

**26. Juni 2004****Mündliche Anwaltsprüfung**

Anwesend: Als Vorsitzender: ehem. Oberrichter Dieter Bosshart ZPO/SchKG  
 - Verwaltungsrichterin Beatrice Rotach VerwR/StR  
 - Rechtsanwalt Adrian Suter OR/ZGB  
 - Professor Dr. Christian Schwarzenegger StGB/StPO

Erschienen: Die Kandidaten:  
 - KUE  
 - STU

**Vorbemerkungen**

(Die Absicht dieses Protokolls ist es, möglichst genau die Fragen der Experten und unsere Antworten wiederzugeben. Wir haben deshalb – abgesehen von den Verweisen auf bestimmte Gesetzesartikel – keine nachträglichen Abklärungen bezüglich der Richtigkeit unserer Antworten gemacht.

Natürlich kann das Protokoll nicht die reale Situation wiedergeben, insbesondere nicht die Mimik und andere „Zuckungen“ der Experten. Die Stimmung kann als (den Umständen entsprechend) angenehm und sachlich bezeichnet werden. Alle Experten machten sich eifrig Notizen, nickten oder schüttelten ab und zu den Kopf, je nach Antwort. Stellenweise recht irritierend war RA Suter, der ab und zu (offenbar immer dann, wenn wir was völlig Falsches sagten) grosse rote Kreise in seinen Notizen machte. Es lohnt sich auch bei einer richtigen Antwort des anderen Kandidaten zustimmend mit dem Kopf zu nicken, wie wenn man genau dies hätte sagen wollen.

Nicht irritieren oder einschüchtern lassen, die Experten drücken ab und zu ein Auge zu. Auch wenn sie merken, dass der Kandidat eine Antwort nicht auf Anhieb findet, ist ihnen wichtig, dass man nicht einfach „nichts“ sagt, sondern versucht, selber einen Weg zu finden.

Zur Örtlichkeit: Die Prüfung findet in einem stickigen Zimmer des OGer statt, die Kandidaten nebeneinander am einen Ende des Tisches, am anderen Ende Herr Bosshart als Vorsitzenden, auf den Seiten die anderen Experten.)

**Zum Verwaltungsrecht (Rotach)**

(Frau Rotach ist sehr angenehm und wohlwollend. Sie stellt klare und deutliche Fragen und gibt ermutigende Feedbacks. Sie arbeitet auf der 3. Abteilung des Verwaltungsgerichts (Spezialgebiete: Polizeirecht (ohne Administrativmassnahmen im Strassenverkehr und polizeiliche Massnahmen betreffend Niederlassung/Aufenthalt), Zivilschutz, Abgaben (ohne Steuern), Gesundheitswesen, Fürsorgewesen, Richtpläne, Nutzungsplanungen, Quartierpläne, Denkmalschutzmassnahmen, Ausnahmegewilligungen ausserhalb der Bauzone, Enteignungs-

recht, Verkehrsanordnungen; vgl. <http://www.vgrzh.ch>). Ein Blick in die neuesten Entscheide ihrer Abteilung ist sicher empfehlenswert.)

Ich wohne im Kreis 4. Eines Tages entdecke ich, dass auf dem gegenüberliegenden, bisher unbebauten Grundstück ein fünfstöckiges Gebäude ausgesteckt ist. Kann ich etwas dagegen unternehmen, wenn ich nicht möchte, dass mir die Aussicht und die Sonne verbaut werden?

KUE: Wenn jemand eine Baubewilligung einreicht... äh..., ich meine natürlich ein Baugesuch einreicht, muss dieses öffentlich aufgelegt werden. Vor der öffentlichen Auflage ist das Projekt auszustecken. Wenn man am anschliessenden Bewilligungsverfahren teilnehmen will, muss man die bei der zuständigen Baubehörde die Zustellung der Unterlagen verlangen.

(PBG 311 ff.)

Ja, aber was kann ich ganz konkret tun?

KUE: ... Man könnte auch direkt mit dem Bauherrn in Kontakt treten und sich über die Details des Bauprojekts informieren.

Ich weiss nicht mal, wer das ist, wie kann ich dies herausfinden?

STU: Ich kann bei der zuständigen Behörde Einsicht in das Baugesuch nehmen, da es öffentlich aufgelegt ist.

Kann ich dies einfach so tun?

KUE: Ja, die Frage der Legitimation stellt sich erst, wenn man gegen die Baubewilligung Rekurs einlegen will. Man muss aber die Zustellung des Entscheides verlangt haben, dies ist ebenfalls eine Voraussetzung für den Rekurs.

Innert welcher Frist muss man denn die Zustellung des Entscheides verlangen?

STU: Innert 20 Tagen seit der öffentlichen Auflage.

Und wenn ich nun beispielsweise in den Ferien war, die Aussteckung nicht sehen konnte und deshalb die Frist verpasse. Kann ich dann nichts mehr unternehmen?

STU: Sie können ein Gesuch um Wiederherstellung der Frist stellen. Sie müssen belegen, dass Sie die Frist unverschuldet verpasst haben.

Wenn ich die Frist verpasse, weil ich nicht rechtzeitig reagiere, bin ich dann von einem Rekurs ausgeschlossen?

KUE: Ja, Recht, einen Rekurs zu erheben, ist dann verwirkt.

(PBG 315 f.)

Unter welchen Voraussetzungen ist jemand zum Rekurs legitimiert?

STU: Man muss beschwert sein, d.h. berührt sein und ein geschütztes Interesse haben. Bei einem Nachbarn ist diese Voraussetzung wohl gegeben.

(PBG 338a)

Das Gebäude ist fünfstöckig. Ich bin nun besorgt wegen des Schattens. Ist Schattenwurf ein geschütztes Interesse?

STU: Ja. Der Schattenwurf darf nicht übermässig sein.

Wann ist Schattenwurf übermässig?

STU: Ob der Schattenwurf übermässig ist, muss man anhand eines zonenkonformen Vergleichsprojektes bestimmen, wie man dies beim Stadion getan hat. Wenn der Schattenwurf der gleiche ist, ist er auch beim geplanten Projekt nicht übermässig.

Hier geht es aber um ein fünfstöckiges Wohnhaus, nicht um ein Stadion...

KUE: Die Regel, dass der Schattenwurf nicht übermässig sein darf, betrifft vor allem Hochhäuser – Häuser die höher als 25 Meter sind. Hier geht es um ein fünfstöckiges Haus... ich weiss nicht, wie viele Stockwerke Häuser im Kreis 4 normalerweise haben, aber soweit dieses geplante fünfstöckige Haus der Zone entspricht, ist auch der Schattenwurf so, wie man es dort erwarten darf. Also nicht übermässig.

(PBG 282 ff.)

Wo kann ich Rekurs einreichen?

STU: Bei der Baurekurskommission.

