ich auch öfters nach England und Schottland gereist bin.

Hand aufs Herz, was wirst Du nicht vermissen?

Die vielen mühsamen Anfragen in Bezug auf die Guthaben in der beruflichen Vorsorge oder das stete Mahnen von Unterlagen, welche nicht wie gewünscht eingereicht wurden. Auch die ZMG-Pikettdienste an den Wochenenden und den Logendienst werde ich sicher nicht vermissen.

Gibt es Highlights, an die Du Dich besonders gerne erinnerst?

Augenscheine in teuren Chalets im Saanenland, aber auch in SVG- oder Jagdsachen. Augenscheine wurden früher häufiger durchgeführt, da das Gericht näher vor Ort war. Zudem auch Scheidungen weltberühmter Persönlichkeiten aus Film, Literatur, Kunst und Architektur mit monatlichen Unterhaltszahlungen von über CHF 100'000.00, nebst Bezahlung von einigen Angestellten für die geschiedene Frau und von riesigen Summen bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung – aber auch die vielen Dossiers mit speziellen Vorkommnissen aus dem Bauernstand und der übrigen Bevölkerung.

Ich durfte während mehrerer Jahre zusammen mit drei Juristen Prüfungsexperte bei den mündlichen Lehrabschlussprüfungen der KV-Lernenden sein und tat dies immer sehr gerne. Bis vor kurzem bildete ich auch Lernende aus. Die Nachwuchsförderung war mir immer wichtig.

Zudem habe ich zusammen mit einer Kollegin aus Bern die jährlichen, überregionalen Weiterbildungsveranstaltungen für SekretärInnen ins Leben gerufen und immer gerne bei der Organisation der gesamtkantonalen Weiterbildungsanlässe mitgeholfen.

Welche Verfahren haben Dich besonders berührt?

Einige Scheidungsverfahren, bei welchen die Kinder nach Besuchswochenenden mit der Polizei abgeholt werden mussten und extrem unter der Trennung/Scheidung der Eltern litten. Aber auch Verfahren wegen fahrlässiger Tötung, sei es im Strassenverkehr oder bei Arbeitsunfällen und Suizidfälle.

Hast Du nach so vielen Jahren beim Gericht herausgefunden, was Gerechtigkeit ist?

Gerechtigkeit empfinde ich am ehesten, wenn gemeinsam ausgewogene Lösungen erarbeitet werden, unter Berücksichtigung von Gesetz und Praxis. Ich liebte die früheren Aussöhnungsversuche, die heute von der Schlichtungsbehörde durchgeführt werden.

War früher alles besser?

Nein, sicher nicht alles. Es gab aber in den kleinen Bezirken mehr persönliche Begegnungen. Heute ist vieles unpersönlich geworden. Die grösseren Gerichte und die Arbeitslast, aber auch die Hektik des Alltags haben das Nötige dazu beigetragen.

Wie wurde damals gearbeitet, als Du angefangen hast?

Beim Grundbuchamt in Thun hatten wir noch die alten, schweren Grundbücher und die Eintragungen erfolgten mit Tinte. Beim Betreibungsamt wurden Betreuungskarten geführt, welche Bestandteil des Zahlungsbefehls waren.

Die ersten Löhne brachte der Postbote als Bargeld ins Büro und wir mussten den Erhalt quittieren. Man stelle sich vor, wie viele Löhne damals in seiner Tasche waren, wenn er in Thun ins Waaghaus kam und die Löhne für das Grundbuchamt, das Betreibungsamt und das Kreiskommando ausbezahlte.

Beim Richteramt gab es noch Stenodiktate beim Chef. Revolutionär war dann schon fast die Anschaffung eines Kassettengerätes, worauf der Chef die Verfügungen diktierte, welche das Sekretariat in der Folge abtippte. Nach Jahren mit der mechanischen Schreibmaschine wurde die erste elektrische Schreibmaschine angeschafft, welche über einen Einzeilen-Display und eine Speicherkapazität von ca. 30'000 Zeichen verfügte. Dies reichte damals für eine bis zwei schriftliche Begründungen. Nach dem Ausdruck mussten sie wieder gelöscht werden, damit es Platz für die nächsten gab.

In der ganzen Bezirksverwaltung gab es nur ein Fotokopiergerät, welches mit Flüssigkeit in einem Wasserbad funktionierte. Um Kopien zu erstellen, musste der Raum verdunkelt und die Vorhänge gezogen werden. Ich erinnere mich auch noch, dass der Bezirkschef der Kantonspolizei ein «Natel D» hatte, dessen Grösse einem kleinen schweren Koffer entsprach. Ein Fortschritt war, als ich von einer Gemeindeverwaltung ein Diskettenlaufwerk übernehmen konnte. Die Disketten waren viel grösser als Langspielplatten. Wenn mehrere Exemplare eines Schreibens benötigt wurden, mussten wir mit Kohlepapier Durchschläge machen oder eine Umdruckmatrize erstellen. Anfangs der 90er Jahre gab es dann die ersten PC.

*Wie veränderte die neue Technik
Deinen Arbeitsalltag?*

Die Arbeit wurde viel technischer und stromabhängiger, aber auch einsamer – anstelle der persönlichen Besprechung schreibt man schnell ein E-Mail. Der Arbeitstag wurde weniger planbar und stressiger, Eingaben von Rechtsschriften und Belegen können heute auf mehreren Kanälen und jederzeit erfolgen. Früher hatte man nur die Tagespost und konnte sich den Arbeitstag dadurch besser einteilen.

*Du hast mit vielen verschiedenen
Menschen zusammengearbeitet, hat
Dich jemand besonders beeindruckt
und/oder geprägt?*

Beeindruckt haben mich viele Personen, z.B. der erste Gerichtspräsident auf Schloss Blankenburg, der noch von der ganz alten Schule war. Er war entscheidungsfreudig und hat oft nicht nur mit dem Gesetzbuch in der Hand, sondern gestützt auf sein Bauchgefühl und gesunden Menschenverstand entschieden. Das war aber eine andere Zeit, und das Urteil eines Richters wurde viel besser akzeptiert als heute.

*Wie ist es Dir gelungen, Dich so lange
für den gleichen Beruf zu motivieren?*

Für mich war Schlichten und Lösungen Erarbeiten immer ein schöner Moment. Wenn ich in Blankenburg und Saanen Personen in miet- oder arbeitsrechtlichen Fragen beraten konnte, fand ich das immer spannend und befriedigend. Ich sah es nie gerne, wenn es im Gerichtssaal «Gewinner» und «Verlierer» gab.

*Was kannst Du den Leserinnen und
Lesern mit auf den Weg geben?*

Sie müssen dran bleiben in dieser schnelllebigen Zeit und alle Veränderungen und Neuerungen positiv aufnehmen, denn Stillstand bedeutet Rückschritt. Sie sollen aber auch im Beruf das Gesellige nicht vernachlässigen, das kittet die Teams zusammen und macht sie stark.

Auf was freust Du Dich besonders nach Deiner Pensionierung? Welche Pläne hast Du?

Ich will nicht von 100 % auf null zurückfahren und bin im Gespräch mit einer Anwaltskanzlei, um dort mein Wissen im Familienrecht an einem oder zwei Tagen pro Woche einzubringen. Ich möchte auch noch einige, zum Teil wegen Corona aufgeschobene Reisen unternehmen. Ich fahre leidenschaftlich gerne Ski und Velo und möchte da noch etwas mehr für meine Fitness tun. Zudem bin ich zurzeit daran, die Motorbootprüfung zu absolvieren. Schliesslich sollen meine sechs Grosskinder auch etwas von meiner grösseren Freizeit profitieren können.

Lieber Beat, vielen Dank, dass Du Dir Zeit genommen hast für dieses Interview und Du uns an Deinen Erinnerungen teilhaben lässt. Wir wünschen Dir viel Erfolg bei Deinem Seitenwechsel in eine Anwaltskanzlei, viel Spass auf dem Boot und beim Besuch weiterer Schlösser und Burgen und vor allem weiterhin gute Gesundheit.

«Remote Justice» – Verhandlungen mittels Video- und Telefonkonferenzen in Zivilverfahren¹

Matthias Zurbrügg

I. Einleitung

- 1 Bei diesem Beitrag handelt es sich um die im Rahmen des CAS «Judikative» bei Bundesrichter Christoph Hurni verfasste leicht überarbeitete und aufdatierte Abschlussarbeit.
- 2 AS 2010 1739.
- 3 Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, 7235 f.
- 4 2. Teil, 3. Titel, 3. Kapitel: Art. 228–234 ZPO.
- 5 Erste Parteivorträge (Art. 228 ZPO); Beweisabnahme (Art. 231 ZPO); Schlussvorträge (Art. 232 ZPO).
- 6 Neue Tatsachen und Beweismittel (Art. 229 ZPO); Säumnis an der Hauptverhandlung (Art. 234 ZPO).
- 7 Art. 230 ZPO.
- 8 Art. 233 ZPO.
- 9 Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020, BBl 2020 2697, 2702.
- 10 Der Autor stützt sich in den Ausführungen über die Praxis in der bernischen Ziviljustiz auf seine über fünfjährige Erfahrung als Gerichtsschreiber und ausserordentlicher Gerichtspräsident am erstinstanzlichen Regionalgericht Berner Jura-Seeland in Biel/Bienne.
- 11 Oder zumindest seit der Einführung der Möglichkeit der Scheidung auf gemeinsames Begehren per 1. Januar 2000, AS 1999 1118.
- 12 Wobei in diesen Fällen üblicherweise grosszügig über die rechtshilferechtlichen Vorschriften und Gepflogenheiten hinweggesehen wird. Dieser Themenbereich wird vorliegend nicht weiter behandelt. Grenzüberschreitende Beweisaufnahmen mittels Videokonferenz (und wohl auch Telefonkonferenz) sind in geltungszeitlicher Auslegung des II. Kapitels des Übereinkommens über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 18. März 1970 (SR 0.274.134), welches direkte Beweisaufnahmen im ersuchten Staat durch konsularische Vertreter

Vor rund zehn Jahren ist per 1. Januar 2011 die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten.² Als die das zuvor kantonal geregelte Prozessrecht vereinheitlichende Kodifikation, in der sich die einzelnen Kantone in ungefähr derselben Masse wiedererkennen sollten, zeichnet sich die ZPO durch ihren «Mut zur Lücke» aus. Lücken, die der Praxis den notwendigen Raum zur einzelfallgerechten Prozessabwicklung, aber auch zur Rechtsfortbildung geben sollen.³

Diese gewollte Knappheit zeigt sich exemplarisch bei den Bestimmungen zum eigentlichen Herzstück des ordentlichen Zivilprozesses – der erstinstanzlichen Hauptverhandlung – das in lediglich sieben Artikeln⁴ geregelt wird. Wobei sich genauer betrachtet lediglich deren drei Artikel⁵ mit dem eigentlichen Verhandlungsablauf befassen und die übrigen vier sich mit dem Beweisrecht,⁶ der Klageänderung⁷ oder dem puren Gegenteil der Hauptverhandlung, dem Verzicht auf diese,⁸ befassen. Vor diesem Hintergrund mag nicht erstaunen, dass sich trotz der mittlerweile etablierten Konsolidierung des Zivilprozessrechtes auf Bundesebene,⁹ gerade bei der Form der Durchführung gerichtlicher (Haupt-)Verhandlungen und die Art der Leitung derselben, verschiedene kantonale oder gar regionale Praxen fortsetzen oder neu entwickeln konnten.

So werden beispielsweise an den erstinstanzlichen Berner Gerichten¹⁰ seit jeher¹¹ Ehegattenanhörungen gemäss Art. 111 ZGB bei Scheidungen auf gemeinsames Begehren mit vollständiger Einigung über die Scheidungsfolgen mit Einverständnis der Ehegatten telefonisch durchgeführt, wenn die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen voraussichtlich genehmigt werden kann und sich ein Ehegatte im Ausland befindet.¹² Auch werden vereinzelt Parteibefragungen im allseitigen Einverständnis der Verfahrensbeteiligten telefonisch durchgeführt, wenn dies zweckmässig erscheint. Besondere technische Vorkehrungen hierzu wurden bisher üblicherweise nicht getroffen und der Verhandlungsgang wich nicht wesentlich vom Üblichen ab: Die fernmündlich an der Verhandlung teilnehmende Person wird über die Freisprechfunktion des Gerichtssaaltelefons der Verhandlung zugeschaltet und nimmt an der Verhandlung teil bzw. wird befragt, wie wenn sie persönlich im Gerichtssaal zugegen wäre. Auch hinsichtlich der Protokollierung ergeben sich nach der bisherigen Praxis, ausser der Verbalisierung, dass die Befragung telefonisch stattfand, keine Unterschiede zu einer Verhandlung, an der sich alle Beteiligten im Gerichtssaal befinden. Insbesondere wurden bis anhin keine Aufzeichnungen der Telefonate angefertigt und zu den Akten genommen. Die Durchführung einer Verhandlung per Videokonferenz an einem Berner Gericht vor dem Jahr 2020 ist dem Verfasser nicht bekannt.

Mit dem Entwurf vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung,¹³ welche den «ziemlich pompösen»¹⁴ Untertitel «Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung» trägt, schlägt der Bundesrat nun, ohne dass dies vorab erwartet worden

oder Beauftragte regelt, grundsätzlich zulässig (ALEXANDER R. MARKUS, Neue Entwicklungen bei der internationalen Rechtshilfe in Zivil- und Handelssachen, in: SZW 2002, S. 65–82, 76 ff.; vgl. auch CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, Convention Preuves de 1970 – Guide de bonnes pratiques – Utilisation de la liaison vidéo, Ziff. A3).

13 BBl 2020 2785.

14 So FRANÇOIS BOHNET/JULIETTE SCHALLER, Projet 2020 de révision du code de procédure civile: Plaidoyer pour la jurisprudence, in: semjud 2020 II, S. 189–226, 189: «assez pompeusement».

15 FRANÇOIS BOHNET/SANDRA MARIOT, La vidéoconférence et le projet de révision du CPC, in: SZZP 2020, S. 179–194, 181.

16 Botschaft (Anm. 9), 2718 f.

17 Der umgangssprachlich «Corona-Pandemie» genannte globale Ausbruch der durch das bisher unbekanntes Coronavirus «SARS-CoV-2» ausgelösten Atemwegserkrankung «COVID-19» gilt aufgrund ihrer gesundheitlichen und insbesondere auch gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen als die bisher verheerendste Pandemie des 21. Jahrhunderts (<<https://de.wikipedia.org/wiki/COVID-19-Pandemie>>, 14.06.2021) und stellt möglicherweise eine historische Zäsur dar (<<https://www.faz.net/aktuell/wissen/geist-soziales/coronapandemie-als-historische-zaesur-in-der-geschichte-16987877.html>>, 14.06.2021).

18 Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiengesetz; SR 818.101).

19 AS 2020 783.

20 Treffender wäre die Bezeichnung «Shutdown» i.S.v. Stilllegen oder Herunterfahren, wurden doch in der Schweiz im Gegensatz zu vielen anderen Staaten keine Abriegelungen von Gebieten oder Ausgangssperren angeordnet. Nichtsdestotrotz hat sich die Bezeichnung «Lockdown» als Neologismus für eine wie auch immer geartete Massenquarantäne (wohl mehr oder weniger global) etabliert.

