

I N F O I N T E R N E

Informationen, Referate und Aufsätze
aus der Bernischen Justiz

informations, comptes rendus et exposés
se rapportant à la justice bernoise

Herausgegeben vom Bernischen Obergericht unter der Mitarbeit der Generalprokuratur und der Kantonalen Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion

publié par la Cour suprême du canton de Berne avec la collaboration du Procureur général et de la Direction cantonale de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques

Redaktion:

Weiterbildungskommission des Bernischen Obergerichts

(Vorsitz: Oberrichter J. Sollberger; Oberrichterin E. Lüthy-Colomb, Untersuchungsrichterin B. Janggen-Schibli, Oberrichter W. Messerli, Generalprokurator M. Weber, Gerichtspräsident D. Bähler, Kammerschreiber U. Windler; Sekretariat: Ch. Johner, Kanzlei Appellationshof, Tel.: 031/634 72 47)

Rédaction:

Commission pour la formation continue des membres de la Cour suprême du canton de Berne

(Président: J. Sollberger, juge d'appel; E. Lüthy-Colomb, juge d'appel, B. Janggen-Schibli, juge d'instruction, W. Messerli, juge d'appel, M. Weber, Procureur général, D. Bähler, Président du Tribunal, U. Windler, Greffier, Secrétariat: Ch. Johner, chancellerie de la cour d'appel, Tél. 031/634 72 47)

H E F T 10 / W I N T E R 1997

L I V R E 10 / H I V E R 1997

Inhaltsübersicht

Das Jahr X + 1 in der Bernischen Justiz <i>Jürg Sollberger, Oberrichter</i>	3

Justice bernoise, année X + 1 <i>Markus Weber, Generalprokurator und Pascal Flotron, Staatsanwalt</i>	6

Kursprogramm 1998	9

Anmeldung	11

Programme des cours 1998	12

Inscription	14

Hinweise auf "auswärtige" Weiterbildungsveranstaltungen	15

Neues aus der Rechtsprechung <i>Renate Binggeli, Generalprokurator-Stellvertreterin</i>	16

Vergleichsverhandlungen <i>Hans Jürg Naegeli, Obergerichtspräsident und Vizepräsident des Handelsgerichts</i>	56

Indexierte Renten im Rechtsöffnungsverfahren <i>Urs Möckli, Kammerschreiber</i>	64

Verzeichnis der bisher im Infointerne erschienenen Referate und Aufsätze	70

Das Jahr X + 1 in der Bernischen Justiz

Obwohl der Tag X für die Bernische Justizreorganisation erst gute 11 Monate zurückliegt, will es mir gelegentlich scheinen, als ob die alten Geschworen- und die Amtsgerichte letztmals vor Jahren getagt hätten. Dass eben erst noch vier Laienrichter zusammen mit der Präsidentin oder dem Präsidenten des Zivilamtsgerichts Scheidungskonventionen erarbeitet haben, ist beinahe schon Geschichte ebenso wie der Umstand, dass die seinerzeitigen Strafamtsgerichte "nur" Strafen bis zu 5 Jahren Freiheitsentzug aussprechen durften. Dass die Reform in Tat und Wahrheit jedoch wirklich erst auf den 1. Januar dieses Jahres in Kraft getreten ist, wird dann aber in der täglichen Arbeit deutlich, so etwa, wenn oberinstanzlich ein Urteil in einem Verfahren zu überprüfen ist, das seinerzeit noch an ein Strafamtsgericht überwiesen worden ist, oder wenn Voruntersuchungen zum Abschluss kommen, deren Eröffnung noch von einem Gerichtspräsidenten oder einer Gerichtspräsidentin in seiner bzw. ihrer Funktion als Untersuchungsrichter oder Untersuchungsrichterin beschlossen worden war. Mit diesen Hinweisen sind wir nun mitten in der Problematik des Uebergangsrechtes. Die Frage welches Recht anwendbar sei, wurde zwar weitsichtig in Uebergangsbestimmungen geregelt, aber die Lebensrealität bietet Probleme, an die man einfach nicht denken konnte. Kurzum, wir befinden uns in diesen ersten Monaten nach der Reform in einer höchst interessanten aber auch ausgesprochen anspruchsvollen Phase. Viele Fragen, und nicht nur solche aus dem Bereich des Uebergangsrechts, tauchen auf, wenige sind heute bereits abschliessend beantwortbar.