Die Einfahrt zum Grundstück auf der andern Seite des Grundstücks ist sehr eng. Ich bin nun der Meinung, das Grundstück sei deshalb nicht genügend erschlossen. Kann ich dies rügen?

KUE: Die Erschliessung ist eine Bedingung der Erteilung einer Baubewilligung. Das ist grundsätzlich von der Bewilligungsbehörde von Amtes wegen zu prüfen. Sie würden das nicht rügen können, da die Ausfahrt auf der andern Seite des Grundstücks liegt und Sie deshalb nicht beschwert sind.

Was könnte ich denn sonst unternehmen?

STU: Sie könnten eine Aufsichtsbeschwerde erheben, wenn die Bewilligungsbehörde grob falsch entschieden hat?

Aufsichtsbeschwerde? Sie habe vorhin im Zusammenhang mit dem Schattenwurf gesagt, ich könne Rekurs erheben. Kann ich nun oder nicht?

KUE: Bezüglich des Schattenwurfes wären sie legitimiert, nicht aber bezüglich der Frage der Erschliessung.

STU: Wenn die Erschliessung zusammen mit dem Schattenwurf, wo wir eine Beschwerde bejaht haben, gerügt wird, dann natürlich schon.

Nun gut. Die Baurekurskommission findet dennoch, ich sei nicht beschwert und fällt einen Nichteintretentscheid. Wie fechten Sie diesen Entscheid an?

STU: Auch dies ist ein Endentscheid, der ans Verwaltungsgericht weitergezogen werden kann.

Mit welchem Rechtsmittel?

STU: Mit der Beschwerde.

(VRG 41 ff.)

Und von dort aus?

STU: An das Bundesgericht.

Mit welchem Rechtsmittel?

KUE: Sie wollen ja die Verletzung materieller Vorschriften des kantonalen Baugesetzes rügen. ... Dafür ist grundsätzlich die Staatsrechtliche Beschwerde zu erheben. ... Da sich die Vorschriften des Baugesetzes aber auf das eidgenössische Raumplanungsgesetz stützen, müsste die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Frage kommen...?

Sind Sie sicher?

KUE: Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kommt jedenfalls dann in Frage, wenn sich der Entscheid auch auf bundesrechtliche Bestimmungen z.B. des Umweltschutzgesetzes stützt. Hier ist das nicht der Fall. Dann also die Staatsrechtliche Beschwerde.

Das Raumplanungsgesetz regelt, welche Planungsentscheide mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden können. Welches sind diese?

STU: Entscheide bezüglich materieller Enteignung und Ausnahmegewilligungen ausserhalb der Bauzone.

(RPG 34)

Wo ist die Legitimation geregelt?

STU: Für den Rekurs in PBG 338a, für die kantonale Verwaltungsgerichtsbeschwerde in VRG 41 ff. Auf Bundesebene gibt es OG 98a.

Was steht in OG 98a genau?

STU: Dass die letzte kantonale Instanz ein Gericht sein und die gleiche Kognition und Beschwerdelegitimation wie das Bundesgericht haben muss.

Wird dieser Artikel aber im Bezug auf die Beschwerdelegitimation im Bereich des Baurechts eine Rolle spielen?

STU: Wohl eher nicht.

Wo könnte also die bundesrechtliche Legitimation geregelt sein?

STU: Im Raumplanungsgesetz...

Ja. Richtig.

### **Zum Steuerrecht (Rotach)**

Gut, noch was anderes. Schon nicht mehr so aktuell, aber im Zusammenhang mit dem Bankgeheimnis war die Rede vom Unterschied zwischen Steuerbetrug und Steuerhinterziehung. Was ist der Unterschied?

STU: Steuerhinterziehung ist eine Übertretung. Beim Steuerbetrug wird die Steuerhinterziehung mittels gefälschter Urkunden begangen. Dies ist ein Vergehen.

KUE: Zudem ist der Rechtsweg unterschiedlich: Bei Steuerhinterziehung wird die Busse von der Steuerbehörde verhängt, während beim Steuerbetrug die Steuerbehörde eine Anzeige bei der Bezirksanwaltschaft macht, die dann den Fall ermittelt.

Wissen Sie wie hoch die Busse für Steuerhinterziehung sein kann?

(z.B. StHG 55 ff.)

KUE: Ich glaube von einem Drittel des hinterzogenen Betrages bis zum Mehrfachen dessen.

Kann man sowohl wegen Steuerbetruges und zusätzlich wegen Steuerhinterziehung bestraft werden?

STU: Könnte sein, es sind zwei Tatbestände, einerseits das Fälschen und andererseits Hinterziehen

So sieht es das Bundesgericht. Das leuchtet mir nicht ein, schliesslich ist die Hinterziehung auch Voraussetzung für den Steuerbetrug. Gut, das reicht.

### **Zum Zivilgesetzbuch (Suter)**

(RA Suter (vgl. <http://www.aebbsb.ch>) macht einen recht ruhigen Eindruck. Mehrmals reitet er aber auf dem genauen Wortlaut eines Artikels oder auf einem Begriff herum. Die von ihm geprüften Fächer OR/ZGB waren es offenbar letztlich auch, welche in der Schlussrunde der Expertenrunde die grössten Diskussionen hervorriefen.)

(Suter teilt folgenden Sachverhalt aus: Max Meier hinterlässt zwei Kinder (A und B), ein Haus (Fr. 500'000.-) und 4 Bilder von Warhol (Fr. 500'000.-). In seinem Testament schreibt Meier, beide Kinder sollen gleichviel erhalten, wobei A das Haus und B die Bilder erhalten soll. Als Willensvollstrecker setzt er die ZKB ein. Die Kinder sind sich aber einig, dass B das Haus und A die Bilder bekommen soll.)

Welche Fragen stellen sich?

STU: Zuerst zum formellen Vorgehen: Letztwillige Verfügungen sind dem Gericht einzuliefern. Der Einzelrichter im summarischen Verfahren eröffnet diese anschliessend und stellt den Erben Erbscheine aus. Zudem muss der Willensvollstrecker angefragt werden, ob er diese Aufgabe übernehmen wolle.

Wer fragt diesen an?

Wohl auch der Einzelrichter, der die Erbscheine ausstellt.

(ZGB 517 f., 556 ff.)

Richtig, nun zum Materiellen.

KUE: Nun, es liegt eine letztwillige Verfügung vor. Die Kinder werden zu gleichen Teilen eingesetzt. Sie werden somit Erben und es liegt kein... äh

...Sie meinen sicher Vermächtnis?

KUE: ...genau, es liegt kein Vermächtnis vor.

Was stellen sich im Zusammenhang mit der Teilung für Fragen?

STU: Die Erben wollen die Teilung entgegen dem Willen des Erblassers vornehmen. Gemäss Tuor/Schnyder/Schmid soll dies möglich sein.