21 Vgl. für die Zürcher Justiz DOROTHE SCHERRER, Die Justiz des Kantons Zürich im Banne von «Corona» – Ein Erlebnisbericht aus der Optik der Präsidentin der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, in: CaS 2020, S. 208–213, 210 f.; LUKAS HUBER, Herausforde-

wäre,¹⁵ vor, eine gesetzliche Grundlage für Einvernahmen mittels Videokonferenz zu schaffen.¹⁶

Keine drei Wochen später wurde dieser Gesetzesentwurf bereits von der Realität ein- bzw. überholt. Nachdem der Bundesrat am 16. März 2020 aufgrund der «Corona-Pandemie»¹⁷ die ausserordentliche Lage gemäss Art. 7 EpG¹⁸ ausgerufen hatte, und das ganze Land über Nacht mit umfangreichen Schliessungen öffentlich zugänglicher Einrichtungen¹⁹ sowie eindringlichen Appellen zuhause zu bleiben in einen «Lockdown»²⁰ schickte, setzte auch die Justiz den Verhandlungsbetrieb weitgehend aus und führte nur noch dringliche Verhandlungen, wie Haftverhandlungen vor dem Zwangsmassnahmengericht, Strafverhandlungen bei drohender Überhaft oder Verjährung sowie Verhandlungen zur Regelung dringender Kinderbelange durch.²¹ Dieser Verhandlungsstopp und der sich abzeichnende Stau bei den nachzuholenden Verhandlungen²² weckte vielerorts das Bedürfnis nach der Durchführung von Verhandlungen mittels Videokonferenzen und zumindest am Handelsgericht des Kantons Zürich auch die Kreativität.²³

Mit dem Ende der Ostergerichtsferien am 19. April 2020 und der daraus folgenden Wiederaufnahme des Verhandlungsbetriebs²⁴ erliess der Bundesrat die COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht²⁵, die neben der Selbstverständlichkeit, Gerichtsverhandlungen und Befragungen unter Einhaltung von Schutzkonzepten hinsichtlich Hygiene und sozialer Distanz²⁶ durchzuführen,²⁷ insbesondere den Einsatz von Video- und Telefonkonferenzen in Zivilverfahren regelt.

Nachfolgend wird auf die Möglichkeiten der Durchführung von Video- und Telefonkonferenzen im Zivilprozess unter der geltenden Zivilprozessordnung und den Sonderbestimmungen der COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht eingegangen. Mit Blick auf die in der Praxis gemachten Erfahrungen mit Verhandlungen und Befragungen mittels Video- und Telefonkonferenz wird alsdann zu fragen sein, welche Schlüsse daraus im Hinblick auf die derzeit²⁸ von den eidgenössischen Räten debattierte, künftige Regelung von Verhandlungen mittels Videokonferenzen gezogen werden können.

II. Ein kurzer Blick über die Grenze

Der Einsatz von Videokonferenzen in Zivilverhandlungen ist in vielen Rechtsordnungen seit längerer Zeit mehr oder weniger üblich und die Diskussionen darüber sind im Gegensatz zur Schweiz nicht erst mit der Corona-Pandemie entfacht worden.²⁹

1. Grossbritannien

Insbesondere im angelsächsischen Rechtsraum sind Einvernahmen und Verhandlungen mittels Videokonferenz – nicht nur im Zivilprozess, sondern insbesondere auch in Strafverfahren mittels Videoverbindungen direkt in die Gefängnisse – gang und gäbe und es existieren dementsprechend auch einige Untersuchungen über die rechtlichen und insbesondere auch tatsächlichen Hürden der Partizipation an derartigen Verfahren.³⁰ Aufgrund dieser Erfahrung war es den britischen Gerichten auch möglich, den Verhandlungsbetrieb nach Beginn der Corona-Pan-

rung Corona in der Zürcher Zivil- und Strafrechtspflege, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2020/2, N. 9 ff.; ähnlich auch die (nicht veröffentlichten) «Massnahmen im Umgang mit der Covid-19-Pandemie (Corona-Virus)» der Geschäftsleitung des Obergerichts des Kantons Bern. In Zivilverfahren hätten Verhandlungen unabhängig vom selbstauferlegten Verhandlungsstopp – abgesehen von den ausser im Familienrecht sehr seltenen mündlichen Verhandlungen in Summarverfahren (Art. 273 Abs. 1 ZPO) – ab dem 21. März 2020 bis zum 19. April 2020 ohne das Einverständnis der Parteien gemäss Art. 146 Abs. 2 ZPO ohnehin nicht mehr stattfinden dürfen, nachdem der Bundesrat mit der Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) [AS 2020 849] den Beginn der Ostergerichtsferien (Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO) um zwei Wochen vorgezogen hatte.

- 22 Allein in der Genfer Justiz wird von insgesamt 2'400 nachzuholenden Verhandlungen ausgegangen: JOËLLE BECKER/STÉPHANIE CHUFFART-FINSTERWALD/AURÉLIE CONRAD HARI/SANDRINE GIROUD/SANDRINE GÜNEY KING/MITRA SOHRABI, COVID-19: Audiences par vidéoconférence et justice digitale, in: *Anwaltsrevue* 2020, S. 357–366, 358.
- 23 Zur vom Handelsgericht des Kantons Zürich per Videokonferenz über private Mobiltelefone angesetzten Hauptverhandlung, welche in den sich mit der Zulässigkeit von Videokonferenzen in zivilprozessualen Hauptverhandlungen befassenden BGE 146 III 194 mündete siehe unten 3.2.
- 24 Erläuterungen zur Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht) vom 16. April 2020 [ERLÄUTERUNGEN 1], 4.
- 25 Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus vom 16. April 2020 (SR 272.81).
- 26 Besser und treffender wäre «physische Distanz». Um Ansteckungen mit dem neuen Coronavirus (und allen anderen mittels Tröpfcheninfektion übertragbaren Erregern) zu vermeiden ist eine räumliche Distanz zwischen den Menschen vonnöten. Soziale Distanzierung hingegen verhindert an sich keine Krankheitsübertragungen, kann jedoch zu Vereinsamung

demie ohne nennenswerte Verzögerungen mit dem Einsatz von Videokonferenzen aufrechtzuerhalten.³¹ Angetrieben durch die Pandemie hat die britische Gerichtsverwaltung innert kürzester Zeit eine eigene Videoplattform für Gerichtsverhandlungen entwickelt und ausgeliefert, der die Verhandlungsteilnehmer plattformunabhängig über einen Webbrowser, aber auch über verschiedene gängige Programme wie Skype for Business oder Google Hangouts beitreten können.³²

2. Deutschland

Das deutsche Zivilprozessrecht kennt in § 128a D-ZPO die Möglichkeit der Durchführung von Verhandlungen und Befragungen mittels Videokonferenzen bereits seit dem 1. Januar 2002.³³ Folglich wurden aufgrund der Corona-Pandemie keine speziellen Prozessregelungen zur Durchführung von Zivilprozessen erlassen. Indes hat auch nach dieser Regelung das Gericht zwingend im Gerichtssaal zu tagen; nur die Parteien und ihre Vertreter bzw. die bei Beweisaufnahmen zu befragenden Personen dürfen sich ausserhalb des Gerichtsgebäudes aufhalten und per Videoübertragung dem Geschehen im Gerichtssaal zugeschaltet werden.³⁴ Eine Pflicht zur Teilnahme an einer Verhandlung oder Vernehmung mittels Videokonferenz besteht nicht. Vielmehr ist es den Beteiligten unbenommen, persönlich an der ohnehin im ordentlichen Gerichtssaal stattfindenden Verhandlung zu erscheinen.³⁵ Die Videoverhandlung darf gemäss § 128a Abs. 3 Satz 1 D-ZPO selbst bei entsprechender Einwilligung nicht aufgezeichnet werden; vielmehr ist sie ordentlich zu protokollieren.³⁶

3. Österreich

Unser östliches Nachbarland gilt als Vorreiter in Sachen Digitalisierung der Justiz. Während hierzulande die elektronische Übermittlung von Rechtsschriften auch zehn Jahre nach deren bundesrechtlicher Einführung mit der Vereinheitlichung von ZPO und StPO immer noch ein Nischendasein fristet, ist der elektronische Rechtsverkehr in Österreich längst Standard³⁷ und für gewisse Nutzer wie Rechtsanwältinnen und Notare sogar obligatorisch.³⁸ Ebenso sind sämtliche österreichischen Gerichte seit rund zehn Jahren mit leistungsfähigen Videokonferenzanlagen ausgerüstet, aufgrund derer Videobefragungen in Zivilprozessen kaum mehr wegzudenken sind.³⁹ § 277 A-ZPO schreibt gar den Vorrang einer Videokonferenz gegenüber einer rechtshilfeweisen Befragung vor, was als klarer Fortschritt gelten muss, sind doch rechtshilfeweise durch einen mit dem Fall nicht vertrauten Richter durchgeführte Einvernahmen häufig nur schlecht verwertbar.⁴⁰

Seit dem 6. Mai 2020 und vorerst bis zum 30. Juni 2021⁴¹ befristet können gemäss § 3 des 1. COVID-19-Justiz-Begleitgesetzes auch in Österreich im Einverständnis der Parteien oder beim Vorliegen erhöhter Gesundheitsgefährdungen durch COVID-19 Zivilverhandlungen und Beweisabnahmen auf dem Wege der Videokonferenz durchgeführt werden.⁴²

und damit ebenso zu gesundheitlichen Schäden insb. psychischer Art führen.

- 27 Art. 1 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht.
- 28 Der Ständerat hat die Änderungsvorlage zur ZPO am 16. Juni 2021 als Erstrat behandelt. Die Fundstellen des Amtlichen Bulletins liegen bei Drucklegung noch nicht vor.
- 29 Einen guten ersten Überblick verschafft die von der «Society für Computers and Law» betriebene Website <<https://remote-courts.org>>.
- 30 GRÁINNE MCKEEVER, Remote Justice? Litigants in Person and Participation in Court Processes during Covid-19, in: MLRForum 005; abrufbar unter <<https://www.modernlawreview.co.uk/mckeevers-remote-justice>>, 07.06.2021, 2 f.
- 31 BECKER et al. (Anm. 22), 358.
- 32 «Cloud Video Platform» (CVP). Vgl. zur Einführung dieser Videoplattform <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/901050/CVP_CFT_and_QA_-_Webinar_presentation_FINAL.PDF>, 12.06.2021. Als äusserst hilfreich und zuweilen auch amüsant erscheint der Youtube-Kanal von «HM Courts & Tribunal Service» (<<https://www.youtube.com/channel/UC5Altka7X-MeXog5ZFzBT9dA/videos>>, 12.06.2021), auf welchem sich Anleitungsvideos für die Teilnahme an Onlinebefragungen, aber auch eine Aufnahme einer gerichtlichen Anhörung mittels Videokonferenz samt Blick in ein typisch englisches Richterwohnzimmer finden.
- 33 JÖRN FRITSCHKE, in: Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher (Hg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl., München 2016, N. 1 zu § 128a D-ZPO.
- 34 FRITSCHKE (Anm. 33), N. 5 zu § 128a D-ZPO.
- 35 FRITSCHKE (Anm. 33), N. 4 und 6 zu § 128a D-ZPO.
- 36 FRITSCHKE (Anm. 33), N.15 zu § 128a D-ZPO.
- 37 BEAT BRÄNDLI, Prozessökonomie im schweizerischen Recht – Grundlagen, bundesgerichtliche Rechtsprechung und Auswirkungen im schweizerischen Zivilprozess, Diss. SG, Bern 2013, N. 405 f.
- 38 <https://www.oesterreich.gv.at/themen/dokumente_und_recht/elektronischer_rechtsverkehr_erv.html>, 12.06.2021.
- 39 BERNHARD ODEHNAL, Hallo Zeuge, se-

III. Zulässigkeit von Verhandlungen per Video- und Telefonkonferenz *de lege lata*

1. Grundsätzliches

Im Gegensatz zum Strafverfahren⁴³ sieht die Zivilprozessordnung die Möglichkeit der Durchführung von Einvernahmen mittels Videokonferenzen nicht vor. Dennoch wird in der knappen Lehre, die sich zur Frage äussert, mehrheitlich davon ausgegangen, dass der Verzicht auf eine solche Regelung kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers darstellt und zumindest Zeugenbefragungen per Videokonferenz und Ehegattenanhörungen per Video- und Telefonkonferenz möglich sind.⁴⁴ Ausser vor der Schlichtungsbehörde (Art. 204 Abs. 1 ZPO) sowie in familienrechtlichen Summar- und Scheidungsverfahren (Art. 273 Abs. 2 und 278 ZPO) schreibt die ZPO denn auch kein zwingendes persönliches Erscheinen der Parteien zu Verfahrenshandlungen vor, wobei selbst in den Fällen der grundsätzlichen Anwesenheitspflicht das Gericht die Parteien «aus wichtigen Gründen», worunter insbesondere auch eine weite Anreise aus dem fernen Ausland fällt,⁴⁵ von der Teilnahme an der Verhandlung dispensieren kann,⁴⁶ was gerade bei den an den Berner Gerichten regelmässig stattfindenden telefonischen Ehegattenanhörungen jeweils implizit geschieht.

Ebenfalls scheint der Bundesrat von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Einsatzes von Videokonferenzen in Zivilverfahren auszugehen.⁴⁷

2. Der Versuchsballon des Handelsgerichts des Kantons Zürich und BGE 146 III 194

Die Vizepräsidentin des Handelsgerichts des Kantons Zürich hat in einem Verfahren, in welchem die Parteien auf den 7. April 2020 zur Hauptverhandlung vorgeladen waren,⁴⁸ am 24. März 2020⁴⁹ ein Schreiben⁵⁰ versandt, in welchem sie die Parteien darauf aufmerksam machte, dass die Hauptverhandlung plangemäss stattfinden und im Rahmen einer Videokonferenz durchgeführt werde. Diese einseitige Anordnung lasse sich ausnahmsweise «angesichts der gravierenden Pandemie-Notlage, deren Ende nicht absehbar ist, und der zentralen Bedeutung einer weiterhin funktionierenden Justiz für Bevölkerung und Wirtschaft» auf Richterrecht abstützen. Die Videokonferenz werde vom Handelsgericht organisiert und alle Beteiligten würden mit ihren privaten Mobiltelefonen über die zu installierende App «zoom videoconferencing» der Verhandlung zugeschaltet werden. Die geringfügige Einbusse an Unmittelbarkeit sei unter den vorliegenden pandemischen Umständen verhältnismässig und mit Art. 6 EMRK vereinbar. Nämliches gelte für allfällige Sicherheitsbedenken,⁵¹ da die Verhandlung ohnehin öffentlich sei. Umgekehrt sei die Öffentlichkeit mit Ausnahme der akkreditierten Medienschaffenden derzeit ohnehin nicht zu Verhandlungen zugelassen; interessierten Medienschaffenden würde gegebenenfalls die Möglichkeit gegeben, der Videoübertragung zu folgen. Die an der Verhandlung Teilnehmenden hätten dem Handelsgericht bis am 1. April 2020 ihre Mobiltelefonnummer bekanntzugeben. Unterbleibe diese Mitteilung, werde von Säumnis ausgegangen.