Offen ist gegenwärtig etwa die Antwort auf die Frage, wie häufig die Parteien im Zivilprozess von der Möglichkeit der Prorogation an den Appellationshof Gebrauch machen werden.

Werden tatsächlich alle Urteile der Kreisgerichte aus dem Bereich der Schwerstdelikte an die Strafkammern weitergezogen und wie steht es mit der Ausschöpfung der Spruchkompetenz durch die Gerichtspräsidentinnen und Gerichtspräsidenten in ihrer Funktion als Strafeinzelrichterinnen und -richter. Neben diesen in erster Linie für die Organisation der Gerichtskreise und des Obergerichts bedeutungsvollen Fragen stellen sich Probleme, deren Lösung für den Bereich der Rechtsanwendung in unserem Kanton weitreichende Folgen haben wird. So wird sich beispielsweise durch Entscheidungen der zuständigen Instanzen eine Praxis bilden müssen zur Umsetzung von Art. 4 StrV. Wann ist eine Tat derart beschaffen, dass sie für die Gesamtstrafe oder Massnahme eben nicht beträchtlich ins Gewicht fällt. Ist dies nur dann der Fall, wenn

ein Räuber mit einem entwendeten Velo ohne Licht auf seinem Fluchtweg vergisst, bei der Abzweigung in eine Nebenstrasse ein Handzeichen zu geben, oder wenn der Taschendieb das mit einem Metallverschluss versehene behändigte fremde Portemonnaie in die Emme wirft. Oder ist es denkbar, dass bei einem Serientäter bloss die wesentlichen Fälle angegangen, untersucht, überwiesen und beurteilt werden, ohne dass in jedem verworrenen Einzelfall Unmengen von Beweismassnahmen getroffen werden müssen, um dann dem urteilenden Gericht die Möglichkeit zu bieten, wirklich aus Ueberzeugung freisprechen zu können.

Oder wie ist die, in unserem Verfahren einzigartige Mischung von Aktenprozess und Unmittelbarkeitsprinzip umzusetzen. Das Gericht fällt zwar nach den Bestimmungen des neuen Gesetzes sein Urteil gestützt auf die in der Hauptverhandlung und aus dem Studium der Akten gewonnenen Ueberzeugung. Aber gleichzeitig hält das neue Verfahrensrecht auch fest, dass das Gericht diejenigen Beweismassnahmen zu treffen hat, die für die Entscheidung im Schuld- oder Sanktionenpunkt von erheblicher Bedeutung sind, mithin auch Zeugen anhören muss, die bereits in der Voruntersuchung befragt worden sind, sofern deren Aussagen für die Entscheidungsfindung des Gerichts eine gewisse Gewichtung haben könnten, und bei welchen Aussagen wäre das schon nicht der Fall. Bedeutet diese Mischung von Bestimmungen aus dem Bereich des Unmittelbarkeitsprinzips und solchen aus dem Bereich des Aktenprozesses tatsächlich, dass gegenüber früher der Unterschied einzig darin liegt, dass die Kreisrichterinnen und Kreisrichter vorgängig die Akten zu studieren haben. Erste Einsichtnahmen in Akten und Protokolle der Kreisgerichte lassen den vorläufigen Schluss zu, dem könnte tatsächlich so sein. Diese zwei zufällig ausgewählten Fragen zur Umsetzung des Strafprozessrechtes stehen für zahlreiche weitere aus allen möglichen Bereichen. Es vergeht kaum ein Tag, an welchem die Anklagekammer sich nicht um die Interpretation einer Bestimmung aus dem Strafverfahren kümmern muss, die Haftgerichte betreten wohl allwöchentlich in irgendeinem Fall Neuland, und die erstinstanzlichen Gerichte, die sich nun mit allen denkbaren Fragen aus dem weiten Feld des Zivilrechts und mit Streitwerten weit im Bereich von Millionen befassen müssen, werden wohl vor lauter Fachbüchern, die studiert werden sollten, die Akten kaum mehr finden.