Können Sie das auch anders als mit Tuor/Schnyder/Schmid begründen?

STU: ...äh, nun, die Erben könnten das Haus und die Bilder nachher sowieso aufteilen wie sie möchten...

Ja, das stimmt schon. Das hat aber steuerrechtliche Konsequenzen. Deshalb haben A und B ein Interesse daran, dass sie die Aufteilung bei der Erteilung vornehmen können. Was würden sie als Anwalt antworten, wenn der Willensvollstrecker kommt und sagt, das gehe nicht?

KUE: ...äh, der Teilungsvertrag der Erben geht vor, denke ich...

Und was meinen Sie?

STU: Der Willensvollstrecker ist nicht der Erblasser. Er verwaltet zwar die Erbschaft, hat aber wohl nicht die Kompetenz, die Verteilung gegen den Willen der Erben vorzunehmen.

Damit sind wir auf der richtigen Spur. Es ist eben so, dass der Willensvollstrecker nur die Teilung vorbereitet, diese nehmen dann aber die Erben vor. Jetzt zur Verteilung. Wie geht diese vor sich?

KUE: Die Erben schliessen einen Erbteilungsvertrag.

Und wer tut genau was bei der Teilung?

KUE: ...?

STU: Die Erben werden vorerst gemeinsam in das Grundbuch eingetragen.

Wer macht das?

STU: Die Erben selbst.

Wer noch?

KUE: Der Willensvollstrecker?

Ja, normalerweise macht das der Willensvollstrecker. Wie verläuft nun die Teilung?

STU: Mithilfe eines Teilungsvertrages.

In welcher Form wird dieser abgeschlossen?

KUE: Schriftlich?

Kann der Vertrag auch mündlich sein?

KUE: ...äh, kann sein, bin mir da nicht sicher...?

Was ist nötig, um ein Grundstück zu übertragen?

STU: Eine öffentliche Beurkundung.

Ja, richtig. Kann dann der Erbvertrag in unserem Fall mündlich geschlossen werden?

STU: Wohl eher nicht...? ...andererseits wird ja auch beim Erbschein keine öffentliche Beurkundung verlangt.

Ja, schon. Aber was ist der Unterschied?

STU: Nun, es dürfte daran liegen, dass der Erbschein des Richters auch eine öffentliche Urkunde ist?

(ZGB 602 ff.)

Nun gut. Was braucht es noch zur Eigentumsübertragung?

STU: Die Anmeldung des früheren Eigentümers.

Ja. Wie erfolgt diese hier?

STU: Die alten Eigentümer, d.h. die Erbengemeinschaft muss die Anmeldung machen.

(ZGB 963)

Richtig. Nun erleidet einer der Erben einen Schlaganfall. Er ist zwar voll urteilsfähig, kann aber nicht mehr schreiben. Wie kann er trotzdem unterschreiben?

STU: Man könnte einen Beistand ernennen.

Das wäre eine Möglichkeit. Wie kann der Erbe aber selber unterschreiben?

STU: Das ist eine Frage der Formvorschriften.

Ja. Wo ist das im Gesetz geregelt?

STU: Am Anfang des OR... So um Artikel 13.

Was steht dort?

KUE: Das ist die Regelung für die Blinden.

STU: Der Notar wird wohl beglaubigen, dass der Erbe urteilsfähig war und den Inhalt des Vertrags zur Kenntnis genommen hat.

(OR 12 ff.)

Bleiben wir noch etwas beim ZGB. A und B sind verheiratet, beide 67 Jahre alt. Beide erhalten Fr. 1'000.- von der AHV. A hat zudem ein Einkommen aus BVG von 4'000.- und B erzielt Erträge aus Grundeigentum von Fr. 3000.- im Monat. Die beiden wollen sich nun scheiden lassen. Die B ist der Ansicht, ihr stehe die Hälfte des BVG-Guthabens ihres Mannes zu. Stimmt das? Sie sind ja Experte im Scheidungsrecht; Sie haben an einem Kommentar mitgeschrieben.

KUE: [Anm.: leider war es ein Kommentar zu den Wirkungen der Ehe, aber eben..] Nun, das BVG-Guthaben existiert in diesem Sinne ja nicht mehr. Es ist in eine Rente umgewandelt worden. Es fragt sich deshalb, ob die Ehefrau – anders als vor der Pensionierung – einfach die Hälfte davon erhalten kann. Ich denke, in diesem Zeitpunkt ist die BVG-Rente wie anderes Einkommen in die Abklärung eines allfälligen Unterhaltsanspruches einzubeziehen.

Stimmt das?

STU: Ja, im Wesentlichen bin ich einverstanden. Einkommen fällt jeweils in die Errungenschaft und wird am Ende als Vorschlag geteilt.

Ja, aber die Errungenschaft verbrauchen die Ehegatten ja, da bleibt nicht viel übrig. Ist dies sachgerecht? Stellen Sie sich vor, die beiden hätten sich gerade noch vor ihrer Pensionierung scheiden lassen. Dann hätte die Ehefrau die Hälfte des BVG-Guthabens erhalten. Nur zwei Jahre später soll sie nichts bekommen?

STU: Dies wäre in der Tat unbefriedigend. ... Man könnte sich fragen, ob die Rente nicht irgendwie kapitalisiert werden und dann hälftig geteilt werden müsste.

Das ist der pragmatische Ansatz. Wie wird dies aber durch das Gesetz geregelt?

KUE: Ich würde auch sagen, dass die Rente zu kapitalisieren und für den Unterhalt zu berücksichtigen wäre.

Eben, aber irgendwie muss die Rente bestimmt werden?

KUE: ...?

(Suter gibt auf und liest Art. 124 ZGB vor)

Was heisst „angemessen“?

KUE: Das ist jetzt einer der Fälle, wo man sagt „Es kommt darauf an“. Es sind alle Umstände zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall ist sicher wichtig, dass der Vorsorgefall noch nicht lange eingetreten ist. Die Entschädigung dürfte also fast die Hälfte oder etwas weniger betragen.

Bleiben wir noch etwas beim ZGB. Stockwerkeigentümer M kommt immer spät nach Hause und veranstaltet einen „Saulärm“. Der Verwalter kommt zu Ihnen und fragt Sie, ob man M aus der Stockwerkeigentümergeinschaft ausschliessen kann. Was antworten Sie ihm?

KUE: Dass ein Ausschluss grundsätzlich möglich ist.

Was meinen Sie?

STU: Ich bin gleicher Meinung. Es gibt zwei Ansatzpunkte: Zum einen das Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft, zum andern das Gesetz. Das Stockwerkeigentumsrecht verweist auf das Miteigentum, wo die Bestimmung steht, dass ein Miteigentümer ausgeschlossen werden kann.

Sehr gut. Wie gehen Sie konkret vor?

KUE: Es bedarf eines Beschlusses der Stockwerkeigentümersammlung.