Nachdem die Vizepräsidentin diese briefliche Anordnung mit Verfügung vom 1. April 2020 bestätigte, fand die Hauptverhandlung am 7. April

- hen Sie uns?, in: plädoyer 1/2012, S. 24–27, 24 f.
- 40 WALTER H. RECHBERGER/THOMAS KLICKA, Zivilprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl., Wien 2019, N. 2 zu § 278 A-ZPO.
- 41 Stand am 14.06.2021.
- 42 YVONNE SUMMER, COVID-19 und seine Folgen für die österreichische Justiz, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2020/2, N. 9.
- 43 Art. 144 Abs. 1 StPO: «Staatsanwaltschaft und Gerichte können eine Einvernahme mittels Videokonferenz durchführen, wenn das persönliche Erscheinen der einzuvernehmenden Person nicht oder nur mit grossem Aufwand möglich ist.»
- 44 Betreffend Zeugeneinvernahmen: HEINRICH ANDREAS MÜLLER, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 [DIKE-Komm.], N. 30 zu Art. 171 ZPO; THOMAS WEIBEL/CLAUDIA WALZ, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016 [ZPO-Komm.], N. 12 zu Art. 171 ZPO; FRANZ HASENBÖHLER/SONIA YAÑEZ, Das Beweisrecht der ZPO – Bd. 2: Die Beweismittel, Zürich 2019, N. 4.217 ff.; krit. BRÄNDLI (Anm. 37), N. 432; ablehnend: PETER HAFNER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 [BSK ZPO], N. 7d zu Art. 168 ZPO. Hinsichtlich Ehegattenanhörungen: ANNETTE SPYCHER, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2012 [BK ZPO], N. 7 zu Art. 278 ZPO; ablehnend THOMAS SUTTERSOMM/YANNICK SEAN HOSTETTLER, ZPO-Komm (Anm. 44), Art. 273 N. 16; die Möglichkeit einer Videokonferenz bei einer Ehegattenanhörung ohne weitere Begründung ausschliessend: OGer ZH, LC170004 vom 7. August 2017, E. 4.2.
- 45 DANIEL BÄHLER, in: BSK ZPO (Anm. 44), N. 4a zu Art. 273 ZPO.
- 46 DANIEL KETTIGER, Gerichtsverhandlungen, Anhörungen und Einvernahmen mittels Videokonferenz – Kritische Anmerkungen zur COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht, in: Jusletter vom 4. Mai 2020, N. 8.
- 47 Botschaft (Anm. 9), 2718 f., 2750, enthält sich noch einer Stellungnahme bezüglich

2020 wie angekündigt per Videokonferenz statt, wobei die beklagte Partei der Verhandlung unentschuldig fernblieb. Mit Urteil vom 7. April 2020 hiess das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage vollumfänglich gut.⁵²

Auf Beschwerde in Zivilsachen der Beklagten hin hob das Bundesgericht das handelsgerichtliche Säumnisurteil auf und wies die Angelegenheit zur rechtskonformen Durchführung der Hauptverhandlung und anschliessendem neuen Entscheid an das Handelsgericht zurück.⁵³

Das Bundesgericht erwog im Wesentlichen, dass die richterliche Prozessleitung zwar in vielen Punkten Ermessenssache sei, die rechtlichen Vorgaben und insbesondere die prozessualen Formen dennoch in jedem Fall einzuhalten seien.⁵⁴ Die Zivilprozessordnung setze die physische Anwesenheit der vorgeladenen Personen und Gerichtsmitglieder am selben Ort als selbstverständlich voraus. Die Hauptverhandlung gemäss Art. 228 ff. ZPO sei eine mündliche Verhandlung im Gerichtssaal bei physischer Anwesenheit der Parteien und der Gerichtsmitglieder.⁵⁵ Diese Konzeption der Hauptverhandlung mittels Videokonferenz durchbrechende Bestimmungen sehe die geltende Zivilprozessordnung nicht vor; auch kein wie auch immer geartetes Richterrecht könne an deren Stelle treten. Es bestehe keine Handhabe, eine Partei zur Teilnahme an einer per Videokonferenz durchgeführten Hauptverhandlung zu verpflichten.⁵⁶ Andererseits sei die Durchführung einer Hauptverhandlung per Videokonferenz mit dem Einverständnis aller Parteien möglich: Da die Parteien gemäss Art. 233 ZPO gemeinsam auf die Durchführung einer Hauptverhandlung gänzlich verzichten könnten, könnten sie sich auch gemeinsam mit der Durchführung einer Verhandlung per Videokonferenz einverstanden erklären.⁵⁷

3. Stellungnahme

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach Verhandlungen per Videokonferenz unter der aktuell geltenden Zivilprozessordnung nur – aber immerhin – im Einverständnis aller Parteien stattfinden können, verdient Zustimmung.⁵⁸ Wie das Bundesgericht zutreffend ausführt, ist der Schweizerische Zivilprozess, zumindest soweit es sich nicht um nichtfamilienrechtliche Summarsachen handelt, nach wie vor auf eine förmliche Verhandlung im Gerichtssaal unter persönlicher Anwesenheit aller Verfahrensbeteiligten (oder zumindest deren Vertretern) mit anschliessender Urteilsfällung zielgerichtet. Dabei darf die menschliche Komponente und die psychologische Funktion einer gerichtlichen Hauptverhandlung als «*your day in court*» nicht unterschätzt werden, geben doch gerichtliche Verhandlungen nicht nur dem Gericht einen unmittelbar(er)en Eindruck der Angelegenheit, sondern der Justiz den Parteien gegenüber auch ein Gesicht.⁵⁹ Ohne gesetzliche Grundlage darf den Parteien das Recht auf eine «richtige» Gerichtsverhandlung im Gerichtssaal nicht einfach so entzogen werden.

Umgekehrt wäre nicht einsichtig, weshalb die Parteien gemeinsam zwar auf die Durchführung «ihrer» Hauptverhandlung (oder Teilen davon)⁶⁰ gänzlich verzichten können, ein einvernehmlicher Verzicht auf die vorgesehene Form der Verhandlung im Gerichtssaal und stattdessen eine alternative Durchführung der Verhandlung oder auch nur einzelner Beweiserhebungen per Videokonferenz hingegen nicht zulässig sein sollte.

des Einsatzes von Videokonferenzen. Die ERLÄUTERUNGEN I (Anm. 24) halten hingegen fest, dass «das geltende Recht dies jedenfalls im Zivil- und Verwaltungsverfahren grundsätzlich nach Ansicht des Bundesrats auch zulässt.»

- 48 Da sich dieser Termin in den Ostergerichtsferien gemäss Art 145 Abs. 1 lit. a ZPO befindet offensichtlich mit entsprechender Zustimmung der Parteien.
- 49 Mithin eine Woche nach der bundesrätlichen Ausrufung der «ausserordentlichen Lage» gemäss Art. 7 EpG und vier Wochen vor Inkrafttreten der COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht.
- 50 Das Schreiben der Vizepräsidentin des Handelsgerichts des Kantons Zürich liegt dem Autor in anonymisierter Form vor. Der Inhalt des Schreibens wird sodann in BGer, 4A_180/2020 vom 6. Juli 2020, in der Sachverhaltsdarstellung und in E. 2.2 (nicht publiziert in BGE 146 III 194) nahezu vollständig paraphrasiert.
- 51 Gemeint ist wohl Datensicherheit bzw. Datenschutz.
- 52 BGE 146 III 194, Sachverhaltsdarstellung.
- 53 BGer, 4A_180/2020 vom 6. Juli 2020, E. 7 (nicht publiziert in BGE 146 III 194).
- 54 BGE 146 III 194, E. 3.1.
- 55 BGE 146 III 194, E. 3.2 m.Hinw. auf BOHNET/MARIOT (Anm. 15), 185; DIES., COVID-19 et oralité en procédure civile – Approche critique de l’Ordonnance du 16 avril 2020 instaurant des mesures en lien avec le coronavirus dans le domaine de la justice et du droit procédural, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2020/2, N. 20 f.; BRÄNDLI (Anm. 37), N. 430.
- 56 BGE 146 III 194, E. 3.6 f.
- 57 BGE 146 III 194, E. 3.1 m.Hinw. auf BGE 140 III 450, E. 3.2 f. und BGer, 4A_479/2015 vom 2. Februar 2016, E. 5.2.
- 58 A.M. SAMUEL TURTSCHI, Anmerkungen zum Urteil 4A_180/2020 vom 6. Juli 2020, Videokonferenz, in: AJP 2021, S. 116–123, 122, sieht in diesem grundsätzlichen Anspruch auf eine Gerichtsverhandlung im Gerichtssaal einen «Rückschritt für die Digitalisierung der Ziviljustiz».
- 59 CHRISTIAN OETIKER, Prozessführung und Verfahrensrecht, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hg.), COVID-19 – Ein Panorama zu Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 15, S. 451–482, Basel 2020, N. 34 f.

Einschränkend ist anzufügen, dass – obwohl ein gemeinsamer Verzicht auf die Hauptverhandlung gemäss Art. 233 ZPO für das Gericht ausser im Bereich der Officialmaxime grundsätzlich bindend ist⁶¹ – mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage kein Anspruch der Parteien auf die Durchführung von Verhandlungen mittels Videokonferenzen besteht.

Was die Durchführung ganzer Verhandlungen oder auch nur einzelner Beweisabnahmen mittels Telefonkonferenz betrifft, ist hingegen (ausser bei familienrechtlichen Verfahren) davon abzuweichen. Zu schwach ist die Wahrnehmung ausserhalb des Gesprochenen um einen genügend unmittelbaren Eindruck von Aussagen einer Person zu erhalten. Ebenfalls stellen sich Fragen der genügenden Identifikation der befragten Person und der Verhinderung von Beeinflussung.⁶² Hingegen haben sich im Familienrecht gerade telefonische Ehegattenanhörungen nach Art. 111 Abs. 1 ZGB in der Praxis bewährt. Die Identifikationsproblematik ist in diesen Verfahren sehr gering, finden sich in den Scheidungsakten doch Unmengen an personenbezogenen Daten, die zur sicheren Identifikation abgefragt werden können und würden es überdies die scheidungswilligen Ehegatten mit Bestimmtheit schnell merken und auch vorbringen, wenn sich eine falsche Person als Gegenpartei ausgibt. Auch kann festgestellt werden, dass die Überprüfung des tatsächlichen Scheidungswillens insbesondere in der als normales Telefongespräch zwischen Richter und einem Ehegatte ausgestalteten getrennten Anhörung, sehr wohl funktioniert.⁶³ Dem Vorwurf der mangelnden «Feierlichkeit» einer telefonischen Anhörung⁶⁴ ist entgegenzuhalten, dass einer Scheidung ohnehin – auch wenn sie für die Betroffenen eine Befreiung darstellen kann – nur wenig Feierliches beizumessen ist.

IV. Videokonferenzen gemäss Entwurf vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Zivilprozessordnung

Einen Hinweis der «Arbeitsgruppe Zurich International Commercial Court» des Zürcher Anwaltsverbands im Vernehmlassungsverfahren aufnehmend,⁶⁵ schlägt der Bundesrat mit dem Entwurf vom 26. Februar 2020 zur Revision der Zivilprozessordnung⁶⁶ eine neue, sich an Art. 144 StPO orientierende Bestimmung mit folgendem Wortlaut vor:

Art. 170a Einvernahme mittels Videokonferenz
Das Gericht kann eine Einvernahme von Zeugen mittels Videokonferenz oder ähnlichen technischen Mitteln durchführen.
Die Einvernahme wird in Ton und Bild festgehalten.

Mittels Verweise in den Art. 187 und 193 ZPO sollen Einvernahmen durch Videokonferenzen neben Zeugenbefragungen auch bei der mündlichen Erstattung von Gutachten und bei der Parteibefragung sowie der Beweis-aussage möglich sein. Der ebenfalls neu vorgeschlagene Art. 176a ZPO, welcher den bisherigen Art. 176 Abs. 3 ZPO ersetzen soll und die Protokollierung von in Ton und/oder Bild aufgezeichneten Befragungen regelt – und somit auch bei Befragungen mittels Videokonferenzen gilt – sieht vor, dass das Einvernahmeprotokoll erst im Nachgang der Verhandlung (lit. a) gestützt auf die neben dem Protokoll zu den Akten zu nehmende

- 60 BGer, 4A_47/2015 vom 2. Juni 2015, E. 3.2.
- 61 Botschaft (Anm. 3), 7342.
- 62 HASENBÖHLER/YAÑEZ (Anm. 44), N. 4.224.
- 63 So hat es der Autor noch nie erlebt, dass eine Scheidung auf gemeinsames Begehren nach einer Ehegattenanhörung im Gerichtssaal abgewiesen worden wäre, da sich das Gericht nicht davon hätte überzeugen können, dass der Scheidungswille auf reiflicher Überlegung beruht. Nach telefonischen Ehegattenanhörungen ist dies hingegen durchaus schon vorgekommen.
- 64 So MÜLLER (Anm. 44), N. 30 zu Art. 171 ZPO m.Hinw. auf MARKUS (Anm. 12), 81 f.: «Solemnität».
- 65 Revision der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und Rechtsdurchsetzung) – Übersicht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, Bern 2020, 69.
- 66 BBl 2020 2785.
- 67 Botschaft (Anm. 9), 2750. Dass man dem Ziel der Positionierung der Schweiz als «internationalem Justizplatz» mit der Einführung der Möglichkeit von Videokonferenzbefragungen an sich nicht wirklich näherkommt, muss auch dem Bundesrat bewusst sein, wenn er i.f. seiner Ausführungen lapidar festhält, dass bei grenzüberschreitenden Videokonferenzen mit Personen im Ausland die Regeln der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen zu beachten seien.
- 68 Vgl. 3 oben.
- 69 Anm. 24 und 84.
- 70 BOHNET/MARIOT (Anm. 15), 181, bezeichnen den bundesrätlichen Vorschlag gar als wenig gelungen («peu aboutie»).
- 71 Vgl. hierzu sogleich 5.
- 72 BOHNET/SCHALLER (Anm. 14), 213 f.
- 73 AS 2020 849; vgl. für die Geltungsdauer Art. 2.
- 74 Vgl. oben 1.
- 75 Sowie gemäss ERLÄUTERUNGEN I (Anm. 24), 3, «evtl. auch auf Art. 184 Abs. 3 BV» gestützt, wobei es sich bei dieser Aussage offensichtlich nur um ein Versehen handeln kann, gibt doch diese Bestimmung dem Bundesrat das Recht, Direktverordnungen zur Wahrung aussenpolitischer Interessen zu erlassen (JÖRG KÜNZLI, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belsler/Astrid Epiney (Hg.), Basler Kommentar

Aufzeichnung (lit. c) erstellt werden kann. Zudem bildet der vorgeschlagene neue Art. 176a E-ZPO die Grundlage für den Verzicht auf das Verlesen des Protokolls und die – aufgrund der fehlenden persönlichen Anwesenheit am Verhandlungsort bei Videokonferenzen gar nicht mögliche – persönliche Unterzeichnung des Einvernahmeprotokolls durch die befragte Person.