Wie wohl fast keine andere bernische Juristengeneration in diesem Jahrhundert, sieht man einmal von derjenigen ab, die das revidierte Strafverfahren von 1928 oder das Schweizerische StGB von 1937 in die Praxis umzusetzen hatte, sind wir gefordert. Aber das macht unsere Arbeit anspruchsvoll und höchst interessant.

Äusserungen von Kolleginnen und Kollegen über die ersten Erfahrungen mit der neuen Organisation und den neuen Verfahren sind denn auch nicht etwa geprägt von Unmut oder Aerger, sondern zeugen viel eher von Interesse und Engagement. In der Tat bietet sich uns die Möglichkeit, Entscheidungen zu erarbeiten in Rechtsfragen, die noch nicht durch zahlreiche Publikationen bis zur absoluten Kahlheit des Problemfeldes abgeackert worden sind. Und das ist für uns Rechtsanwender eine durchwegs positive Perspektive.

In diesem Umfeld hat die Aus- und Weiterbildung einen unverändert hohen Stellenwert. Aus den vorgelegten Aktionsprogrammen der Arbeitsgruppen in den Regionen kann entnommen werden, dass auf allen Stufen die anstehenden Probleme mit Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern diskutiert und bewältigt werden. Die Kreisrichterinnen und Kreisrichter werden intensiv mit den materiellrechtlichen Vorgaben konfrontiert, die sie in ihren Urteilen umzusetzen haben und noch haben werden. Die juristischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf den Zivilrichterämtern, denen ja wohl gerade im Zusammenhange mit den vielfältigen Aufgaben ihrer Vorgesetzten ein gerüttelt Mass an Problembewältigung im formellen und materiellen Bereich wartet, erhalten, sofern erforderlich, gar professorale Unterstützung in speziell organisierten Fachtagungen. Bedeutungsvoll dürften in diesem Zusammenhang auch diejenigen Publikationen werden, die von Anwendern selbst erarbeitet worden sind, und darum ist aus der Redaktionsstube der Weiterbildungskommission für Beginn des nächsten Jahres eine weitere Ausgabe der Aufsätze zum neuen bernischen Strafverfahren zu erwarten. Aber auch die Aufsätze in dieser zehnten Ausgabe unseres Infointerne sind nicht einfach dazu da, damit die Redaktion wieder ein volles Heft präsentieren und den Editions-auftrag als erfüllt vermelden kann. Vielmehr geht es auch hier um Wissensvermittlung und Weitergabe von Informationen und Erfahrungen. Es bleibt zu hoffen, dass uns allen trotz vollen Tagespensen die Zeit und Musse bleibt, die vorgelegten Aufsätze auch lesen und verarbeiten zu können.

Jürg Sollberger, Oberrichter

Justice bernoise, année X + 1

Le jour X de la réorganisation est éloigné de seulement 11 mois et pourtant il semble qu'il y a des années déjà que les Cours d'Assises et les anciens tribunaux de district ont tenu leurs dernières audiences. Le fait que 4 juges de districts se penchaient sur des conventions de divorce et en discutaient avec le président ou la présidente du tribunal, le fait que les tribunaux de district ne pouvaient prononcer de peines excédant 5 ans, tout cela aussi semble vraiment appartenir depuis belle lurette à l'histoire, pour ne pas dire la préhistoire. Et pourtant, la réforme déploie ses effets depuis le 1^{er} janvier 1997 seulement ; on s'en rend compte journalièrement en seconde instance lorsqu'il s'agit de traiter de jugements encore rendus par l'un ou l'autre tribunal de district ou d'une instruction qui avait été ouverte en son temps par une présidente ou un président de tribunal fonctionnant aussi comme juge d'instruction. Bref, nous sommes en pleine période de transition. Les lois nouvelles contiennent certes de nombreuses dispositions transitoires permettant de définir quel droit s'appliquera à quelle situation et pourtant la réalité de tous les jours amène son lot de problèmes auxquels le législateur n'avait pas pensé. Ces premiers mois d'après-réforme sont par conséquent très intéressants et exigeants. De nombreuses questions ne trouvent pas (encore) de réponses définitives. Par exemple, on ne sait pas à l'heure actuelle si les parties au procès civil feront souvent usage de la possibilité de transmettre une affaire à la Cour d'appel.