STU: Dann ist beim Gericht Klage auf Ausschluss des M zu erheben.

Richtig. Was kann der M dagegen tun?

KUE: M kann im Gerichtsverfahren geltend machen, es liege kein Ausschlussgrund vor. Also kein Grund vorliegt, der seinen Verbleib in der Gemeinschaft unzumutbar machen würde.

Könnte er schon vorher etwas dagegen unternehmen?

STU: Er könnten den Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung selbst anfechten, wie dies im Vereinsrecht geregelt ist.

Ja, das ist richtig. Das Stockwerkeigentumsrecht verweist diesbezüglich auf das Vereinsrecht. Was passiert, wenn er den Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung nicht anfight?

KUE: Dann kann er die Einrede, der Beschluss sei nicht richtig zustande gekommen in der Gerichtsverhandlung nicht mehr vorbringen.

Richtig.

(ZGB 712a ff., 649b)

### **Zum Obligationenrecht (Suter)**

Ein Architekt baut für E ein Haus. Der Architekt bestellt für das Haus eine Alarmanlage bei D. Er verwendet dafür sein Briefpapier. Daraufhin entlässt E den Architekt, weil er den Kostenvoranschlag um 40% überschritten hat. Kann E den Architekten einfach so entlassen?

KUE: Zwischen dem Architekten und E liegt ein Werkvertrag vor. Der Werkbeauftragter..., äh Auftragser... Auftragsteller..., ich meine E hat deshalb die Möglichkeit das Verhältnis jederzeit aufzulösen. Er schuldet aber allenfalls Ersatz für getätigte Aufwendungen.

(OR 377)

Ist das so? Liegt wirklich ein Werkvertrag vor?

STU: Ich denke schon. Geschuldet ist das Haus, also ein Erfolg.

Aber der Architekt baut ja nicht selber, er wird Handwerker etc. beauftragen und selber nur die Bauaufsicht führen. Er ist nicht Generalunternehmer. Wie ist das nun?

STU: Das stimmt... Wenn das Verhältnis so ausgestaltet ist, sind auch Auftrags-elemente im Vertrag enthalten. Aber auch in diesem Fall wäre die Auflösung möglich.

(OR 404)

Ist das richtig. Was meinen Sie?

KUE ...?

Und Sie?

STU: Es ist ein Innominatkontrakt sui generis. Er enthält sowohl Werkvertrags-elemente wie auch Auftrags-elemente.

Was würden Sie nun in Bezug auf die Kündigung sagen?

STU: Das Vertrauensverhältnis zwischen Bauherrn und Architekt lässt eher auf einen Auftrag schliessen.

So sieht es auch das Bundesgericht. Kommen wir noch zur Alarmanlage: Welches Problem stellt sich hier?

KUE: Es geht um die Frage der Vollmacht bzw. Stellvertretung. Der Stellvertreter kann für E nur gültig einen Vertrag schliessen, wenn er dem Vertragspartner entweder das Stellvertretungsverhältnis bekannt gibt oder wenn es dem Vertragspartner gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag schliesst.

Wo steht das?

KUE: Art. 32 OR.

Genau! Was für andere Möglichkeiten sieht Art. 32 vor?

STU: Es genügt, wenn es sich für das Aussenverhältnis aus den Umständen ergibt, für wen der Architekt handelt.

Richtig. Wie sieht das in unserem Fall aus?

STU: Es ist offensichtlich, dass der Architekt die Alarmanlage nicht für sich selber kauft sondern für den Bauherrn. Dieser ist somit Vertragspartner.

Richtig.

(25 Minuten Pause. )

### **Zum Zivilprozessrecht (Bosshart)**

(Bosshart dürfte bereits aus zahlreichen Protokollen bekannt sein. Er macht einen sehr sympathischen Eindruck, seine Fragen sind mehr oder weniger verständlich gestellt und er führt einem durch konsequentes Nachhaken auf die richtige Spur.)

Ein Kläger reicht gestützt auf einen Mietvertrag über ein Restaurant beim Mietgericht folgendes Rechtsbegehren ein: „1. Es sei festzustellen, dass der Beklagte dem Kläger eine Goodwill-Entschädigung schuldet. 2. Die Höhe der Goodwill-Entschädigung sei durch eine bestimmte Privatperson festzusetzen.“ Der Beklagte macht geltend, auf die Klage sei nicht einzutreten, da sie nicht richtig eingeleitet worden sei. Stimmt das?

KUE: Es stellt sich zunächst die Frage, ob es sich um eine Streitigkeit aus einem Mietverhältnis handelt, wofür beim Mietgericht die Klage eingeleitet werden kann.

Ja, das ist ein Aspekt. Denke Sie, hier liegt eine Mietsstreitigkeit vor?

KUE: Aus dem Sachverhalt lässt sich das noch nicht so genau bestimmen.

Der Kläger verlangt eine Entschädigung für den Goodwill, den er durch die Führung des Restaurants erarbeitet hat.

KUE: Da kann man durchaus von einer Streitigkeit aus dem Mietverhältnis sprechen.

Wie wird das Verfahren eingeleitet?

KUE: Das Verfahren ist bei der Schlichtungsbehörde für Mietssachen einzuleiten, nicht direkt beim Mietgericht.

Wo ist die Mietschlichtung geregelt?

KUE: Die Grundlage dafür findet sich im OR, im Mietrecht. Die Organisation ist in einer kantonalen Verordnung... oder Gesetz ? geregelt. In Zürich ist die Schlichtungsbehörde dem Bezirksgericht angegliedert. Die Verhandlung wird von Juristischen Sekretären geführt, zusammen mit je einem Vertreter der Mieter- und der Vermieterschaft.

Wer wählt diese Beisitzer?

KUE: Das Obergericht...?

Was meinen Sie?

STU: Die Beisitzer werden vom jeweiligen Bezirksgericht gewählt.

(OR 274a; Vo über die Paritätischen Schlichtungsbehörden in Miet- und Pacht-sachen, LS 211.3)

Sie sagten, das sei in Zürich so. Ist das in andern Bezirken anders?

KUE: Nein.

Es gibt ein Gericht, das es nicht in jedem Bezirk gibt. Von welchem Gericht spreche ich?

KUE: Vom Arbeitsgericht. Ein solches gibt es nur in Zürich und Winterthur.

Richtig.

(GVG 8)

Nun hat der erwähnte Kläger in einer ersten Schlichtungsverhandlung das Rechtsbegehren gestellt „Es sei der Beklagte zu verurteilen, dem Kläger Fr. 1,6 Mio. zu bezahlen.“ In der zweiten Verhandlung hat er dann das Begehren wie oben erwähnt gestellt, in dem Sinne, dass eine Drittperson die Höhe der Entschädigung festlegen soll. Kann man das Begehren vor der Schlichtungsbehörde so abändern?