Der Bundesrat sieht den Bedarf einer gesetzlichen Regelung von Videokonferenzen «angesichts der stetig zunehmenden technischen Möglichkeiten und ihrer Verbreitung sowie der parallel zunehmenden Internationalität fast sämtlicher Lebensbereiche und damit auch der an einem Zivilverfahren beteiligten Personen» und den «laufenden Bestrebungen zur Positionierung der Schweiz als internationaler Justizplatz». Ob und wie von der Möglichkeit der Befragungen mittels Videokonferenz Gebrauch gemacht werden soll, will der Bundesrat jedoch der Praxis überlassen.⁶⁷

Da die vorgeschlagenen Bestimmungen aufgrund der grundsätzlichen Zulässigkeit von Befragungen mittels Videokonferenz,⁶⁸ nur bei Videokonferenzen gegen den Willen einer oder beider – und damit wohl diesbezüglich etwas unkooperativen – Parteien eine eigentliche Neuerung bedeuten würden, erscheinen diese – und die bundesrätlichen Erläuterungen⁶⁹ dazu – etwas gar schlank.⁷⁰ Dass es, wenn man schon eine Regelung macht, wohl etwas dichtere Bestimmungen für Videokonferenzen im Zivilprozess braucht, hat unter dem Eindruck der Corona-Pandemie offensichtlich auch der Bundesrat eingesehen. So hat er in den Art. 2–4 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht⁷¹ die Möglichkeit und die Art der Durchführung von Befragungen (und ganzen Verhandlungen) deutlich umfangreicher normiert als knapp zwei Monate zuvor in Art. 170a E-ZPO vorgesehen und so Umsetzungsfragen, die er den Kantonen oder gar den einzelnen Gerichten überlassen wollte, im Sinne der Rechtssicherheit nun landesweit einheitlich geregelt.⁷²

V. Video- und Telefonkonferenzen gemäss COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht

1. Grundlagen

Nachdem die Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) am 19. April 2020 auslief⁷³ und damit auch der Verhandlungsbetrieb wieder aufzunehmen war,⁷⁴ erliess der Bundesrat per 20. April 2020 gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV⁷⁵ die COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht,⁷⁶ in deren Art. 2–4 die Durchführung von Video- und Telefonkonferenzen in Zivilverfahren geregelt werden. Ob sich diese verfassungsunmittelbare Notverordnungs-kompetenz, die u.a. dem Schutz klassischer Polizeigüter wie Leib und Leben – enthaltend die öffentliche Gesundheit –, Eigentum oder Freiheit dienen soll,⁷⁷ auch auf den Erlass von Regelungen über Videokonferenzen in Zivilverfahren u.dgl. erstreckt, ist umstritten.⁷⁸ Die Frage mag unter verfassungsrechtlich-dogmatischen Gesichtspunkten spannend sein, die praktische Relevanz ist jedoch letztlich gering. So wird sich zum Einen angesichts der in der momentanen Pandemielage mal mehr oder weniger

zur Bundesverfassung, Basel 2015 [BSK BV], N 29 zu Art. 184 BV). Niemand wird ernsthaft behaupten wollen, die ausserpolitischen Interessen der Schweiz seien tangiert, wenn in einer Pandemielage keine Bestimmungen über Videokonferenzen in Zivilverfahren oder betreffend die Zustellung von Zahlungsbefehlen ohne Zustellnachweis (Art. 9 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht) erlassen werden.

76 AS 2020 1229.

77 KÜNZLI (Anm. 75), N 36 zu Art. 185 BV.

78 Zustimmend: ANDREAS LIENHARD/DANIEL KETTIGER, Justiz in Krisenzeiten – Rahmen und Massnahmen zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit: Die Herausforderungen der Justiz und das Potential, daraus zu lernen, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2020/2, N. 4; krit. bspw.: GIOVANNI BIAGGINI, Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, in: ZBl 121/2020, S. 239–267, 256 f., der von einer «Wohlfahrtsstaats-Generalklausel» spricht; ebenso FLORIAN BRUNNER/MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts – Überlegungen zu einer ausserordentlichen ausserordentlichen Lage, in: AJP 2020, S. 685–701, 695 f. Das BGER legt die Polizeigüter extensiv aus und sieht selbst die direkt auf Art. 185 Abs. 3 BV gestützte Herausgabe von Bankkundendaten an ausländische Behörden als rechtmässig an, wenn damit der Zusammenbruch des Finanzsystems verhindert werden könne (BGE 137 II 431, E. 4.1).

79 Ausser sich als gestrenge Verfassungspuristen ausgebende sog. «Corona-Skeptiker».

80 ERLÄUTERUNGEN I (Anm. 24), 2 f.

81 Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102).

82 AS 2020 3821.

83 AS 2020 1229.

84 Eine Weitergeltung dieser Bestimmung fällt schon deshalb ausser Betracht, weil Art. 7 Covid-19-Gesetz dem Bundesrat keine derartige Verordnungskompetenz (mehr) delegiert (Erläuterungen der Änderungen vom 25. September 2020 zur Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im

stark geltenden Empfehlung, möglichst wenige physische Kontakte zu haben, wohl niemand⁷⁹ ernsthaft daran stören, dass der Bundesrat – möglicherweise in Überschreitung seiner Kompetenzen – Regelungen erlassen hat, die, ohne wesentlich in Grundrechte einzugreifen, helfen sollen, die Funktionsfähigkeit des Justizbetriebs aufrecht zu erhalten.⁸⁰ Zum Anderen stützt sich die bundesrätliche Verordnungskompetenz nun seit dem 26. September 2020 und (vorerst) bis zum 31. Dezember 2021⁸¹ auf Art. 7 lit. b Covid-19-Gesetz, der den Bundesrat u.a. dazu ermächtigt, «zur Gewährleistung des Justizbetriebs» von der ZPO abweichende Bestimmungen betreffend den «Einsatz technischer Instrumente oder Hilfsmittel wie Video- und Telefonkonferenzen bei Verfahrenshandlungen mit Teilnahme von Parteien, Zeuginnen und Zeugen oder Dritten, namentlich Verhandlungen und Einvernahmen» zu erlassen. Auf dieses Datum hin hat der Bundesrat die Verordnung denn auch abgeändert⁸² und dabei insbesondere die Voraussetzungen der Durchführung von Verhandlungen mittels Video- und Telefonkonferenzen ohne Einwilligung der Parteien verschärft und die Möglichkeit des Verzichts auf eine Hauptverhandlung *ohne* gemeinsamen Verzicht der Parteien auf diese (Art. 5 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht in der Fassung vom 16. April 2020)⁸³ wieder aufgehoben.⁸⁴

2. Art. 2 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht

2.1. Verhandlungen mittels Videokonferenz (Abs. 1)

Art. 2 Abs. 1 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht sah in seiner ursprünglichen Fassung vom 16. April 2020⁸⁵ vor, dass Verhandlungen in Zivilverfahren «in Abweichung von Art. 54 ZPO» mittels Videokonferenz durchgeführt werden können, «wenn die Parteien damit einverstanden sind oder wichtige Gründe vorliegen, insbesondere Dringlichkeit».

Mit der Änderung vom 25. September 2020⁸⁶ wurde Art. 2 Abs. 1 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht per 26. September 2020 nun dergestalt angepasst, dass Verhandlungen⁸⁷ mittels Videokonferenz in Zivilverfahren «in Abweichung von Art. 54 ZPO» nur noch dann durchgeführt werden können, wenn (a) die Parteien damit einverstanden sind, wenn (b) eine Partei oder deren Vertreter dies unter Glaubhaftmachung, sie oder er gehöre zu einer Corona-Risikogruppe,⁸⁸ beantragt bzw. wenn (c) ein Gerichtsmitglied zu einer Corona-Risikogruppe gehört, wobei in diesen beiden Fällen keine wichtigen Gründe gegen die Durchführung der Videokonferenz sprechen dürfen, oder wenn (d) eine besondere Dringlichkeit besteht.

Gemäss Art. 54 ZPO⁸⁹, von dem gemäss Art. 2 Abs. 1 Satz 1 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht Verhandlungen mittels Videokonferenz abweichen dürfen, sind Verhandlungen in Zivilverfahren und allfällige mündliche Urteileröffnungen⁹⁰ öffentlich (Abs. 1). Hingegen gewährt Art. 54 ZPO keinen Anspruch auf Durchführung einer (öffentlichen) Verhandlung, sondern ordnet nur die Öffentlichkeit von Verhandlungen an, die überhaupt stattfinden.⁹¹ Wenn nun Verhandlungen mittels Videokonferenz im Einverständnis der Parteien stattfinden – was in der Praxis der häufigste Fall sein dürfte – so ist dies, wie gesehen,⁹² bereits unter Geltung der ZPO möglich (womit Art. 2 Abs. 1 lit. a COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht lediglich deklaratorischer Natur ist) und stellt

- Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht) vom 16. April 2020 [ERLÄUTERUNGEN 2], 5; vgl. auch Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 12. August 2020, in: BBl 2020 6563, 6603 f.).
- 85 AS 2020 1229.
- 86 AS 2020 3821.
- 87 Also auch Schlichtungsverhandlungen oder Instruktionsverhandlungen (FRANÇOISE BASTONS BULLETTI, Crise du Covid-19 et évolution des audiences en procédure civile – Les audiences et auditions selon l’Ordonnance Covid-19 justice et droit procédural, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2020/2, N. 11).
- 88 «Zu einer Kategorie der durch das Coronavirus besonders gefährdeten Personen».
- 89 Art. 54 ZPO konkretisiert den Gehalt und die Ausnahmen des verfassungs- und völkerrechtlichen Anspruchs (Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II) auf Öffentlichkeit von Verhandlungen und Urteilsverkündungen (CHRISTOPH HURNI, in: BK ZPO (Anm. 44), N. 1 und 4 zu Art. 54 ZPO).
- 90 Das Gericht kann sein Urteil den Parteien auch schriftlich, in erster Instanz sogar zunächst unbegründet (Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO), eröffnen.
- 91 HURNI, in: BK ZPO (Anm. 44), N. 12 zu Art. 54 ZPO; TARKAN GÖKSÜ, in: DIKE-Komm. (Anm. 44), N. 8 zu Art. 54 ZPO.
- 92 Oben 3.
- 93 KETTIGER (Anm. 46), N. 13, hält dafür, dass Verhandlungen per Videokonferenz nicht per se nicht öffentlich seien und somit auch keiner Abweichung von Art. 54 ZPO bedürften, ansonsten ja Art. 2 Abs. 3 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht, der den Ausschluss der Öffentlichkeit bei Verhandlungen per Videokonferenz regelt, entbehrlich wäre. Möglicherweise erkennt der Bundesrat in der Öffentlichkeit gemäss Art. 54 ZPO auch einen Anspruch darauf, dass eine gerichtliche Verhandlung in der traditionellen Form in einem Gerichtssaal durchzuführen sei. Dies ergibt sich dies jedoch nicht aus Art. 54 ZPO.
- 94 Wovon nach Ansicht des Autors in der aktuellen Corona-Pandemie gerade mit Blick auf die im internationalen Vergleich doch sehr milden Massnahmen

in der Sache einen Verzicht auf die Durchführung der (gesetzeskonformen) Hauptverhandlung gemäss Art. 233 ZPO dar. Somit findet gar keine gesetzliche Verhandlung statt, deren Durchführung mittels Videokonferenz einem Abweichen von Art. 54 ZPO bedürfte.⁹³ Anders verhält es sich bei Verhandlungen mittels Videokonferenzen *ohne* Einwilligung aller Parteien: Hier findet eine Verhandlung nach gesetzlichen Formen statt und der Öffentlichkeitsgrundsatz gemäss Art. 54 ZPO wird (grundsätzlich) durchbrochen. Indes ist das Problem der fehlenden Gerichtsöffentlichkeit regelmässig nur ein scheinbares. Art. 2 Abs. 1 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht scheint bei der gestatteten Abweichung von Art. 54 ZPO davon auszugehen, dass sämtliche an der Verhandlung beteiligten Personen, also insbesondere auch die Gerichtsmitglieder, von ihrem aktuellen Standort aus, sei dies ihr Büro oder gar das Homeoffice, an der Videoverhandlung teilnehmen. In der Mehrheit der Fälle, wenn nicht gerade eine totale Ausgangssperre verordnet worden ist,⁹⁴ werden zumindest die Gerichtsmitglieder, möglicherweise aber auch einzelne Verfahrensteilnehmer, im ordentlichen Gerichtssaal an der Videokonferenz teilnehmen,⁹⁵ wo, sofern es die Platzverhältnisse und die Schutzkonzepte zulassen, auch Publikum anwesend sein kann.⁹⁶

Soweit Verhandlungen gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b und c COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht per Videokonferenz durchgeführt werden, weil Parteien, deren Vertreter oder Gerichtspersonen zu einer Corona-Risikogruppe gehören, ist zur Bestimmung derselben auf Anhang 7 der Covid-19-Verordnung 3⁹⁷ zu verweisen,⁹⁸ wobei ein pragmatischer Umgang mit dieser Liste und der geforderten Glaubhaftmachung anzuwenden ist.⁹⁹ In diesen Fällen ist jedoch auf eine Verhandlung per Videokonferenz zu verzichten und die Verhandlung zu vertagen, wenn wichtige Gründe gegen die Durchführung einer Videokonferenz sprechen. Im Rahmen der Prüfung dieser wichtigen Gründe ist insbesondere auf die Interessen der einer Videokonferenz nicht zustimmenden Partei sowie auf Besonderheiten des Verhandlungsgegenstands einzugehen. Ebenfalls sind die technischen Möglichkeiten der Parteien zu berücksichtigen.¹⁰⁰

Schliesslich kann ohne Einverständnis der Parteien gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. d COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht von Amtes wegen eine Verhandlung per Videokonferenz angeordnet werden, wenn eine besondere Dringlichkeit besteht. Zu denken ist dabei in erster Linie – wie bereits bei den während des Verhandlungsstopps im Frühling 2020 durchgeführten Verhandlungen – an die Regelung dringlicher Kinderbelange, aber bspw. auch, wenn in Konkurs- oder Nachlassverfahren die berechtigten Interessen der Gläubiger ein umgehendes gerichtliches Vorgehen gegen einen Schuldner erfordern.

2.2. Zeugenbefragungen und Erstattung von Gutachten mittels Videokonferenzen (Abs. 2)

Nachdem Art. 2 Abs. 2 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht in seiner ursprünglichen Version vom 16. April 2020¹⁰¹ Zeugeneinvernahmen und mündliche Erstattung von Gutachten mittels Videokonferenzen voraussetzungslos als zulässig normierte, folgt die Bestimmung in ihrer nun seit dem 26. September 2020 geltenden Fassung beinahe vollständig dem ersten Absatz.¹⁰² So ist für diese Beweisabnahmen mittels Videokon-

und Einschränkungen in der Schweiz und insbesondere auf den Fortschritt der Impfkampagne nicht mehr zu rechnen ist.