On ne sait pas non plus si tous les jugements rendus par les tribunaux d'arrondissement et touchant des crimes graves feront souvent l'objet d'appel et on ne peut pas encore apprécier la manière dont les présidentes et présidents useront de leurs compétences accrues de juge unique en matière pénale. Parallèlement à ces importantes questions touchant l'organisation des tribunaux de première et seconde instance, d'autres problèmes se posent, problèmes dont les solutions auront des répercussions importantes sur l'application du droit dans notre canton. Ainsi une jurisrudence devra s'installer au sujet de l'article 4 cpp . Quand peut-on admettre qu'un acte est si peu important qu'il n'aura pas d'effet sur la peine ou la mesure ? Est-ce véritablement le cas uniquement lorsqu'un brigand quitte les lieux du crime sur un vélo volé pour la circonstance et qu'il oblique à droite sans tendre le bras ? Ou lorsque le voleur à la roulotte jette dans la Suze le portemonnaie subtilisé et bloqué par une fermeture métallique ? Face à une série d'infractions commises par le prévenu X, serait-il pensable que l'on instruisse, renvoie et juge seulement les affaires les plus importantes et que l'on ne s'occupe pas des affaires bagatelles, évitant ainsi

que dans chaque cas l'on procède à un examen circonstancié des preuves qui amènerait le tribunal à acquitter parfois.

Autre complexe de questions : comment la pratique va-t-elle gérer ce mélange, unique en son genre, entre «immédiateté des débats» et «procès sur la base du dossier » ?

Le nouveau code exige certes que le tribunal base son jugement d'après sa conviction acquise à la fois au cours des débats et par l'étude du dossier. Mais le nouveau code précise aussi que les moyens de preuve pouvant avoir une influence considérable sur le verdict et la sanction seront administrés ; donc que tous les témoins entendus au cours de l'instruction et dont les déclarations sont importantes pour l'élaboration du jugement devront être réentendus... or quelles déclarations ne sont pas importantes ? Est-ce que ce mélange se résume uniquement au fait que les juges d'arrondissement ont dû étudier le dossier avant l'audience ? Les premières constatations faites sur la base des dossiers et des procès-verbaux des audiences des divers tribunaux d'arrondissement semblent indiquer que tel est effectivement le cas. Les questions soulevées ici ne représentent qu'une partie de l'ensemble des demandes et interrogations de toutes sortes découlant de la réforme judiciaire. Il ne se passe pas un jour ou une semaine sans que la chambre d'accusation ne soit confrontée à un problème d'interprétation d'article de loi et que les juges de l'arrestation ne doivent pénétrer en « terres inconnues ». Les tribunaux civils de première instance qui doivent désormais traiter d'affaires de tous genres, portant parfois sur des millions de francs, sont eux aussi confronté à des problèmes nouveaux, appelant l'étude de livres et revues spécialisés qui envahissent tables et bureaux... on ne sait plus où poser les dossiers.

Tout comme celles de nos prédécesseurs de 1928 (révision du code de procédure pénale) et de 1937 (code pénal suisse), notre génération doit faire face à ce formidable défi qu'implique la mise en pratique des nouvelles structures et nouveaux codes. C'est-là ce qui rend notre travail particulièrement intéressant.