STU: Das ist eine Frage der Rechtsnatur eines Schlichtungsentscheidendes. Die Schlichtungsbehörde entscheidet nur in den Fällen der Mieterstreckung und der Kündigungsanfechtung oder schreibt das Verfahren bei Vergleich oder Rückzug als erledigt ab. In den übrigen Fällen stellt sie bloss die Nichteinigung der Parteien fest. Ein solcher Entscheid hat keine materielle Rechtskraft.

(OR 273)

Das heisst?

STU: Die Fortführungslast ist erst mit Einreichen der Klage beim Mietgericht gegeben. D.h. der Streitgegenstand wird erst dann fixiert.

Fortführungslast und Fixierung des Streitgegenstandes sind aber nicht dasselbe.

STU: Ja, das stimmt...

(ZPO 107)

Kann ich das Begehren also einfach so ändern?

STU: Nein, nicht einfach so. Man kann nicht beliebige neue Punkte in das Rechtsbegehren aufnehmen. Hingegen sollte es möglich sein, Streitpunkte mit gleichem sachlichem Zusammenhang noch anzufügen.

Kann ich dann also vor dem Mietgericht auch noch die Kündigung anfechten?

STU: Nein, dies sind unterschiedliche Verfahren, bei der Anfechtung einer Kündigungen fällt die Schlichtungsbehörde einen Entscheid. Durch die Kombination mit unserer Klage könnte sonst würde eine Instanz umgangen werden.

Also geht es nicht in jedem Fall. Wie ist das jetzt bei unserem Fall?

STU: Nun, in der zweiten Schlichtungsverhandlung wird der Streitwert nicht mehr erwähnt. Man könnte argumentieren, die nachträgliche Bestimmung der Summe durch eine Drittperson stelle lediglich eine Ergänzung, eine Verfeinerung dar und wäre daher zulässig.

Das könnte man so sagen. Vorliegend ist es aber auch so, dass es sich lediglich um die zweite Verhandlung im Schlichtungsverfahren handelt, da kann man stets neue Rechtsbegehren stellen. Gut... Was ist das nun eigentlich, wenn eine Drittperson die Höhe der Streitsumme entscheiden soll? Wie nennt man das?

STU: Die Klage enthält ein Schiedselement. Eine Privatperson übernimmt die Rolle des Gerichts in einem bestimmten Punkt.

Ja, ein Schiedselement ist enthalten. Aber ganz konkret, was macht diese Drittperson?

STU: Sie beurteilt verbindlich eine Sachfrage, nämlich die Höhe der Entschädigung.

Wie könnte man diese Person nennen?

STU: Einen Schiedsgutachter...?

Was ist der Unterschied zu einem Gerichtsgutachter?

STU: Der Gerichtsgutachter wird durch das Gericht bestimmt. Ein Schiedsgutachter durch die Parteien. Parteien können auch Gutachter bestimmen.

Haben diese Gutachten beide die gleiche Wirkung?

KUE: Nein, das Resultat eines Schiedsgutachtens wird von beiden Parteien als verbindlich angesehen. D.h. der Sachverhalt ist insofern zwischen ihnen nicht mehr streitig. Das Gerichtsgutachten hingegen ist für den Richter lediglich ein zusätzliches Beweismittel unter anderen. Er kann dieses Gutachten als Beweis freiwürdigen.

Was macht der Richter, wenn er das Gutachten erhalten hat?

KUE: Er legt es den Parteien zur Stellungnahme vor. Die Parteien können dann beispielsweise Ergänzungen des Gutachtens verlangen.

Was kann der Richter machen?

KUE: Er selber kann ebenfalls die Ergänzung des Gutachtens durch den Gutachter verlangen. Oder die Erläuterung einzelner Punkte. Er kann aber auch einen neuen Gutachter einsetzen, der ein neues Gutachten erstatten soll.

(ZPO 171 ff., 148)

Gut... Der Beklagte meint nun, er hätte gar nicht allein eingeklagt werden sollen, da eine Erbengemeinschaft mit zwei weiteren Erben Vertragspartei des Mietvertrages sei. Auf die Klage sei deshalb nicht einzutreten. Was sagen Sie dazu?

KUE: Es geht um die Frage der Passivlegitimation. Wenn der Beklagte dies geltend macht, würde das Gericht nicht einen Nichteintretensentscheid, sondern die Klage abweisen.

Was macht die Partei denn eigentlich geltend?

STU: Dass die Beklagten eine notwendige Streitgenossenschaft bilden würden.

Was ist das?

STU: Das bedeutet, dass mehrere Personen nur gemeinsam klagen können, z.B. bei Gesamthandverhältnissen. Im Falle der Passivlegitimation liegt nur bei dinglichen Rechten eine notwendige Streitgenossenschaft vor.

Und wie ist es hier?

STU: Es handelt sich um eine Forderungsklage. Jeder Erbe kann einzeln eingeklagt werden, weil sie solidarisch dafür haften. Es liegt keine notwendige Streitgenossenschaft vor.

(ZPO 39)

Nehmen wir mal an, das Gericht entscheidet mangels Passivlegitimation auf Nichteintreten. Wie kann dieser Entscheid mit Rechtsmitteln angefochten werden.

KUE: Beim vorliegenden Forderungsbetrag entscheidet das Mietgericht in Dreierbesetzung, es erfolgt also ein Beschluss. Ein Nichteintretensbeschluss ist ein Endentscheid, der mit Rekurs beim Obergericht angefochten werden kann.

Aber vorher sagten Sie, die Frage der Aktiv- bzw. Passivlegitimation sei eine materiellrechtliche Frage. Was wäre hier zu bedenken?

KUE: Materiellrechtliche Entscheid ergehen in der Form des Urteils. Gegen ein solches wäre grundsätzlich die Berufung gegeben.

Und wie ist es denn nun in unserem Fall?

KUE: Grundsätzlich ändert die falsche Bezeichnung des Entscheides nichts an den Rechtsmitteln. Es darf daraus aber einfach kein Nachteil für die Parteien erwachsen.

Muss nun hier Rekurs oder Berufung erhoben werden?

KUE: Ich denke, es ist trotzdem Rekurs zu erheben.

So sieht das auch das Obergericht. Man kann ja dann im Verfahren geltend machen, dass anstelle des Nichteintretensentscheides ein Urteil hätte gefällt werden müssen.

### **Zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Bosshart)**

Blau fällt in Konkurs. Im Inventar finden sich ein Auto und eine Forderung gegen Gelb. Was ist ein Inventar und wann wird es aufgenommen?

STU: Äh..., das Inventar gibt Auskunft darüber, was zur Konkursmasse gehört. Das Inventar wird durch das Betreibungsamt nach der Konkursandrohung aufgenommen.

(vgl. SchKG 162 ff.)

Ja, ich weiss, sie meinen das Güterverzeichnis. Ich meine aber nicht das.