- 95 Siehe dazu unten 6.
- 96 BOHNET/MARIOT (Anm. 55), N. 33.
- 97 Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19); SR 818.101.24.
- 98 ERLÄUTERUNGEN 2 (Anm. 84), 4.
- 99 Zumal es sich bei der Frage, ob jemand durch das Coronavirus besonders gefährdet ist, auch nicht um eine exakte Wissenschaft handelt. So kann z.B. wohl kaum verlangt werden, dass eine an Bluthochdruck leidende Partei im zivilprozessualen Sinne glaubhaft macht, dass ihr «Sprechstundenblutdruck trotz einer Therapie mit mindestens zwei Antihypertensiva unterschiedlicher Klassen und zusätzlich einem Diuretikum bei optimaler Dosierung unverändert nicht normalisiert ist und >140/90 mm Hg liegt» (so die Definition der als Corona-Risikorerkrankung geltenden therapieresistenten Hypertonie; <<https://medicalforum.ch/article/doi/smf.2018.03451>>, 14.06.2020).
- 100 ERLÄUTERUNGEN 2 (Anm. 84), 4.
- 101 AS 2020 1229.
- 102 ERLÄUTERUNGEN 2 (Anm. 84), 5.
- 103 5.2.1. hiervor.
- 104 Anm. 24.
- 105 Anm. 84.
- 106 So im Ergebnis auch BASTONS BULLETTI (Anm. 87), N. 21.
- 107 Anm. 93 oben.
- 108 Vgl. dazu unten 6. Findet die Verhandlung nur teilweise per Videokonferenz statt, befinden sich also die Gerichtsangehörigen und evtl. auch einige Verfahrensbeeteiligte im Gerichtssaal, kann die Öffentlichkeit ohnehin wie bei einer klassischen Gerichtsverhandlung durch Anwesenheit des interessierten Publikums ebendort gewährt werden.
- 109 Was im Ergebnis wiederum einzig auf die Zulassung akkreditierter Medienschaffender hinausläuft, da nur diese (einigermaßen) Gewähr für die Einhaltung des Aufzeichnungsverbots bieten und bei Widerhandlungen mit dem Entzug der Akkreditierung und der damit zusammenhängenden Dienstleistungen des Gerichts sanktioniert werden können.

ferenz wiederum entweder das Einverständnis der Parteien (lit. a) oder das Zugehörigsein einer Partei, eines Vertreters, der Zeugin oder der sachverständigen Person oder eines Gerichtsmitglieds zu einer Corona-Risikogruppe (lit. b und c) vorausgesetzt. Auch bei der Zeugenbefragung oder der mündlichen Gutachtenserstattung dürfen bei fehlender Einwilligung der Parteien keine wichtigen Gründe gegen die Durchführung einer Videokonferenz sprechen. Kein Grund zur Durchführung einer Zeugeneinvernahme ohne die Einwilligung der Parteien ist hingegen das Vorliegen einer besonderen Dringlichkeit; der entsprechende lit. d fehlt in Abs. 2. Es kann mithin auf die Ausführungen zur Verhandlung mittels Videokonferenz gemäss Art. 2 Abs. 1 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht verwiesen werden.¹⁰³

2.3. Parteibefragungen und Beweisaussagen?

Keine Regelungen enthält die COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht zur Frage der Zulässigkeit von Parteibefragungen und Beweisaussagen gemäss Art. 191 f. ZPO mittels Videokonferenz. Auch die Erläuterungen 1¹⁰⁴ und 2¹⁰⁵ äussern sich nicht zu dieser Frage. Nach der hier vertretenen Auffassung sind diese (jedenfalls die Parteibefragung) in der Praxis äusserst wichtigen Beweismittel als Teil der Verhandlung unter Art. 2 Abs. 1 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht zu subsumieren, womit sie gegen den Willen einer oder mehrerer Parteien auch in Fällen besonderer Dringlichkeit per Videokonferenz abgenommen werden können.¹⁰⁶

2.4. Ausschluss der Öffentlichkeit (Abs. 3)

Gemäss Art. 2 Abs. 3 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht kann bei der Durchführung von Videokonferenzen in Zivilverfahren die Öffentlichkeit, mit Ausnahme akkreditierter Gerichtsberichterstatter, ausgeschlossen werden. Daraus folgt, dass Verhandlungen und Beweisabnahmen mittels dieses technischen Mittels nicht per se *nicht* öffentlich sind.¹⁰⁷

Findet die Verhandlung vollständig per Videokonferenz statt,¹⁰⁸ ist dem zugelassenen Publikum der Zugang als stumme Teilnehmer zur Videokonferenz zu gewähren, wobei sicherzustellen ist, dass die Verhandlung nicht aufgezeichnet wird,¹⁰⁹ da weder Art. 54 ZPO noch das Verfassungsrecht ein Recht auf Bild- und Tonaufnahmen von Gerichtsverhandlungen vorsehen,¹¹⁰ und dies im Übrigen der schweizerischen Rechtsauffassung und Gerichtstradition widerspricht.

5.3. Art. 3 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht

Die COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht gestattet in ihrem Art. 3 weiter die Durchführung von Video- und Telefonkonferenzen in eherechtlichen Summarsachen (Art. 273 ZPO),¹¹¹ Ehegattenanhörungen in Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren (Art. 278 ZPO i.V.m. Art. 111 f. ZGB) sowie Eltern- und Kinderanhörungen in familienrechtlichen Belangen (Art. 297 f. ZPO).¹¹²

Auch diese Bestimmung folgt in ihrer seit dem 26. September geltenden Fassung¹¹³ dem Schema, dass Video- und Telefonkonferenzen bei Einverständnis der Parteien oder bei Gefährdung von Parteien, deren Ver-

110 HURNI, in: BK ZPO (Anm. 44), N. 15 zu Art. 54; PAUL OBERHAMMER, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hg.), *Kurzkomentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2014, N. 2 zu Art. 54 N 2.

111 Dies betrifft in erster Linie Eheschutzverfahren gemäss Art. 271 Abs. 1 lit a ZPO i.V.m Art. 172–179 ZGB.

112 Art. 3 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht, dessen Anwendungsbereich dem Wortlaut nach auf eherechtliche Verfahren beschränkt ist, ist insofern zu eng formuliert, da die Gerichte aufgrund der Kompetenzattraktion mit den Kinderschutzbehörden regelmässig auch Kinderbelange bei unverheirateten Eltern zu regeln haben.

113 AS 2020 3821.

114 AS 2020 1229.

115 ERLÄUTERUNGEN 1 (Anm. 24), 5.

116 KETTIGER (Anm. 46), N. 35.

117 KETTIGER (Anm. 46), N. 40.

tretern oder Gerichtspersonen durch das Coronavirus zulässig sind. Im Gegensatz zu «normalen» Zivilverhandlungen ist auch beim Einverständnis der Parteien von der Durchführung einer Video- und Telefonkonferenz abzusehen, wenn wichtige Gründe dagegensprechen.

Missglückt ist in dieser Bestimmung, dass der Bundesrat die in der ursprünglichen Fassung der Bestimmung vom 16. April 2020¹¹⁴ noch vorgesehene Möglichkeit der Durchführung einer Video- oder Telefonkonferenz bei besonderer Dringlichkeit wieder abgeschafft hat. Gerade wenn Kinderschutzmassnahmen getroffen werden müssen, ist regelmässig eine besondere Dringlichkeit gegeben und das Gericht kann solche Massnahmen in Anwendung von Art. 265 ZPO auch superprovisorisch ohne vorherige Anhörung der Parteien erlassen. Weshalb es in solchen Fällen nicht möglich sein soll, den Parteien telefonisch das rechtliche Gehör zu gewähren und gegebenenfalls Missverständnisse auszuräumen, ist schlechterdings nicht einsehbar.

Ebenfalls nur schwer verständlich ist der bundesrätliche Hinweis, dass Kinderanhörungen mittels Video- oder Telefonkonferenz grundsätzlich nicht in Betracht kämen, «weil hier das Risiko einer Beeinflussung oder Gefährdung des Kindes zu gross ist und daher stets wichtige Gründe gegen eine solche Anhörung sprechen dürften».¹¹⁵ Dies widerspricht jedoch diametral der positiv normierten Zulässigkeit von Kinderanhörungen gemäss Art. 298 ZPO. Selbstredend geht die Verordnungsbestimmung einer über keine Gesetzeskraft verfügenden Ausführung einer Bundesbehörde vor und Kinderanhörungen mittels technischer Hilfsmittel können bei Kindern und v.a. Jugendlichen ab einem gewissen Alter gegebenenfalls durchgeführt werden.¹¹⁶

Eine Art. 2 Abs. 3 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht entsprechende Bestimmung betreffend den Ausschluss der Öffentlichkeit ist entbehrlich, da die Öffentlichkeit gemäss Art. 54 Abs. 4 ZPO in familienrechtlichen Verfahren ohnehin ausgeschlossen ist.

4. Art. 4 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht

Unter der Marginalie «Grundsätze für den Einsatz von Video- und Telefonkonferenzen» schreibt Art. 4 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht in lit. a zunächst vor, dass beim Einsatz von Video- und Telefonkonferenzen die Übertragung von Ton und gegebenenfalls Bild zwischen sämtlichen beteiligten Personen zeitgleich erfolgen müsse. Diese Vorschrift ist eine Selbstverständlichkeit eines jeden Telefongesprächs und in ihrem materiellen Gehalt entsprechend gering.¹¹⁷

Weiter schreibt Art. 4 lit. b COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht vor, dass Zeugenbefragungen und Gutachtenserstattungen gemäss Art. 2 Abs. 2 sowie Anhörungen gemäss Art. 3 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht in Bild und gegebenenfalls Ton aufzuzeichnen und (auf einem Datenträger) zu den Akten zu nehmen seien. Dank dieser Aufzeichnung kann gemäss Art. 176 Abs. 3 ZPO auf das Verlesen und v.a. Unterzeichnen des Einvernahmeprotokolls verzichtet werden. Es versteht sich von selbst, dass auch Parteibefragungen und Beweisaussagen, die mittels Videokonferenz erfolgen, aufzuzeichnen und aktenkundig zu machen sind. Da diese Beweisabnahmen nach der hier vertretenen Auffassung unter den Begriff der Verhandlung gemäss Art. 2

118 Oben 5.2.3.

119 Art. 205 Abs. 1 ZPO analog.

120 Anm. 24.

121 Gemäss KETTIGER (Anm. 46), N. 49 ergibt sich diese Einschränkung – und damit der Ausschluss weit verbreiteter Videokonferenzlösungen wie «Zoom» oder «Google Hangouts» amerikanischer Unternehmen – aus dem Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (US CLOUD Act), der Unternehmen dazu verpflichtet, den amerikanischen Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden Zugriff auch auf nicht in den USA gespeicherte Nutzerdaten zu geben.

122 Auch der Küchentisch oder der Gartensitzplatz scheinen – zumindest bei Zeugen – nicht ausgeschlossen zu sein.

123 Worüber heutzutage sämtliche gängigen Laptop-Computer und Mobiltelefone («Smartphones») verfügen.

124 Und kaum zu erwartender, vgl. Anm. 94 oben.

125 OETIKER (Anm. 59), N. 78.

Abs. 1 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht zu subsumieren sind,¹¹⁸ und über die Verhandlungen (auch bei Videokonferenzen) gemäss Art. 235 ZPO ein Protokoll zu führen ist, empfiehlt es sich nachdrücklich, sämtliche per Video- oder Telefonkonferenz durchgeführten gerichtlichen Verfahrenshandlungen – mit Ausnahme von Vergleichsverhandlungen¹¹⁹ – aufzunehmen.

Schliesslich schreibt Art. 4 lit. c COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht vor, dass sicherzustellen sei, dass der Datenschutz und die Datensicherheit gewährleistet seien. Gemäss Erläuterungen 1, 6¹²⁰ bedeutet dies, dass die Übertragung *end-to-end* verschlüsselt erfolgen und die benutzten Server in der Schweiz oder der Europäischen Union gelegen sein müssten.¹²¹

VI. Umsetzung in der Praxis

Die COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht scheint in ihrer Konzeption davon auszugehen, dass sich bei einer Verhandlung oder Befragung mittels Videokonferenz sämtliche Beteiligten – Parteien, Vertreter, Zeugen und Gerichtspersonen – an unterschiedlichen Orten, mithin in ihren Büros oder im Homeoffice,¹²² aufhalten. In diesen Fällen ergibt es sich von selber, dass sämtliche an der Verhandlung teilnehmenden Personen über einen eigenen Zugang zur Videokonferenz mit separaten Kameras und Mikrofonen¹²³ verfügen. Von dieser, nur im Falle strenger¹²⁴ Ausgangssperren zwingend notwendigen Anordnung, ist nach Dafürhalten des Autors jedoch möglichst abzusehen. Zumindest die Gerichtsmitglieder sollten sich bei Verhandlungen wann immer möglich – und während pandemischen Verhältnissen unter Einhaltung entsprechender Schutzmassnahmen – in einem Audienzlokal befinden. Dies schon nur wegen der wichtigen stillen (geflüsteren oder nonverbalen) Kommunikation zwischen den Gerichtsmitgliedern während einer Verhandlung,¹²⁵ aber auch aufgrund der von einem Gerichtssaal ausgestrahlten und sich auf die Beteiligten übertragenden Förmlichkeit und Autorität. Ebenso ist es zu empfehlen, dass sich Parteien und deren Vertreter an demselben Ort befinden, damit sich auch diese einfach besprechen können. Auch in diesen Fällen ist es empfehlenswert, dass sämtliche an der Videokonferenz teilnehmenden Personen über separate Zugänge kommunizieren.

In der Praxis wird indes v.a. die Konstellation vorkommen, dass nur eine oder wenige Personen mittels Videokonferenz an der Verhandlung teilnehmen bzw. einvernommen werden, und die Verhandlung ansonsten normal im Gerichtssaal stattfindet. In diesen Fällen ist es nicht nötig, dass sämtliche im Gerichtssaal anwesenden Personen ihren eigenen Zugang zur Videokonferenz haben. Je ein Zugang für den Gerichtsschreiber, welcher neben der Protokollführung die Aufzeichnung der Videokonferenz besorgt, und für ein Mitglied des Spruchkörpers, das die Kamera auf die jeweils sprechende Person richtet, genügt. Empfehlenswert ist es, das Bild der Videokonferenz im Gerichtssaal auf eine Leinwand zu projizieren und die Tonaufnahme im Gerichtssaal mit einem sog. Grenzflächenmikrofon, wie sie auch zur normalen Tonaufzeichnung in Konferenzräumen verwendet werden, durchzuführen.

126 KETTIGER (Anm. 46), N. 46 stellt die Zulässigkeit und Verbindlichkeit dieser nicht positiv normierten Einschränkung in Frage. Sinnvoll ist die Einschränkung jedoch alleweil.

127 So KETTIGER (Anm. 46), N. 50.

Hinsichtlich der verwendeten Videokonferenzsoftware ergeben sich durch die Anforderung, dass die verwendeten Server in der Schweiz oder der Europäischen Union stehen müssen,¹²⁶ gewichtige Einschränkungen. Insbesondere die spätestens während der Corona-Pandemie zum globalen «Goldstandard» gewordene Videokonferenzsoftware «Zoom» scheidet für eine Verwendung in Gerichtsverfahren aus. Als datenschutzrechtlicher «Königsweg»¹²⁷ ist hingegen möglichst eine sog. «Inhouse-Lösung» zu wählen, bei welcher die Kommunikation über eigene Server läuft. Insbesondere die Softwares «Skype for Business» oder «Cisco Webex» lassen sich so betreiben und sind bei vielen Gerichten und Behörden für die gewöhnliche Geschäftstelefonie bereits im Einsatz. Auch verfügen diese Programme über die Möglichkeit, Videokonferenzen aufzuzeichnen, wobei diese Funktion regelmässig gesperrt ist und freigeschaltet werden muss.

Das zu den Videokonferenzen gesagte gilt *mutatis mutandis* auch für Telefonkonferenzen. Insbesondere können die erwähnten Software-Lösungen für Videokonferenzen auch ohne Bild betrieben werden, und es kann mit diesen Programmen auch eine Nummer im Telefonnetz angewählt werden. Telefonkonferenzen aus dem Gerichtssaal sind aber sogar mit einem normalen Tischtelefon mit Freisprecheinrichtung und einem separaten Aufnahmegerät für die Aufzeichnung denkbar und vom Autor kurz nach Inkrafttreten der COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht auch so durchgeführt worden.

VII. Zusammenfassung und Ausblick

128 BBl 2020 2785.

Mit dem Entwurf zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung)¹²⁸ hat der Bundesrat am 26. Februar 2020 vorgeschlagen, eine schlanke gesetzliche Grundlage für die Befragung von Zeugen, Gutachterinnen und Parteien in die ZPO aufzunehmen. Nach der überwiegenden Lehre ist die Durchführung von Einvernahmen mittels Videokonferenzen oder auch ganzen Verhandlungen in Zivilverfahren zumindest nicht unzulässig, da die ZPO als bewusst offen formuliertes Verfahrensrecht der Praxis Raum für Entwicklungen belässt.

Im Zuge der globalen Corona-Pandemie und den damit einhergehenden Einschränkungen des öffentlichen Lebens wurden verschiedentlich Gerichtsverhandlungen oder Einvernahmen auf dem Wege der Video- oder Telefonkonferenz durchgeführt, wie dies bereits zuvor vereinzelt, insbesondere in Scheidungsverfahren bei Landesabwesenheit einer Partei, durchgeführt wurde. Nachdem das Handelsgericht des Kantons Zürich am 7. April 2020 gegen den Willen einer Partei eine Verhandlung per Videokonferenz durchgeführt hatte, erklärte das Bundesgericht am 6. Juli 2020 in BGE 146 III 194 Zivilverhandlungen per Videokonferenz ohne die Einwilligung sämtlicher Parteien als mit der ZPO unvereinbar.