Lorsqu'on leur demande leur avis, les collègues, sur la base de leurs premières expériences, expriment un intérêt et un engagement qu'il convient de saluer. En effet, la période actuelle nous permet de nous pencher sur des questions juridiques nouvelles, où la doctrine et la jurisprudence n'ont pas encore figé les solutions. Ceci est réjouissant en cette époque caractérisée par l'introspection poussée à un tel point que l'on a l'impression que chaque parcelle du droit à été étudiée, analysée et finalement bloquée par les publications y afférentes.

La formation continue et le perfectionnement jouent un rôle très important dans ces perspectives et les programmes mis en place par les groupes de travail régionaux montrent combien les collaboratrices et collaborateurs s'engagent dans la maîtrise de ces problèmes. Les juges d'arrondissement se penchent sur les matières qu'ils devront traiter au cours des procédures. Dans les tribunaux civils, les collaboratrices et collaborateurs à formation juridique reçoivent un soutien par des cours de niveau universitaire ou presque car ils participent intensivement à la gestion et au traitement des nombreuses questions complexes que les présidentes et présidents doivent trancher. Les recherches et autres travaux rédigés par les praticiens sont aussi un précieux auxiliaire et la commission pour le perfectionnement envisage de publier, au début de l'année prochaine, un nouveau recueil de textes sur le nouveau code de procédure pénal.

Les textes publiés dans le présent 10^{ème} numéro d' INFOINTERN ne sont pas destinés à remplir un cahier et donner bonne conscience aux rédacteurs, bien au contraire ils participent à cette grande réflexion en présentant connaissances et expériences à nos lecteurs. Il ne reste qu'à espérer que, malgré nos agendas surchargés et la course sans fin du temps, nous trouverons les moments pour les apprécier.

Markus Weber, Generalprokurator und Pascal Flotron, Staatsanwalt

Kursprogramm 1998

- Kurs 1:** *Vom Umgang mit dem Opfer missbrauchte Kinder und Frauen im Strafprozess*
 Kursleitung: Prof. Dittmann, GenProk Weber, OR Sollberger
 Dauer: 1 Tag
 Kursart: Rollenspiel, Kurzreferate, Film und Diskussion
 Termin: Dienstag, 24. März 1998, 09.00 bis 16.00 Uhr
 Kursort: Bern, Amthaus Assisensaal
- Kurs 2:** *Säumnis - Richterpflicht*
 Referenten: Fürsprecher Dr. Brönnimann, GP Hug
 Dauer: 1/2 Tag
 Kursart: Referate und Fallbearbeitung
 Termin: Dienstag, 26. Mai 1998, 13.30 - 17.00 Uhr
 Kursort: Bern, Amthaus Assisensaal
- Kurs 3:** *Delikte im Betreibungs- und Konkursverfahren*
 Spezialkurs für Mitarbeiter der Konkurs- und Betreibungsämter sowie der UR
 Kursleitung: GenProk Weber, OR Hofer
 Dauer: 1 Tag
 Kursart: Referate und Fallbearbeitung
 Termin: Donnerstag, 11. Juni 1998, 09.00 - 16.00 Uhr
 Kursort: Bern, Amthaus TP 18/19
- Kurs 4:** *Probleme des Straf- und Massnahmenvollzugs*
 Zusammenarbeit mit der Strafjustiz
 Kursleitung: Prof. A. Baechtold, Fürsprecher M. Kraemer, GenProk Weber, OR Sollberger
 Dauer: 1/2 Tag
 Kursart: Referate und Diskussionen
 Termin: Donnerstag, 17. September 1998, 13.30 - 17.00 Uhr
 Kursort: Bern, Amthaus, TP 18/19

Kurs 5: *Vom Umgang mit dem Opfer
missbrauchte Kinder und Frauen im Strafprozess*

Wiederholung von Kurs 1

Kursleitung: Prof. Dittmann, GenProk Weber, OR Sollberger
Dauer: 1 Tag
Kursart: Rollenspiel, Kurzreferate, Film und Diskussion
Termin: Mittwoch, 11. November 1998, 09.00 bis 16.00 Uhr
Kursort: Bern, Amthaus Assisensaal