(SchKG 221 ff.)

Wer eröffnet den Konkurs?

STU: Der Einzelrichter im summarischen Verfahren.

(SchKG 171; ZPO 213 Ziff. 5)

Ja. Was geschieht dann?

STU: Das Konkursamt beschliesst, ob der Konkurs im ordentlichen Konkursverfahren, im summarischen Konkursverfahren oder gar nicht stattfindet.

Stimmt das?

KUE: ...?

Wissen Sie das?

STU: Jetzt, wo Sie's sagen. Das Konkursamt stellt den Antrag an den Einzelrichter im summarischen Verfahren. Dieser entscheidet dann über die Art des Verfahrens.

Worauf stützt sich der Richter dabei?

KUE: Er prüft, ob genügend Aktiven vorhanden sind, das Verfahren durchzuführen.

Worauf stützt er sich dabei?

STU: Auf das Gesetz...?

Richtig, aber das habe ich nicht gemeint.

STU: Ach so, auf das Inventar eben.

Richtig. Nun hätten wir dies also. Was geschieht als nächstes. Wann wird der Konkurs publiziert?

KUE: Der Konkurs wird nach der Eröffnung publiziert.

Stimmt das? Was passiert dann, wenn der Einzelrichter feststellt, dass für den Konkurs nicht genügend Geld vorhanden ist?

KUE: Man kann einen Konkurs widerrufen.

Darum findet die Publikation eben erst statt, wenn bekannt ist, welches Verfahren zur Anwendung kommt. Es könnte ja sein, dass gar kein Konkurs stattfindet. Bei Scheinfirmen etc.

(SchKG 232 f.)

Nun kommt Grün, der den Eindruck hat, sowohl die Forderung von Blau gegen Gelb wie auch das Auto stünden ihm zu. Was muss er tun?

KUE: Er muss dies der Konkursverwaltung mitteilen. Diese entscheidet darüber, ob sie die Sachen herausgibt oder ihm eine Frist für Klage setzt.

(SchKG 242)

Kann die Konkursverwaltung die Sachen einfach so herausgeben?

KUE: Nun, die Gläubiger können wohl Einwendungen erheben.

Was ist hier vorgesehen?

KUE: Eine Anzeige an die Gläubiger... oder allenfalls Gläubigerversammlung.

(SchKG 252 ff.)

Genau, die 2. Gläubigerversammlung entscheidet hierüber. Was geschieht denn, wenn die Konkursverwaltung die Sachen nicht herausgeben will?

KUE: Gelb... oder Grün? ... Jedenfalls muss der Betreffende die Herausgabe verlangen.

Innert welcher Frist muss er das tun?

KUE: Bis zur Verteilung?

Was meinen Sie?

STU: Die Aussonderungsklage ist innert 20 Tagen nach der Verweigerung der Herausgabe zu erheben.

(SchKG 242 I)

Richtig. Diese Aussonderungsklage, was ist das für eine Klage?

STU: Eine Leistungsklage. Im beschleunigten Verfahren und betreibungsrechtlich mit materiellrechtlicher Reflexwirkung.

Eben seltsamerweise gerade nicht im beschleunigten Verfahren, obwohl verwandte Klagen im beschleunigten Verfahren durchgeführt werden. Kennen Sie eine solche?

STU: Die Widerspruchsklage.

Wo kommt die vor?

STU: Im Verfahren der Betreuung auf Pfändung.

(SchKG 106 ff.)

Richtig. Was meint man mit dem Begriff „betreibungsrechtliche Klage mit materieller Reflexwirkung“?

KUE: Es handelt sich einerseits um eine Klage im Rahmen des Betreibungs- bzw. Konkursverfahrens, andererseits ist eine materiellrechtliche Vorfrage zu klären.

Welche Auswirkungen hat das?

KUE: Die Berufung an das Bundesgericht ist möglich.

Das ist ein Aspekt. Was sonst noch?

KUE: Der materiellrechtliche Entscheid hat nicht nur Wirkungen innerhalb der Betreuung, sondern eben auch ausserhalb, soweit die materiellrechtliche Frage geklärt worden ist.

Ist das so? Nehmen wir an, der Konkurs wird widerrufen. Gehört das Auto dann wirklich dem Schuldner, wenn derjenige, welcher das Eigentum am Auto beansprucht, den Prozess gegen die Konkursmasse verloren hat?

KUE: ... Nein, der Prozess wurde ja zwischen der Konkursmasse und dem Eigentümer und nicht zwischen dem Schuldner und dem Eigentümer geführt.

Richtig. Hat die Klage denn nun grundsätzlich materiellrechtliche Auswirkungen?

KUE: ...?

Grundsätzlich eben nicht. Sie kann es aber haben, wenn die Konkursverwaltung das Auto bereits vorher verwertet hat. Was hat dies für Konsequenzen?

KUE: Das Auto wurde entweder freihändig verkauft oder versteigert. In beiden Fällen ist der gutgläubige Erwerber nach den Besitzesregeln in seinem Erwerb geschützt und damit Eigentümer geworden.

(ZGB 933 ff., 714 II)

Gut. Wann wird überhaupt der Konkurs widerrufen?

KUE: Wenn der Gläubiger, der die Betreuung eingeleitet hat, darauf verzichtet...?

Nun, so einfach geht das nicht im Konkurs. Was könnte es für Gründe für einen Widerruf geben?

STU: Wenn ein Nachlassvertrag zustande kommt.

Richtig, was sonst?

STU: Wenn alle Gläubiger auf ihre Forderungen verzichten.

Verzichten? Wie steht es im Gesetz?

STU: Sie verzichten nicht auf die Forderungen, aber auf den Konkurs...?

Richtig. Sie verzichten auf ihre Eingabe im Konkurs. Was wäre der dritte Grund für den Widerruf des Konkurses?

STU: Wenn die Forderungen beglichen werden.

Ja. Es müssen alle Forderungen beglichen worden sein.

### **Zum Anwaltsrecht (Bosshart)**

Ein Anwalt ist im Umfange von 50 % bei einer Versicherung angestellt. Im verbleibenden Umfang möchte er als Anwalt tätig sein. Kann er dies tun?

KUE: Es geht um die Frage, ob er wegen seiner Anstellung als unabhängig im Sinne des BGFA gelten kann. In das Anwaltsregister kann nur eingetragen werden, wer unabhängig ist oder bei jemandem arbeitet, der seinerseits ins Anwaltsregister eingetragen ist. Das Bundesgericht hat entschieden, dass ein Anwalt 50 % als Anwalt tätig und 50 % bei einer Versicherung angestellt sein kann. Nur darf seine Anwaltstätigkeit nichts mit seine Anstellung bei der Versicherung zu tun haben.

(BGFA 8 I lit. d; BGE 130 II 87)

Wann könnte seine Anwaltstätigkeit wohl mit der Versicherung zu tun haben?