Zwischenzeitlich hatte der Bundesrat per 20. April 2020 mit der COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht Videokonferenzen in Zivilverfahren sowie zusätzlich Telefonkonferenzen in familienrechtlichen Verfahren unter wenig strengen Bedingungen für zulässig erklärt sowie

verschiedene dabei umzusetzende Grundsätze, insbesondere technischer Art, geregelt. Per 26. September 2020 wurden die Voraussetzungen, unter denen Video- und Telefonkonferenzen *ohne* Einwilligung der Parteien durchgeführt werden dürfen, wieder verschärft.

Die Erfahrungen mit Video- und Telefonkonferenzen nach den Bestimmungen der COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht sind nun in die anstehende Revision der ZPO einfließen zu lassen. Grundsätzlich sind sowohl Videokonferenzen im Allgemeinen als auch Telefonkonferenzen in familienrechtlichen Verfahren ein sinnvolles Instrument zur Verfahrensführung. Dennoch ist mit Nachdruck zu fordern, dass diese die Ausnahme bleiben und nicht zur Regel werden. Gerichtsverfahren und daraus folgend die Akzeptanz der getroffenen Entscheidungen leben von der Förmlichkeit der Verfahren an speziell dafür vorgesehenen Örtlichkeiten – den Gerichtssälen –, wo die Beteiligten die ihnen zugeschriebenen Rollen wahrnehmen. Dieses wichtige Zusammenspiel der Akteure ist bei einer Video- oder gar Telefonkonferenz nicht gegeben. Die Grundsätze gemäss Art. 4 COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht haben sich, auch wenn sie die Auswahl an Videokonferenzprogrammen stark einschränken, als sinnvoll erwiesen, und es ist zu empfehlen, einheitliche Rahmenbestimmungen zu Umsetzungsfragen aufzustellen. Um die ZPO nicht mit technischem Ballast zu überladen, kann dies problemlos in einer Umsetzungsverordnung erfolgen. Um nicht von proprietären Video-softwarelösungen abhängig und deren Unwägbarkeiten in datenschützerischer Hinsicht ausgeliefert zu sein, wäre es wünschenswert, wenn im Rahmen des laufenden Digitalisierungsprojekts der Justiz in «Justitia 4.0»¹²⁹ eine eigene Videokonferenzplattform für Gerichte implementiert werden könnte.

129 Vgl. <<https://www.justitia40.ch/de>>

Eine Aussensicht auf das SchKG

Florian Eichel

Am 3. März 2020 hätte der Verfasser im Berner Assisensaal auf einer Weiterbildungsveranstaltung seine Aussensicht auf das SchKG präsentieren sollen. Sein Auftrag war darzulegen, was einem unbefangenen Beobachter, der bislang im deutschen Recht heimisch war, am SchKG auffällt. Bekanntlich herrschte dann aber «Rechtsstillstand» (im weiteren Sinne), so dass der Vortrag nicht stattfinden konnte. Da sich die Sicht des Verfassers von Woche zu Woche in eine Innensicht zu verwandeln droht, wird die Aussensicht an dieser Stelle schriftlich präsentiert. Angesichts des Umfangs des SchKG werden hier nur einige Besonderheiten herausgegriffen, deren Auswahl sich allein an den subjektiven Beobachtungen des Verfassers orientiert.

I. Titelloser Einleitungsverfahren

1. Schuldbetreibung ohne Titulierung in Deutschland und der Schweiz

Was die titellose Schuldbetreibung angeht, erweist sich der Blick in die fremde Rechtsordnung stets auch erkenntnisbringend für das eigene Recht. In Deutschland eilt dem SchKG gelegentlich der Ruf voraus, die Vollstreckung ohne vorausgehende Titulierung zu ermöglichen. In der Tat kann nach dem SchKG ein Gläubiger eine (begründete oder unbegründete) Geldforderung vollstrecken, wenn sich der Betriebene gegen den beantragten Zahlungsbefehl nicht zur Wehr setzt. Schon 1886 galt das in der Schweiz als eine «von Alters her bestehende Einrichtung».¹ Allerdings erinnert die schweizerische Literatur daran, dass das mitnichten eine Vollstreckung ohne Titel ist, sondern im Grunde ein auf der Inaktivität des Schuldners beruhendes Titulierungsverfahren, wie es in anderen Ländern als sog. Mahnverfahren existiert.² Die Schuldbetreibung wird ohne Titel eingeleitet, nicht aber die Vollstreckung selbst.³ Das deutsche Mahnverfahren gem. §§ 688 ff. dZPO ermöglicht es dem Gläubiger einer Geldforderung, in einem zweistufigen Verfahren zunächst einen Mahn- und sodann einen Vollstreckungsbescheid zu beantragen. Wenn der Betriebene auf beiden Stufen keine Gegenwehr entfaltet, kann der Gesuchsteller vollstrecken, ohne einen Zivilprozess anzustrengen (§ 700 Abs. 1 dZPO). In Deutschland würde man das nicht als «titellose Forderungsdurchsetzung» beschreiben, weil das Mahnverfahren in der dZPO ausserhalb des Vollstreckungsrechts und als Alternative zum Erkenntnisverfahren geregelt wird. Systematisch ist das deutsche Mahnverfahren auf eine abgekürzte Titulierung gerichtet, woran sich die Vollstreckung anschliesst.⁴ Wenn man aber das deutsche Mahn- und das schweizerische Zahlungsbefehlsverfahren ihres jeweiligen dogmatischen Gewandes entkleidet, besteht *insoweit* kein Unterschied. Nach beiden Rechtsordnungen genügt es, dass der Gläubiger einen amtlichen Zahlungsbefehl beantragt, welcher ohne inhaltliche Überprüfung der Forderung ergeht und die Grundlage für die Vollstreckung bildet.⁵ Das relativiert den Ruf vom vermeintlich titellosen Verfahren und gibt den Blick für die wirklichen Besonderheiten frei, die im Detail verborgen sind.

1 Botschaft vom 6. April 1886, BBl 1886 II 1 f., S. 64.

2 TANJA DOMEJ, «Der Lugano-Zahlungsbefehl». Titellose Schuldbetreibung in der Schweiz nach der LugÜ-Revision, ZZPInt 2008, S. 167, 168; ALEXANDER R. MARKUS, in: Internationaler Zivilprozess 2011, S. 29, 36 f.; ALEXANDER R. MARKUS, Provisorische Rechtsöffnung als Vollstreckungsverfahren nach Art. 22 Nr. 5 LugÜ EuGVVO? Bemerkungen zu einem Urteil des Bundesgerichts vom 7. Oktober 2010, AJP 2011, S. 850, 855.

3 DOMEJ (Anm. 2), S. 170 f.

4 LEO ROSENBERG/KARL-HEINZ SCHWAB/PETER GOTTWALD, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 165 N. 1.

5 Für eine funktionale Äquivalenz beider Verfahren ebenfalls: Urteil (des deutschen BGH) vom 17. April 2002 in: Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (NJW-RR) 2002 S. 937, 938.

- 6 Widerspruch gegen den Mahnbescheid (§ 694 dZPO) und sodann Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid (§ 700 dZPO).
- 7 Die Frist für den Widerspruch beträgt zwei Wochen gem. §§ 693 Abs. 1 Nr. 3, 694 Abs. 1 dZPO und die Einspruchsfrist wiederum zwei Wochen gem. § 700 Abs. 1 i.V.m. § 339 Abs. 1 dZPO (JOSEF DÖRNDORFER, in: Beck'scher Online-Kommentar, 40. Ed. 2021, N. 4 zu § 700 ZPO). Der Widerspruch und Einspruch sind gerichtskostenfrei (STEFAN SCHÜLER, in: Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Aufl. 2020, N. 33 ff. der Vorbemerkungen zu § 688 ZPO).
- 8 Nicht verlängerbar: FRANCIS NORDMANN, in: Basler Kommentar zum SchKG, 2. Aufl. 2010, N. 8-9a zu Art. 31 SchKG.
- 9 JOSEF DÖRNDORFER, in: Beck'scher Online-Kommentar, 35. Ed. 2020, N. 8 zu § 700 ZPO.
- 10 ANDREAS SCHULZ, in: Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl. 2016, N. 32 ff. zu § 91 ZPO.
- 11 WOLFGANG VOIT, in: Zivilprozessordnung: ZPO, 16. Aufl. 2019, N. 2 zu § 696 ZPO; STEFAN SCHÜLER, in: Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl. 2016, N. 4 zu § 696 ZPO.
- 12 BALTHASAR BESSENICH, in: Basler Kommentar zum SchKG, 2. Aufl. 2010, Art. 74 N. 29.

2. Rechtsunterschiede

Als ein erster Unterschied gewährt das deutsche Recht dem Betriebenen zweimal Gelegenheit, um den Anspruchsteller in das Klageverfahren zu zwingen.⁶ Die deutsche ZPO ermöglicht sozusagen zweimal einen «Rechtsvorschlag», und der Betriebene erhält ein jedes Mal mindestens zwei Wochen Zeit, um zu reagieren.⁷ Demgegenüber gewährt das SchKG dem Betriebenen gem. Art. 74 Abs. 1 SchKG nur einmal eine Frist von 10 Tagen für den Rechtsvorschlag.⁸

Zweiter Unterschied: Der Betriebene, der im deutschen Mahnverfahren alle Fristen verpasst, hat einen materiell-rechtskräftigen Titel gegen sich und kann nur noch Einwendungen geltend machen, die im Nachhinein entstehen (§ 796 Abs. 2 dZPO). Wen zwei «Schüsse vor den Bug» nicht wachrütteln, dem droht die Vollstreckung eines nicht-existenten Rechts. In Deutschland hat der Betriebene also zweimal Gelegenheit für einen Rechtsvorschlag, bezahlt Trölerei aber mit dem Rechtsverlust. Anders im SchKG: Wenn der Betriebene den Rechtsvorschlag verpasst, kann er jederzeit weiterhin das materielle Recht gerichtlich überprüfen lassen (Art. 85a SchKG). Er muss diese Überprüfung allerdings auf seine Initiative und sein Risiko vornehmen lassen.

Dritter Unterschied: Im deutschen Recht riskiert der Anspruchsteller mit dem Mahnverfahren, dass der Rechtsstreit mit der Gegenwehr des Betriebenen unmittelbar in den Zivilprozess übergeht. In diesem Zivilprozess nimmt der Gesuchsteller zwangsläufig die Klägerrolle ein (§§ 700 Abs. 3, 697 Abs. 1 S. 1 dZPO)⁹ und hat die Kosten zu tragen, wenn er verliert (§ 91 dZPO).¹⁰ Das gilt selbst dann, wenn der Betriebene die Überleitung in das streitige Verfahren beantragt (§ 696 Abs. 1 S. 1 dZPO).¹¹ Demgegenüber überlässt das SchKG dem Gesuchsteller die Entscheidung, ob er nach einem Rechtsvorschlag einen Zivilprozess anstrengt oder nicht. Nicht zu vernachlässigen ist auch, wie das deutsche Recht die Verhandlungsposition des Gesuchstellers schwächt. Will dieser nach dem Mahnverfahren einen Prozess vermeiden, muss er seinen Antrag mit erhöhten Kosten zurücknehmen und zeigt dadurch, dass er sich – im Gegensatz zum Betriebenen – den Prozess nicht zutraut. Im schweizerischen Recht kann der Betreibungsgläubiger nach einem Rechtsvorschlag glaubwürdiger mit der späteren Erhebung der Klage drohen, da er entscheidet, ob er die Klägerrolle übernimmt.

Zieht man aus diesen drei (nicht abschliessenden) Unterschieden ein Fazit, so überträgt das SchKG dem Betriebenen bereits nach zehn Tagen Untätigkeit das Prozessrisiko, wenn er keinen Rechtsvorschlag erhebt. Wo das Prozessrisiko *de facto* den Rechtsverlust bedeutet, weil es zu hoch oder nicht versichert ist, ist dies eine harte Konsequenz. Die einmalige Frist von 10 Tagen ist – aus deutscher Perspektive – unheimlich kurz. Dieses hohe Risiko wird allerdings durch den geringen Aufwand für die Gegenwehr relativiert. Der Rechtsvorschlag ist nicht zu begründen (Art. 75 Abs. 1 SchKG) und kostenlos.¹² Das mit ihm verbundene Risiko ist gering, weil der Rechtsvorschlag nicht unmittelbar den streitigen Prozess auslöst. Am Ende gilt also: Wer zögert, verliert. *Ius vigilantibus scriptum est!*

II. Betreuung auf Konkurs

Eine weitere Besonderheit aus Sicht eines deutschen Verfahrensrechtlers ist die «Betreibung auf Konkurs». In Deutschland werden Kaufleute und andere ins Handelsregister eingetragene Personen wie selbstverständlich auf Pfändung betrieben; dort gilt die Spezialexécution. In der Schweiz werden Personen, die im Handelsregister eingetragen sind, nicht auf Pfändung, sondern auf Konkurs betrieben (Art. 39 SchKG). Da man einen insolventen Schuldner nicht betreiben muss (Art. 190 ff. SchKG), hat die Betreuung auf Konkurs zwangsläufig den solventen Schuldner im Blick (vgl. auch Art. 172 Ziff. 3 und Art. 195 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Sogar dem zahlungskräftigen Betriebenen droht der Konkurs, wenn er aus Trölerie oder mangelnder Bereitschaft nicht zahlt. Aus der Aussenperspektive fragt man sich, welchen Grund es hat, wegen einer Schuld von CHF 1'000.- den Konkurs zu eröffnen, anstatt einzelne Forderungen oder Sachen des Schuldners zu pfänden und zu verwerten. Die Gesetzesmaterialien bestätigen, dass eine gewisse Skepsis erlaubt ist. Dort heisst es: «Kaum wird je eine Frage in weiten Kreisen so viel Widerspruch hervorgerufen haben [...] wie die Frage: Soll die Schuldbetreibung auf Pfändung oder auf Konkurs gerichtet sein?»¹³ Das lag an der Vielfalt von Modellen, die es in den Schweizer Kantonen vor der Vereinheitlichung durch das SchKG gegeben hatte.¹⁴ Neben einigen wenigen Sachargumenten¹⁵ erwecken die Gesetzgebungsmaterialien den Eindruck, als sei die Lösung des Art. 39 SchKG nicht einem zwingenden Bedürfnis, sondern der Suche nach einem interkantonalen Kompromiss geschuldet.¹⁶ Über diese vorläufige Einschätzung kann man sicher diskutieren. Jedenfalls wird an diesem Punkt deutlich, dass das SchKG ein «altehrwürdiges» Gesetz ist, das an mancher Stelle die Umstände des 19. Jahrhunderts widerspiegeln muss, weil die meisten seiner Regeln seither unverändert geblieben sind. Im Vergleich zu anderen Vollstreckungsgesetzen in Europa steht das SchKG mit einem solchen Befund aber sicherlich nicht alleine da.

13 Botschaft vom 6. April 1886, BBl 1886 II 1 f., S. 44, zu den Mehrheitsverhältnissen in dieser Frage siehe ebd. S. 23 f.