Kurs 6: *Das neue Bernische Strafverfahren in der Praxis*

Referenten: Aus dem Kreis der Anklagekammer, der Staatsanwaltschaft und
der Haftgerichte
Dauer: 1/2 Tag
Termin: Mittwoch, 25. November 1998, 13.30 - 17.00 Uhr
Kursort: Bern, Amthaus Assisensaal

**Erfolgte Anmeldungen gelten als angenommen, sofern nicht ausdrücklich durch
das Sekretariat der Weiterbildungskommission eine ausdrückliche Absage
(wegen zu grosser Zahl der Angemeldeten oder wegen Kursabsage) erfolgt.**

Programme des cours 1998

- Cours 1:** **Comportement avec la victime**
Enfants et femmes victimes d'abus et procédure pénale
- Direction du cours: M. le Professeur Dr Dittmann, M. le Procureur général Weber et
M. le Juge d'appel Sollberger
- Durée: 1 jour
- Forme: jeu de rôle, brèves conférences, film et discussion
- Date: mardi 24 mars 1998 (de 09.00 heures à 16.00 heures)
- Lieu: Amthaus Berne, Salle des assises
-
- Cours 2:** **Défaillance - Devoir du juge**
- Conférenciers: Me Dr. Brönnimann et M. le Président du tribunal Hug
- Durée: 1/2 jour
- Forme: conférences et discussion de cas
- Date: mardi 26 mai 1998 (de 13.30 heures à 17.00 heures)
- Lieu: Amthaus Berne, Salle des assises
-
- Cours 3:** **Les délits en matière de poursuite pour dettes et faillite**
cours spécialement destiné aux employés des offices des
poursuites et des faillites et aux juges d'instruction
- Direction du cours: M. le Procureur général Weber et M. le Juge d'appel Hofer
- Durée: 1 jour
- Forme: conférences et discussion de cas
- Date: jeudi 11 juin 1998 (de 09.00 heures à 16.00 heures)
- Lieu: Amthaus Berne, TP 18/19
-
- Cours 4:** **Problèmes liés à l'exécution des peines et mesures**
collaboration avec la justice pénale
- Direction du cours: M. le Professeur A. Baechtold, Me Kraemer, M. le Procureur
général Weber et M. le Juge d'appel Sollberger
- Durée: 1/2 jour
- Forme: conférences et discussions
- Date: jeudi 17 septembre 1998 (de 13.30 heures à 17.00 heures)
- Lieu: Amthaus Berne, TP 18/19

Cours 5: **Comportement avec la victime**
Enfants et femmes victimes d'abus et procédure pénale

répétition du cours no 1

Direction du cours: M. le Professeur Dr Dittmann, M. le Procureur général Weber et
M. le Juge d'appel Sollberger

Durée: 1 jour

Forme: jeu de rôle, brèves conférences, film et discussion

Date: mercredi 11 novembre 1998 (de 09.00 heures à 16.00 heures)

Lieu: Amthaus Berne, Salle des assises

Cours 6: **La nouvelle procédure pénale en pratique**

Conférenciers: Membres de la Chambre d'accusation, du Ministère public et
des juges de l'arrestation

Durée: 1/2 jour

Date: mercredi 25 novembre 1998 (de 13.30 heures à 17.00 heures)

Lieu: Amthaus Berne, Salle des assises

Si aucune communication particulière d'annulation (en raison du nombre trop important de participants ou de la suppression du cours) n'est faite par le secrétariat de la Commission pour la formation continue, les inscriptions reçues sont considérées comme acceptées.

Inscription:

Veillez svpl envoyer votre inscription à temps.