KUE: Wenn er als Anwalt Kunden der Versicherung in Versicherungsangelegenheiten vertreten würde.

Was noch?

STU: Unabhängigkeit ist eine der Voraussetzungen, um ins Register eingetragen werden zu können. Wenn der Anwalt in einem Anstellungsverhältnis steht, kann er nicht unabhängig sein, da er Weisungen von oben zu beachten hat.

Schon, aber was für Pflichten hat der Anwalt denn sonst noch, die hier relevant sein könnten?

STU: Meinen Sie persönlichen Voraussetzungen für den Eintrag?

Ja.

STU: Er hat die Pflicht zur Sorgfalt, die Werbung muss objektiv sein, darf nicht im Voraus Vereinbarung über eine Beteiligung am Prozessgewinn treffen, hat eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen, muss Vermögenswerte seiner Klienten getrennt aufbewahren und muss die Klienten über die Rechnungsstellung aufklären. Ferner untersteht er dem Berufsgeheimnis.

(BGFA 12 f.)

Genau, das Berufsgeheimnis. Wie ist dieses in unserem Fall tangiert?

STU: Der Anwalt könnte aufgrund seiner Tätigkeit für die Versicherung Wissen erlangen, dass er dann in seinen eigenen Prozessen gebrauchen könnte. Er würde dann über einen Wissensvorsprung verfügen.

Wie meinen Sie das genau?

STU: Äh..., nein, das wäre wohl eher umgekehrt. Er könnte Wissen aus seinen Prozessen für seine Arbeit bei der Versicherung verwenden.

Was läge in einem solchen Fall vor?

STU: Ein Interessenkonflikt.

Genau. Was muss er sonst noch vorkehren, z.B. betreffend Arbeitsplatz?

STU: Er muss seine Akten getrennt aufbewahren.

Welche Akten getrennt von welchen?

STU: Die Akten seiner Klienten von den Akten aus dem Angestelltenverhältnis. Die Klientenakten dürfen am Arbeitsplatz nicht von Dritten eingesehen werden können.

Richtig. Was verlangt das Bundesgericht deshalb?

KUE: Das der Anwalt seine Klienten nicht an seinem Arbeitsplatz empfängt, sondern in einem eigenen Büro.

### **Zum Strafrecht (Schwarzenegger)**

(Prof. Schwarzenegger (<http://www.rwi.unizh.ch/schwarzenegger>) empfanden wir als sehr angenehm. Es lohnt sich, einige seiner Artikel auf seiner Homepage zu lesen und sich auf Fragen über die Zuständigkeit und internationale Sachverhalte vorzubereiten (StGB 3 ff. und 345 ff.).)

Vorher in der Pause hatten wir eine interessante Diskussion. Ich habe dies jetzt schnell vorbereitet. Wie Sie wohl wissen, bespuckte der Schweizer Fussballer Alex Frei an der Fussball EM in Portugal den englischen Fussballspie-

ler Gerrard. Nehmen wir an, Gerrard verweile ein paar Tage in der Schweiz. Er überlegt sich nun, ob er hier gegen Frei einen Strafantrag stellen soll. Denken Sie, dies ist möglich?

STU: Nun, es stellt sich vorerst die Frage, ob Freis Tat in den Anwendungsbe-  
reich des Schweizer Strafrechts fällt. Dies ist der Fall, wenn ein Anknüpfungspunkt vorliegt. Die Zuständigkeit der Behörden ist dann der zweite Schritt.

Sie sprechen bereits verschiedene Punkte an. Was muss also zuerst geprüft werden?

KUE: Wie bereits gesagt muss man prüfen, ob das Schweizer Strafrecht die Tat überhaupt unter Strafe stellt bzw. Anwendung findet. Dies ist in den ersten Artikeln des Strafgesetzbuches geregelt... die Nummer weiss ich jetzt nicht genau...

Das Strafgesetzbuch enthält Artikel, nicht Nummern...

KUE: Ja, Artikelnummern..., zunächst kann eine Tat nach Schweizer Recht verfolgt werden, wenn entweder der Handlungs- oder der Erfolgsort in der Schweiz liegt, ferner wenn ein Schweizer im Ausland eine nach Strafgesetzbuch strafbare Handlung begeht. In diesem Fall ist jedoch vorausgesetzt, dass das Schweizer Recht die Auslieferung zulässt.

Ja. Das stimmt. Das mit der Auslieferung ist eine interessante Einschränkung...

(StGB 3 ff.)

Wir müssen also zuerst wissen, um was für eine Tat es sich hier handelt. Was meinen Sie?

KUE: Irgendwo zwischen Beschimpfung und Tötlichkeit.

Welche Strafen sind hier angedroht.

KUE: Für die Tötlichkeit Haft oder Busse. Für die Beschimpfung...? Gefängnis...?

STU: Die Tötlichkeit ist eine Übertretung, die Beschimpfung ein Vergehen.

(StGB 126, 177)

Ja, das trifft zu. Ist die Auslieferung zulässig? Dies lässt sich dem IRSG entnehmen, da müssen Sie vermutlich raten. Was meinen Sie?

KUE: Wohl eher nicht...

Ja, das IRSG verlangt mindestens ein Jahr Gefängnis. Die Beschimpfung sieht als Höchststrafe jedoch lediglich drei Monate Gefängnis vor. Welche weiteren Voraussetzungen müssen erfüllt sein?

STU: Die Tat muss sowohl in der Schweiz wie auch am Begehungsort, also in..., in... Portugal strafbar sein.

Richtig. Wie dies in Portugal ist, weiss ich nicht, aber in England wäre Bespucken nicht strafbar.  
Nun zu einem andern Fall: Zwei Gymnasiasten, A und B, sitzen in einem Internet-Café. Theo betritt das Lokal und setzt sich ebenfalls an einen Computer. Er legt ein Sandwich und sein Portemonnaie neben sich auf den Tisch. Kurz darauf geht er raus, um zu telefonieren. Die beiden Gymnasiasten sprechen sich kurz ab: A soll sich so vor den Tisch stellen, dass niemand sehen kann, wie B das Portemonnaie an sich nimmt. Gesagt, getan. Beim Rausgehen nimmt A noch schnell das Sandwich an sich, B sieht dies, sagt aber nichts. Was liegt hier vor?

STU: Ein Aneignungsdelikt.

Wo sind die geregelt? Können Sie mir da eine „Nummer“ nennen?

KUE: In Art. 137 ff. StGB.

Richtig. Und was sind die Voraussetzungen?

KUE: Fremde bewegliche Sache, Aneignung, Bereicherungsabsicht...

Ja, können Sie noch etwas Ordnung in diese Liste bringen?

STU: Gewahrsamsbruch, sofern ein Diebstahl vorliegt.

(StGB 139)

Bereicherungsabsicht, Aneignung, fremde bewegliche Sache, wie nennt man diese Elemente?