14 Vgl. Botschaft vom 6. April 1886, BBl 1886 II 1 f., S. 42.

15 Botschaft vom 6. April 1886, BBl 1886 II 1 f., S. 47.

16 Vgl. Botschaft vom 6. April 1886, BBl 1886 II 1 f., S. 44.

III. Rangfragen in der Einzelvollstreckung

Aus dem deutschen Recht ist man gewohnt, dass ein Vorsprung von wenigen Stunden das bessere Recht in der Zwangsvollstreckung bedeuten kann. Ein solch konsequentes Prioritätsprinzip belohnt den skrupellosesten oder jedenfalls kaltschnäuzigen Gläubiger.¹⁷ Auch in manch einem SchKG-Lehrbuch wird betont, dass in der Schweiz im Falle mehrerer konkurrierender Pfändungen das Prioritätsprinzip gelte. Man liest sogar von «Windhundprinzip»¹⁸, was der Bezeichnung des Prioritätsprinzips im allgemeinen Sprachgebrauch entspricht. Betrachtet man das SchKG im Detail, so tut sich aber eine ganz beeindruckende Entdeckung auf. Nach Art. 110 SchKG entscheiden nämlich nicht Stunden, sondern ein Abstand von ca. 30 Tagen über das bessere Recht in der Zwangsvollstreckung. Wird innerhalb von 30 Tagen ein weiteres Fortsetzungsbegehren gestellt, müssen die konkurrierenden Gläubiger teilen. Teilen ist nun aber gar nicht, was man mit dem Prioritätsprinzip des deutschen Rechts verbindet. Die Gruppenbildung nach Art. 110 SchKG befreit die Rangordnung

17 Vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 25 N. 1.

18 JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl. 2018, N. 51 und N. 822.

19 AMONN/WALTHER (Anm. 17), § 25 N. 3.

von Zufällen und ermöglicht dem Gläubiger, ein paar Tage in Ruhe zu verhandeln, ohne das bessere Recht zu verlieren. Um dieser angenehmen Besonderheit des SchKG Rechnung zu tragen, sollte man daher mit Ammon/Walther von einem «abgemilderten Prioritätsprinzip»¹⁹ sprechen. Wer es lieber tierisch haben will, könnte anstelle vom «Windhund-» vom «Rudelprinzip» sprechen – freilich mit einem starken Augenzwinkern, da es sicherlich nicht angemessen ist, sich im Vollstreckungsrecht der Jägersprache zu bedienen. Ein eigener Begriff würde dieser Besonderheit des SchKG jedenfalls die Beachtlichkeit zukommen lassen, die sie international erlangen sollte.

IV. Rechtsscheintatbestände als Faszinosum des SchKG

Ein aus deutscher Sicht faszinierender Aspekt des SchKG ist der bewusste Einsatz der Verteilung der prozessualen Initiativlast (respektive des Prozessrisikos), um das Verfahren zu beschleunigen bzw. die Prüfungslast der Gerichte oder der Betreibungsorgane zu verringern. Dabei arbeitet das SchKG mit Rechtsscheintatbeständen. Ein Beispiel dafür ist die Möglichkeit zur Fortsetzung der Betreuung bei Unterbleiben des Rechtsvorschlages, ohne weitere Prozesse führen zu müssen. Das prominenteste Beispiel ist aber sicherlich die provisorische Rechtsöffnung aufgrund einer eigenhändig unterschriebenen Schuldanerkennung. Eine ganz einschneidende Konsequenz dieser Schuldanerkennung liegt darin, dass die Last, das materielle Recht festzustellen, und das mit ihr verbundene Prozess(kosten)risiko auf den vermeintlichen Schuldner verlagert wird: Wird die provisorische Rechtsöffnung erteilt, so wird der Betreuungsgläubiger von der Last, einen Anerkennungsprozess führen zu müssen (Art. 79 SchKG), befreit. Vielmehr liegt es am Betriebenen, Klage mit dem Ziel der Feststellung zu erheben, dass die Forderung nicht besteht (Art. 83 Abs. 2, 85a SchKG). Die Grundlage für die Zuweisung der Initiativlast und des Prozessrisikos an den Betriebenen wird in dem Schein gesehen, dass der Gläubiger Recht habe.²⁰ Das Rechtsöffnungsgericht prüft mit Art. 82 SchKG, ob dieser Rechtsschein besteht. Wenn der Schein ins Wanken gerät, wird die provisorische Rechtsöffnung verweigert.²¹ Die Grundlagen des Rechtsscheins bilden einerseits die Schuldanerkennungsurkunde und andererseits das Ausbleiben von «liquiden» Einwendungen trotz rechtlichen Gehörs.²² Die Schuldanerkennung wurzelt im materiellen Recht: Von der obligationenrechtlichen Schuldanerkennung geht eine tatsächliche Vermutung aus, dass die anerkannte Schuld besteht.²³ Das SchKG ergänzt diese obligationenrechtliche Beweislastverteilung um die Verlagerung der prozessualen Risiko- und Initiativlast, welche die Durchsetzung des Gegenrechts erschwert. In Fällen, in denen das Risiko eines Zivilprozesses nicht rentabel wäre, entscheidet faktisch bereits diese Verteilung der Initiativlast darüber, ob jemand sein Recht durchsetzen kann.

Ein anderer Rechtsscheintatbestand ist der Gewahrsam. Wenn der Schuldner ausschliesslichen Gewahrsam hat, leiten die Vollstreckungsbehörden daraus ab, dass er vermutlich der Eigentümer ist (Art. 107 SchKG). Der Drittsprecher, der das Eigentum für sich reklamiert, muss dul-

20 HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, *Schuldbetreuung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Band I, Zürich 1984, S. 260 FN. 9.

21 MEYER, *Rechtsöffnung aufgrund synallagmatischer Schuldverträge*, 1979, S. 32.

22 FRITZSCH/WALDER (Anm. 20), S. 260 FN. 9; Vgl. auch Urteil des BGer 5P.321/2005 vom 27. Januar 2006 E. 3.2.

23 FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, *Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht*, 2003, N. 435.

24 ADRIAN STAEHELIN, in: Basler Kommentar zum SchKG, 2. Aufl. 2010, N. 6 zu Art. 107 SchKG.

25 Im Gegensatz zum schweizerischen Recht bietet das deutsche Recht den Gläubigern eine Erleichterung, wenn Ehegatten Mitgewahrsam reklamieren (§ 739 dZPO i.V.m. § 1362 BGB).

26 AMONN/WALTHER, (Anm. 17), § 24 N. 31.

27 Verordnung über den Rechtsstillstand gemäss Artikel 62 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 18. März 2020 (SR 281.241).

den, dass seine Sache beschlagnahmt wird. Er muss letztlich Drittwiderspruchsklage erheben (Art. 107 SchKG bzw. Art. 242 Abs. 2 SchKG), weil er diesen Rechtsschein veranlasst hat, indem er es zugelassen hat, dass die Sache aus seinem Herrschaftsbereich gelangt ist. Wenn der Dritte nicht sichergestellt hat, dass er sein Eigentum gerichtsfest beweisen kann, muss er *de facto* hinnehmen, dass die Gläubiger des Schuldners die Sache als Haftungssubstrat heranziehen. Indem es auf den Rechtsschein abstellt, erzeugt das SchKG also eine gewisse Effizienz bei der Durchsetzung von Gläubigerrechten. Anders verhält es sich, wenn die Sache gepfändet wird und sie sich im (Mit-)Gewahrsam des Dritten befindet. Meldet sich jetzt der Dritte zu Wort, so ist die prozessuale Initiativlast dem Gläubiger zugewiesen (Art. 108 SchKG bzw. Art. 242 Abs. 3 SchKG). Das allein kann dafür sorgen, dass der Gläubiger auf die Berücksichtigung dieser Sache verzichtet und einen Pfändungsverlustschein in Kauf nimmt. Die kritische Beobachtung von Staehelin, dass der Streit um die Gewahrsamsfeststellung und die Parteirollenverteilung in der Praxis eine übermässige Bedeutung erlange,²⁴ zeigt, dass in vielen Fällen bereits die Verteilung der prozessualen Initiativlast darüber entscheidet, wer Recht bekommt. Für den Betriebenen kann das sogar einen Anreiz schaffen, Sachen bei Dritten zu lagern, weil sie dann – nur aufgrund der Verteilung der prozessualen Initiativlast – vom Zugriff verschont bleiben, wenn daraus Zweifel an der Eigentumslage erwachsen können und sich ein Prozess nicht lohnt. Problematisch ist das in gemeinsamen Haushalten.²⁵ Inspiriert durch das SchKG hat der Verfasser die Feststellung gemacht, dass die deutsche ZPO eine ähnliche Risikoverteilung vornimmt, dies im Gesetzeswortlaut aber kaum zum Vorschein kommt (§§ 771, 809 dZPO). Im SchKG wird viel deutlicher, dass hinter dieser Verteilung des Risikos die Eigentumsvermutung steht, die gem. Art. 930 ZGB mit dem Besitz ebenfalls an tatsächliche Herrschaftsverhältnisse anknüpft. In diese Richtung gehen die Worte von Amonn/Walther, wonach für die Verteilung der Initiativlast an den Gewahrsam angeknüpft werde, weil diesem die Vermutung innewohne, dass der «Inhaber auch das bessere Recht auf die Sache habe».²⁶ Wie im Fall der Schuldanerkennung fügt auch hier das SchKG der Vermutungswirkung des materiellen Rechts noch eine prozessuale Wirkung hinzu, die dafür sorgt, dass das Gegenrecht schwieriger durchsetzbar ist.

V. SchKG und Pandemie

Im Frühjahr 2020 hat der Bundesrat wegen der Corona-Pandemie den Rechtsstillstand beschlossen.²⁷ Einen solchen kollektiven Rechtsstillstand gemäss Art. 62 SchKG aufgrund einer Epidemie kennt das deutsche Vollstreckungsrecht nicht. Das Mahnverfahren, welches in Deutschland als Erkenntnisverfahren geregelt wird, wäre von einem Vollstreckungsschutz zudem nicht erfasst. Demgegenüber unterbindet Art. 62 SchKG sogar Einleitungsverfahren, weil der Zahlungsbefehl eine Betreibungshandlung ist (Art. 56 Ziff. 3 SchKG). So hat sich insbesondere im ersten «Lockdown», in der viele Schuldner und die Politik erst einmal eine Verschnaufpause brauchten, um sich zu orientieren, eine vermeintlich alte und selten angewandte Bestimmung wie Art. 62 SchKG plötzlich hervorragend bewährt.

- 28 Botschaft vom 8. Mai 1991 über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), BBl 1991 III 1 ff., S. 55.
- 29 Verordnung über den Rechtsstillstand nach Artikel 62 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs für die Reisebranche vom 20. Mai 2020 (SR 281.243).
- 30 ILIJA PENON/MARC WOHLGEMUTH, in: Schulthess Kommentar zum SchKG, N. 3 zu Art. 62 SchKG.
- 31 Näher, auch zum Rechtsvergleich: FLORIAN EICHEL/SAMUEL TURTSCHI, Der Rechtsstillstand nach Art. 62 SchKG, AJP 2020, S. 1008.
- 32 Botschaft vom 8. März 1991 über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), BBl 1991 III 1 ff., 3.
- 33 Statt vieler: Vock Dominik, in: Kurzkomentar SchKG, N. 3 ff. zu Art. 82 SchKG; ADRIAN STAEHELIN, in: Basler Kommentar zum SchKG, 2. Aufl. 2010, Art. 82 N. 12 ff.; WALTER STOFFEL, La mainlevée d'opposition – modèle d'une «procédure simple et rapide»? in: Festschrift 100 Jahre SchKG, 1989, S. 239 ff., 241.
- 34 BGE 136 III 566 E. 3.3.
- 35 JÜRGEN STAMM, Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, 2007, S. 213 mit FN. 13, 220.
- 36 Vgl. HANS FRIEDHELM GAUL/EBERHARD SCHILKEN/EKKEHARD BECKER-EBERHARD, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 10 N. 12.

Das alte Gesetz war auf der Höhe der Zeit, wobei man hinzufügen muss, dass die Revision von 1994 mit der Stärkung der Bundeskompetenz ebenfalls ihren Beitrag geleistet hat.²⁸ Für die Reisebranche wurde der Rechtsstillstand gar um einige Monate verlängert,²⁹ wenngleich man sich hier von den Voraussetzungen des Art. 62 SchKG, zu denen ökonomische Krisen nicht zählen,³⁰ bedenklich entfernt hat.³¹

VI. Rechtsdogmatik im SchKG

Bereits die strukturierten Marginalien des SchKG zeugen von dem Anspruch, dass das Gesetz mit seiner Gliederung eine eigene Systematik zum Ausdruck bringen will, die das Verständnis des Gesetzes befördern soll. Art. 38 Abs. 2 SchKG, der den Namen des Gesetzes aufgreift, macht deutlich, dass «Schuldbetreibung» mehr ist als «Vollstreckung». Schuldbetreibung schliesst eben auch das Einleitungsverfahren mit ein, welches der Vorbereitung der Zwangsvollstreckung dient. Die Verortung des Fortsetzungsbegehrens (Art. 88 SchKG) am Ende des 2. Titels folgt der Logik, dass das Begehren noch innerhalb der Einleitungsphase gestellt wird. Seine Verortung am Anfang des 3. Titels hätte eine allgemeine Überschrift für alle Betreibungsarten nötig gemacht, so dass der gewählte Aufbau gesetzgebungstechnisch geschickt ist. An solchen Kleinigkeiten wird schnell klar, dass das SchKG ein Gesetz ist, dem der Gesetzgeber eine eigene Dogmatik in die Wiege legen wollte. Das wird ein Grund sein, warum die erste umfangreiche Teilrevision über 100 Jahre später mit dem Hinweis eingeleitet wurde, dass trotz «seines beachtlichen Alters und trotz des gesellschaftlichen Wandels kein Bedürfnis besteht, das bewährte und klare System des Gesetzes zu ändern.»³² Dadurch erlangt das SchKG eine gewisse historische Besonderheit und ist ein akademisch wertvolles Stück Gesetzgebung. Natürlich zieht das SchKG dadurch den kritischen Blick der Rechtswissenschaft auf sich.

Aus dem Blickwinkel der deutschen Vollstreckungsdogmatik ist der Befund von besonderem Interesse, dass die wohl herrschende Lehre die eigenhändig unterschriebene Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG als *Rechtsöffnungstitel* bezeichnet.³³ Der Gesetzestext selbst behält diesen Begriff in der Überschrift zu Art. 80 SchKG nur dem definitiven Rechtsöffnungstitel vor. Zwar ist nicht auszuschliessen, dass es sich bei der Bezeichnung als «Titel» um eine Übersetzung des französischen «*titre*» handelt, was man sowohl mit «Urkunde» (vgl. Art. 254 Abs. 1 chZPO) als auch mit «Titel» übersetzen kann (vgl. Art. 80 SchKG). Indem das Bundesgericht von der Schuldanerkennung als «Vollstreckungstitel» spricht,³⁴ macht es allerdings deutlich, dass es um die Funktion des Titels als «Grundlage für die Zwangsvollstreckung» geht.

Gemäss der deutschen Vollstreckungsdogmatik ist der Titel eine unabdingbare Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung. Als ein Wesensmerkmal eines Titels gilt dessen hoheitliche Ableitung. Der Titel verkörpert einen öffentlich-rechtlichen Akt, der die durch die staatlichen Organe durchgeführte Zwangsvollstreckung legitimiert.³⁵ Angesichts des mit ihr verbundenen Grundrechtseingriffs und des Gewaltmonopols bedarf die Zwangsvollstreckung einer hoheitlichen Grundlage.³⁶ Das zweite Wesensmerkmal des Titels ist, dass er ein sehr formalisiertes und effizientes Ver-

- 37 STAMM (Anm. 35), S. 213; GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, (Anm. 36), § 10 N. 13.
- 38 Auch zum Folgenden: STAMM (Anm. 35), S. 230-238.
- 39 Im Fall der vollstreckbaren Urkunde nimmt der Notar diese hoheitliche Funktion kraft seiner Beleihung wahr, vgl. STAMM (Anm. 35), S. 241.
- 40 Für den Vergleich: § 794 Abs. 1 Ziff. 1 dZPO oder §§ 796a-c dZPO; für die öff. Urkunde: § 794 Abs. 1 Ziff. 5 dZPO.