Je participerai au cours suivant en 1998 (possibilité de s'inscrire à plusieurs cours):

- Cours 1
- Cours 2
- Cours 3
- Cours 4
- Cours 5
- Cours 6

Au cas où mon inscription au cours désiré ne peut être prise en considération, je souhaite prendre part au cours suivant:

Autre alternative: Cours N° _____
Cours N° _____

Je propose que les thèmes suivants soient traités dans le cadre de la formation continue:

Nom: _____ Prénom: _____

Fonction: _____ Lieu: _____

A RENVoyer JUSQU'AU 31 JANVIER 1998:

Cour suprême du canton de Berne
Commission pour la formation continue
Hochschulstrasse 17
3012 Berne

Hinweise auf "auswärtige" Weiterbildungsveranstaltungen

1998 und folgende Jahre (soweit heute bereits bekannt)

Interessenten mögen sich die entsprechenden Daten rechtzeitig in der Planung für die kommenden Monate vormerken.

Die Teilnahme an den nachstehend aufgeführten Kursen gilt für Mitglieder des Obergerichts, Richterinnen und Richter der ersten Instanz, Mitglieder der Staatsanwaltschaft, Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter, Jugendgerichtspräsidentinnen und -präsidenten sowie Kammerschreiberinnen und Kammerschreiber als grundsätzlich bewilligt. Die Weiterbildungskommission muss sich aber bei zu grosser Nachfrage verhältnismässige Kürzungen vorbehalten.

1. Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft

Jahrestagung 1998: 14./15. Mai 1998 in Zurzach

2. Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Arbeitstagung 1998: 11. - 13. März 1998 in Interlaken
Thema: Jugend und Strafrecht

3. Stiftung für die Weiterbildung Schweizerischer Richter

Die Veranstaltungen der Stiftung werden wie üblich in Gerzensee durchgeführt.

Bankgeschäfte II: Oktober 1998

Strafzumessung: 19./20. März 1998

4. Schweizerischer Juristenverein

Die Jahrestagung findet am 25./26. September 1998 statt und ist zum Anlass des Jubiläumsjahres dem Thema "Ziele und Aufgaben der Eidgenossenschaft" gewidmet.

5. Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich

24. Januar 1998, Internet - technische Möglichkeiten und strafrechtliche Aspekte

17. März 1998, Zusammenarbeit von Bund und Kantonen in Fällen von Bundesgerichtsbarkeit und im Bereich der Drogenkriminalität (Wiederholung: 20. März 1998)

3. April 1998, das revidierte SchKG und seine Auswirkung auf die Strafverfolgung (Wiederholung: 17. April 1998)

5. Mai 1998, der plötzliche Säuglingstod (Wiederholung: 8. Mai 1998)

November 97

NEUES AUS DER RECHTSPRECHUNG

(Zusammenstellung von stv. Generalprokuratorin Renate Binggeli
und Rechtskandidatin lic.iur. Sabine Scherrer)

Inhaltsübersicht**A. Bundesgericht**

1. Betrug (besondere Machenschaften), Arglist	17
2. Sachverhalts- und Verbotsirrtum sowie Art. 32 StGB	18
3. Geringer Vermögenswert (Art. 172 ^{ter} StGB)	20
4. Anstaltentreffen zu Betäubungsmittelhandel	21
5. Zur Bedeutung von Parteigutachten	22
6. Geschädigter im Sinne des Prozessrechts	23
7. Haftentlassung, persönliche Freiheit, Art. 4 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK	24

B. Strafkammern

1. Praxisänderung zu Art. 91 Abs. 3 SVG, Vereitelung einer Blutprobe, mit deren Anordnung "zu rechnen" war	26
2. Praxisänderung zur Legitimation der Privatklägerschaft	31
3. Verletzung des Amtsgeheimnisses	31
4. Amtsmissbrauch	34
5. Doppelselbstmord, Strafloße Beihilfe zum Selbstmord	37
6. Versuchte vorsätzliche Tötung	39
7. Veruntreuung	41
8. Diebstahl und Urkundenfälschung	43
9. Raufhandel	45
10. Gewerbsmässigkeit bei Widerhandlungen gegen das BetmG	46
11. Grobe Verkehrsregelverletzung durch Langsamfahren	46
12. Teilnahme an/Vermittlung einer verbotenen Lotterie im Schneeballsystem	47
13. Landesverweisung	48
14. Landesverweisung	50
15. Nochmals Landesverweisung	51
16. Zustellung eines Strafmandates an die Witwe	52
17. Prozessgrundsatz der Unmittelbarkeit, Art. 245 aStrV, Art. 4 BV	

und Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK

53

A. BUNDESGERICHT

1. **Betrug (besondere Machenschaften), Arglist, Kassationshof des Bundesgerichts vom 16. April 1997 i.S. R. L. L. (Nr. 6.S.446/1996)**