STU: Tatbestandselemente.

Welche Arten gibt es?

STU: Objektive und subjektive.

Richtig, und wie ist es in unserem Fall?

STU: Die Bereicherungsabsicht ist subjektives Tatbestandselement, Aneignung, fremde bewegliche Sache und Gewahrsamsbruch sind objektiv.

Die Aneignungsabsicht ist ebenfalls ein subjektives Element.

KUE: Aber sie muss sich doch zumindest objektiv äussern. Dadurch dass sich der Dieb wie ein Eigentümer aufführt...?

Schon, aber der objektive Tatbestand ist mit dem Gewahrsamsbruch erfüllt.

Wenn die beiden nun das Sandwich verzehren, was könnte vorliegen?

STU: Es wäre bei den beiden Gymnasiasten der Tatbestand der Hehlerei zu prüfen.

(StGB 160)

Bei beiden?

STU: Also allenfalls kann nur beim Gymnasiasten, der das Sandwich nicht gestohlen hat, Hehlerei vorliegen, beim anderen eventuell eine mitbestrafte Nachtat?

KUE: Hehlerei liegt nur bei dem vor, der das Sandwich nicht gestohlen hat, beim andern handelt es sich beim Verzehr um eine mitbestrafte Nachtat.

Letzte materielle Frage: Hier sind zwei Personen beteiligt.  
Was für Fragen stellen sich in diesem Zusammenhang?

STU: Es fragt sich, ob Gehilfenschaft oder Mittäterschaft vorliegt. Gehilfenschaft liegt vor, wenn der Tatbeitrag des Gehilfen von untergeordneter Bedeutung ist. Der Mittäter liefert einen wesentlichen Tatbeitrag, sodass die Tat damit steht oder fällt. Hier liegt meines Erachtens Mittäterschaft vor.

KUE: Jedenfalls bezüglich des Portemonnaies, wo die beiden einen gemeinsamen die Tat beschlossen haben. In Bezug auf das Sandwich fehlt ein solcher Tatentschluss, das hat der eine von sich aus noch gemacht.

Könnte der andere Gymnasiast Gehilfe sein?

KUE: Wenn er beispielsweise zustimmend genickt hätte, als er den anderen das Sandwich nehmen sah, dann vielleicht psychische Gehilfenschaft. Jedenfalls hat er keine Pflicht, den andern davon abzuhalten...

(StGB 25)

Richtig.

### **Zum Strafprozessrecht (Schwarzenegger)**

Nun zum Formellen: Wer wäre für die Verfolgung der beiden Gymnasiasten zuständig?

STU: Sofern die beiden Gymnasiasten noch nicht 18 Jahre alt sind, ist das Jugendstrafrecht anzuwenden. Die Untersuchung wäre vom Jugendanwalt zu führen.

Richtig. Wann genau findet das Jugendstrafrecht Anwendung?

STU: Bei jungen Erwachsenen, 18-25, und bei Jugendlichen, 7-18?

Nicht ganz, aber fast...

(StGB 82 ff., 89 ff.; StPO 367 ff.)

Nehmen wir nun an, A wohnt in Bülach und B in Zürich.  
Wer wäre zuständig?

STU: Da es sich um Jugendliche handelt, das jeweilige Bezirksgericht.

Richtig. Wie würde A im Verfahren des B in Zürich einvernommen?

KUE: Es gibt drei Möglichkeiten, wie jemand einvernommen werden kann. Entweder als Zeuge, als Auskunftsperson oder als Angeschuldigter. A würde hier als Auskunftsperson einvernommen.

(StPO 128 ff., 149a f., 150 ff.)

Was ist besonders an der Einvernahme als Auskunftsperson?

KUE: Die Auskunftsperson kann die Aussage ohne Grund verweigern, der Zeuge hingegen kann dies nur unter bestimmten Voraussetzungen tun.

(StPO 149b I)

Genau. Unter welchen Voraussetzungen ist jemand Auskunftsperson?

KUE: Wenn jemand selbst der Tat dringend verdächtig... nein, nicht dringend... nur verdächtig ist. Oder wenn er in einem andern Verfahren Mitbeschuldigter ist.

(StPO 149a)

Wenn nun der eine Täter nicht als Auskunftsperson, sondern als Zeuge befragt würde, was hätte dies für Folgen?

STU: Die Verfahrensrechte dieser Person wären verletzt worden und dadurch gewonnene Beweise wären unbeachtlich. Die Einvernahmen können aber wiederholt werden, diesmal natürlich unter Beachtung der Verfahrensrechte wie z.B. der Hinweis, dass die Aussage verweigert werden kann.

Richtig. Im unserem andern Fall mit dem Fussballer Frei, wer wäre da zuständig.

KUE: Kommt darauf an...

Wer, wenn es sich um eine Beschimpfung handelt?

KUE: Der Kläger selber.

Ganz kurz, dies müssen Sie ja nicht im Detail wissen.  
Aber wie läuft dieses Verfahren in den Grundzügen ab?

KUE: Die Anklage ist vom Ankläger beim Friedensrichter zu erheben. Dann wird vom Bezirksgericht ein Einzelrichter als Untersuchungsrichter ernannt, der die Einvernahme durchführt.

(StPO 286 ff.)

Wie nennt man dieses Verfahren.

STU: Privatstrafklageverfahren.

Genau. Wenn das Gericht nun einen Entscheid fällt, wie könnte dieser Entscheid weitergezogen werden?

STU: Wenn das Gericht in der Sache entschieden hat, so ist die Berufung an das Obergericht gegeben.

(StPO 410 ff.)

Richtig. Und welches wäre die nächste Instanz?

STU: Je nachdem, was gerügt wird, einerseits Nichtigkeitsbeschwerde ans Kassationsgericht, andererseits eine... eine Nichtigkeitsbeschwerde... oder Beschwerde? Im Sinne von Art. 268 BStPO an das Bundesgericht?

Eine Beschwerde an das Bundesgericht? Was meinen Sie?

KUE: Eine Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht.

Genau. Jetzt noch kurz etwas für Ihre Zukunft: Was wird sich bezüglich des Rechtsmittelweges bald ändern?

KUE: Mit der StPO-Revision wird die Nichtigkeitsbeschwerde ans Kassationsgericht nur noch gegen erstinstanzliche Entscheide des Ober- und Geschworenengerichts möglich sein, aber nicht mehr gegen Berufungs- und Rekursentscheide des Obergerichts.

(StPO-Revision, Inkrafttreten am 1. Januar 2005.)

Richtig. Ich denke, das genügt.

(Beratung: Die Kandidaten haben draussen zu warten. 30 lange Minuten.)

(Die Kandidaten werden hereingeholt. Beide Kandidaten haben bestanden.)

(Die Prüfung ist geschlossen.)

i.f.

Viel Glück! ☺