- 41 ALEXANDER R. MARKUS, Lugano-Übereinkommen und SchKG-Zuständigkeiten: Provisorische Rechtsöffnung, 2. Aufl. 1997, S. 67 f.
- 42 ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, 1911, S. 294 § 27 I, siehe zudem dort FN. 3.
- 43 SABINE KOFMEL EHRENZELLER, in: Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 6 zu Art. 347 ZPO.
- 44 Vgl. Urteil des BGer 5P.321/2005 vom 27. Januar 2006 E. 3.2: «Le juge [...] lui [dem Titel] attribue force exécutoire».
- 45 Der auf Ebene des IZPR gezogene Schluss des Bundesgerichts, wonach das provisorische Rechtsöffnungsverfahren ein Vollstreckungsverfahren sei (BGE 136 III 566 E. 3.3), wird vom Verfasser allerdings nicht geteilt (ebenso MARKUS AJP (Anm. 2), S. 850, 855 f.).

fahren ermöglicht, indem er die Existenz einer Forderung verbrieft und damit die Vollstreckungsorgane von deren Überprüfung freistellt. Der Vollstreckungstitel gilt als Ausgleich dafür, dass das Vollstreckungsorgan als Teil der Exekutive den Bestand der zu vollstreckenden Forderung nicht verbindlich überprüfen kann.³⁷ Das bedeutet aber nicht, dass ein Titel zwingend eine gerichtliche Erkenntnis über den Bestand der Forderung voraussetzen würde:³⁸ Im deutschen Recht dürfen die Vollstreckungsorgane auch dann «ungeprüft» vom Bestand der zu vollstreckenden Forderung ausgehen, wenn diese Annahme auf eine Verständigung der Parteien zurückgeht (wie z.B. beim gerichtlichen Vergleich oder der vollstreckbaren Urkunde). Wegen der eben erläuterten hoheitlichen Komponente ist bei der Niederlegung des übereinstimmenden Parteiwillens aber eine hoheitliche Beteiligung vonnöten.³⁹ Sie drückt sich darin aus, dass ein Vergleich nicht vollstreckbar ist, wenn nicht ein Gericht oder ein (insoweit mit hoheitlichen Befugnissen beliehener) Notar daran mitwirkt.⁴⁰

Damit ist aus rechtsvergleichender Perspektive nicht überraschend, dass die Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 Var. 2 SchKG als Vollstreckungstitel bezeichnet wird, obwohl die anerkannte Schuld nicht gerichtlich überprüft wurde. Überraschend ist vielmehr, dass an ihr keine hoheitliche Stelle mitgewirkt hat. Aus dieser Sicht hat die Literaturauffassung zum schweizerischen Recht, wonach nicht die Schuldanerkennung den Titel bilde, sondern erst der (formell) rechtskräftig gewordene Zahlungsbefehl,⁴¹ gewisse Vorzüge. Grundlage der Zwangsvollstreckung wäre danach nicht die Schuldanerkennung, sondern erst der durch den Rechtsöffnungsentscheid in Rechtskraft erwachsene Zahlungsbefehl. Das passt zu einer frühen Klarstellung von Blumenstein, der schreibt: «Im Gegensatz zur definitiven Rechtsöffnung handelt es sich hier nicht um die Vollstreckung gewisser Titel [...]. Der Grund der Rechtsöffnung liegt vielmehr in dem tatsächlichen Vorgang der seitens des Schuldners erfolgten Schuldanerkennung, für welchen die vom Gesetz geforderte Urkunde lediglich das Beweismittel bildet.»⁴² Der neue Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1^{bis} SchKG, der die vollstreckbare öffentliche Urkunde als Titel listet, ist damit vereinbar, da hier gem. Art. 55 SchlT ZGB und Art. 347 chZPO eine entsprechend hoheitlich beliehene Stelle mitzuwirken hat.⁴³ Aber auch die herrschende Auffassung, die die Schuldanerkennung als Rechtsöffnungstitel bezeichnet, leugnet das Erfordernis hoheitlicher Beteiligung nicht. Sie verlangt nämlich, dass das Rechtsöffnungsgericht der Schuldanerkennung als Titel noch die Vollstreckbarkeit verleihen muss.⁴⁴ Bei dieser Sichtweise erwiese sich das Rechtsöffnungsverfahren quasi als Vollstreckbarerklärungsverfahren. Diese Sichtweise findet in der systematischen Nähe zu Art. 81 SchKG eine Stütze. Beide Auffassungen haben daher gute Gründe.⁴⁵ All das zeigt, dass sich im SchKG auch in dogmatischer Hinsicht für «Feinschmecker» der eine oder andere «Happen» findet.

VII. SchKG und Sprache

Eine gelungene Sprache trägt zum Erfolg eines Gesetzes bei, da eine wenig intuitive, abstrakte Gesetzessprache es nicht nur dem Ausländer schwermacht, das Recht zu verstehen, sondern auch den einheimischen Rechtsanwendern, wenn sie das Recht erlernen. Gemessen daran, dass

das SchKG im Wesentlichen in der Sprache des 19. Jahrhunderts geschrieben ist, gibt es kaum Passagen, die so altdeutsch formuliert sind, dass sie schwer zu verstehen wären. Das durch Art. 92 SchKG als Kompetenzstück geschützte «religiöse Erbauungsbuch» ist zwar ein Begriff des 19. Jahrhunderts, aber in seiner Abstraktheit höchst modern, weil es religionsoffen ist. Der vergleichbare § 811 Abs. 1 Ziff. 10 dZPO (in der Fassung bis zum 1.1.2022, s. unten VIII) ist mit «Büchern, die zum Gebrauch in der Kirche bestimmt sind», jedenfalls weniger prägnant und inhaltlich zugleich beschränkter. Dass man es über 100 Jahre nicht für nötig befunden hat, die Sprache des Gesetzes zu modernisieren, ist also ein Ausweis gelungener Gesetzgebungstechnik. An manchen Stellen ist das SchKG aber doch etwas sperrig formuliert. Der Begriff des «Rechtsstillstandes» erinnert eher an den Stillstand der Rechtspflege in Krisenzeiten (also an den Tatbestand des Art. 62 SchKG), denn an den Stillstand des Betreibungsrechtes des einzelnen Gläubigers (Art. 57 ff. SchKG). Die «Anhebung der Betreibung» (Überschrift zu Art. 67 SchKG) macht einen eher ältlichen Eindruck. Der Ausdruck findet sich als Relikt auch noch in der relativ neuen ZPO (Art. 64 Abs. 2 ZPO), die in den meisten Fällen aber von «Klage erheben» spricht (Art. 73 Abs. 1, Art. 81 Abs. 2, Art. 85 Abs. 1, Art. 224 Abs. 1, Art. 378 Abs. 2 ZPO). Am wenigsten eingängig ist der Begriff des «Rechtsvorschlags». Will der Betriebene dem Gesuchsteller wirklich vorschlagen, die Klärung des Rechts herbeizuführen? Und warum sollte man diesen Vorschlag beseitigen, wenn man ihm nachkommt? In den Gesetzesmaterialien führte man den Begriff des Rechtsvorschlags ein, der (auch als «Rechtsdarschlag») im schweizerischen Recht offenbar bereits existierte, sprach dann aber immer wieder viel bildlicher von der «Einsprache» des Schuldners.⁴⁶ Aus der «Einsprache» oder dem «Widerspruch»⁴⁷ könnten wir weit intuitiver ableiten, dass der Betriebene der Betreibung etwas entgegensetzt und der Gläubiger diese Einsprache zunächst beseitigen muss, um die Betreibung fortsetzen zu können. Dass sich der Betriebene mit dem Rechtsvorschlag wehren, Widerspruch erheben und die Betreibung aufhalten will, erschliesst sich durch den Begriff jedenfalls nicht – ganz im Gegenteil etwa zur Beschwerde (Art. 17 SchKG) oder zur Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 4 SchKG). Da es sich bei dem Rechtsvorschlag um einen Begriff handelt, der wesentlich für den effektiven Rechtsschutz des Betriebenen ist, verdient er Kritik. Ein anderer Kritikpunkt aus heutiger Zeit gilt der maskulinen Sprache des SchKG. Als Lehrer bei der Lektüre des Gesetzeswortlauts vom «Rechtsöffnungsrichter» oder von «dem Richter zugewiesenen Entscheidungen» zu sprechen, während man 50 % ambitionierte Studentinnen vor einem hat, wirkt aus der Zeit gefallen. Es bräuchte auch keine Gendersprache, um das zu beheben. In allen Fällen könnte das Gesetz schlicht und einfach vom (Rechtsöffnungs)Gericht sprechen.

VIII. Kurioses

Ein Rechtsvergleich bringt allerlei Kuriositäten mit sich, insbesondere was die Kompetenzstücke angeht, deren enumerative Aufzählungen sowohl im deutschen als auch im schweizerischen Recht (noch)⁴⁸ den Geist des 19. Jahrhunderts versprühen. Nach § 811 Abs. 1 Ziff. 12 dZPO sind künstliche Gliedmassen, Brillen und andere wegen körperlicher Gebrechen not-

46 Botschaft vom 6. April 1886, BBl 1886 II 1 f., S. 64.

47 Vgl. BLUMENSTEIN (Anm. 42), § 24 I.

48 Die deutsche Vorschrift über unpfändbare Gegenstände (§ 811 dZPO) wird zum 1.1.2022 umfassend reformiert und an die heutigen Verhältnisse angepasst (BGBl. 2021 I, S. 850, 851 f.). Die hier erwähnten Kuriosa finden sich in der neuen Fassung nicht mehr.

wendige Hilfsmittel unpfändbar, soweit diese Gegenstände zum Gebrauch des Schuldners und seiner Familie bestimmt sind. Das SchKG nennt diese Stücke nicht, auch wenn sie über Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG geschützt sein sollten. Es sei dem Leser überlassen, ob das deutsche Recht für diese soziale Rechtssicherheit zu rühmen ist oder nicht vielmehr ein schlechtes Licht auf die Gläubiger wirft. Das SchKG führt demgegenüber andere Einzelteile ausdrücklich auf, nämlich die Bekleidungs-, Ausrüstungs- und Bewaffnungsgegenstände, das Dienstpferd und den Sold eines Soldaten, während die deutsche ZPO an dieser Stelle die Gegenstände der Beamten, Geistlichen, Rechtsanwälte, Notare, Ärzte und Hebammen nennt. Wirklich auffällig ist aber, dass die dZPO dem deutschen Schuldner *eine* Milchkuh (§ 811 Abs. 1 Ziff. 4 dZPO) belässt, während der schweizerische Schuldner *zwei* Milchkühe (Art. 92 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG) behalten darf. Damit offenbart womöglich erst der Rechtsvergleich: Art. 92 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG schützt die schweizerische Liebe zum «Chäs-Fondue»!⁴⁹

49 Diesen Hinweis verdanke ich FABIAN KLINCK, Professor für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Zivilverfahrensrecht, Ruhr-Universität Bochum.

Publikationen aus unseren Reihen

Publications de nos rangs

- Bähler Daniel** Eheschutz – ein spannungsgeladenes Summarverfahren, in: Eichel Florian / Hurni Christoph / Markus Alexander R. (Hg.), Schneller Weg zum Recht, Praktische Herausforderungen ausgewählter Summarverfahren, CIVPRO Band 15, Bern 2020
- Grobéty Laurent** La suspension conventionnelle de la prescription et sa mise en œuvre procédurale, dans: AJP/PJA 6/2021 p. 720 ss.
- Keller Peter M.** Umwelt- und Energierecht, in: Müller Markus/Feller Reto (Hg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2021
- Schultz Annatina** Erpressung und Wucher als Strafnormen für die Ausbeutung der Arbeitskraft? Von der Notwendigkeit eines separaten Tatbestands für die Ausbeutung der Arbeitskraft, in: ZStrR 4/2020 (138), S. 426 ff.
- Schultz Annatina** Die Bedeutung von Art. 4 EMRK für die Verfolgung von Menschenhandel zwecks Ausbeutung der Arbeitskraft, in: forumpoenale 3/2021, S. 200 ff. (erscheint am 11. Juni 2021)
- Schwegler Ivo** Informations- und Datenschutzrecht, in: Müller Markus/Feller Reto (Hg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2021
- Schwegler Ivo / Hirte Florian** Polizeirecht, in: Müller Markus/Feller Reto (Hg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2021
- Stuber Jonas** Einreden und Einwendungen in der passiven Solidarität, Diss. Bern 2021.

Markus Müller, Reto Feller (Hrsg.)

Bernisches Verwaltungsrecht



› Ein Nachschlagewerk für Verwaltung, Justiz und Advokatur

Das kantonale Verwaltungsrecht zeichnet sich durch eine grosse thematische Breite aus. Im vorliegenden, nun in dritter Auflage erschienenen Sammelband stellen Expertinnen und Experten aus Praxis und Wissenschaft jene Rechtsbereiche dar, die im Verwaltungsalltag auf kommunaler und kantonaler Ebene besonders bedeutsam sind. Als Lehrbuch erschliesst es angehenden Rechtsanwältinnen und Notaren die wichtigen Bereiche des kantonalen Verwaltungsrechts. Als Praxishandbuch ist es Arbeitshilfe und Nachschlagewerk und zwar schweizweit, weil sich die Gesetzgebung in vielen Materien des Verwaltungsrechts immer stärker annähert.

3. Auflage, 1066 Seiten, gebunden, April 2021, CHF 230.–

978-3-7272-2196-5

Auch als **E-Book** erhältlich



Bestellen Sie direkt online: 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
Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten | 1790-9/21

Stämpfli
Verlag

Autorenverzeichnis

Répertoire des auteurs

Florian Eichel	Prof. Dr. iur, Dozent / Direktor Institut, Ordinarius für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Internationales Privatrecht sowie schweizerisches, ausländisches und internationales Zivilverfahrensrecht an der Universität Bern
Evelyne Halder	lic. iur., Rechtsanwältin, leitende Gerichtsschreiberin am Regionalgericht Oberland
Alina Raschle	MLaw, Staatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland
Danielle Schwendener	MLaw, Rechtsanwältin, Gerichtspräsidentin am Regionalgericht Berner Jura-Seeland, Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Bern
Reto Sieber	MLaw, Rechtsanwalt, Vorsitzender der Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland
Denise Weingart	Dr. iur., Rechtsanwältin, Gerichtspräsidentin am Regionalgericht Berner Jura-Seeland, Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Bern
Matthias Zurbrügg	MLaw, Rechtsanwalt, Gerichtsschreiber am Regionalgericht Berner Jura-Seeland

Impressum

Herausgeberin/éditrice:	Weiterbildungskommission der Berner Justiz Commission pour la formation continue de la justice bernoise
	Ronnie Bettler, Oberrichter, Präsident 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 Sarah Wildi, Staatsanwältin
Sekretariat/secrétariat:	Jana Kunz, Obergericht des Kantons Bern, Hochschulstrasse 17, 3012 Bern 031 636 76 42, weiterbildung.og@justice.be.ch
Übersetzung/traduction:	Philippe Berberat, Gerichtsschreiber
Lektorat/relecture:	Peter Johannes Weber, lic. utr. iur.
Layout:	Peter Johannes Weber, lic. utr. iur.
Redaktion/rédaction BE N'ius:	Denise Weingart, Gerichtspräsidentin

www.benius.ch

ISSN 2673-477X



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