Das WSG hatte L. im Zusammenhang mit dem Anklagesachverhalt J. B. und P. der Urkundenfälschung schuldig erklärt und zugleich vom versuchten und vollendeten gewerbmässigen Betrug freigesprochen mit der Begründung, dass keine Arglist gegeben sei, weil eine Einlösung nur denkbar gewesen wäre, wenn die Banken elementare Vorsichtsmassnahmen missachtet und grobfahrlässig ausgezahlt hätten.

Das Bundesgericht stellte auf Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft hin fest, dass diese Beurteilung Bundesrecht verletzt, weil die Vorinstanz im wesentlichen auf die Opfermitverantwortung, statt auf die Täuschungshandlung abstelle. Die Vorinstanz nehme zwar gestützt auf BGE 119 IV 28 zu Recht an, Banken sei eine höhere Vorsicht zumutbar, sie verkenne aber die Grundaussage dieses Entscheids. Jener Täter sei nämlich mit unwahren Behauptungen vorgegangen, die nicht von einer besonderen Hinterhältigkeit zeugten und nicht derart raffiniert aufeinander abgestimmt gewesen seien, dass sich auch das kritische Opfer hätte täuschen lassen.

Vorliegend bestehe eine andere Ausgangslage:

“Die Vorinstanz spricht den Beschwerdegegner in beiden Fällen der Urkundenfälschung schuldig und qualifiziert die Inszenierungen eindeutig und zu Recht als besondere Machenschaft und im übrigen auch als Lügengebäude. Diese richtige Qualifikation wird durch das Scheitern des Delikts infolge der Sorgfalt der Banken nicht aufgehoben. Die Verwendung gefälschter Urkunden gilt in der Regel als besondere Machenschaft; wie ausgeführt, kommt es in solchen Fällen für die Annahme einer Arglist auf eine Überprüfbarkeit grundsätzlich nicht an.” ...

“In der Regel werden Gesichtspunkte der Opfermitverantwortung in den Fällen der Verwendung falscher oder widerrechtlich erlangter Urkunden wegen der höheren Urkundenwirkung in den Hintergrund treten, weil hier das objektive Element

überwiegt und auf Urkunden vertraut werden darf (Ausnahmen könnten augenscheinliche Fälschungen bilden). Urkunden sind bestimmt und geeignet, Tatsachen von rechtlicher Bedeutung zu beweisen (Art. 110 Ziff. 5 StGB). Dieses wesentliche Kriterium fehlt bei nur lügnerischen Behauptungen wie etwa in BGE 119 IV 28 E. 3d." ...

“Dennoch werden die Banken im eigenen Interesse und aus Rechtsgründen (wie dem Checkrecht und der Bankengesetzgebung) die vorgelegten (falschen) Urkunden mit der gebotenen Vorsicht prüfen. Wird die strafbare Tätigkeit zu Ende geführt, tritt nun aber trotz der Machenschaften wegen der Sorgfalt des Opfers der zur Vollendung des Verbrechens oder des Vergehens gehörende Erfolg nicht ein, so ist der Täter eben wegen vollendeten Versuchs strafbar (Art. 22 Abs. 1 StGB).

2. Sachverhalts- und Verbotsirrtum sowie Art. 32 StGB, Kassationshof des Bundesgerichts vom 25. April 1997 i.S. V. g. T. gegen B. G. (Nr. 6S.768/1996)

B. G., verfasste eine Pressemitteilung, die auf am 10. März 1995 erfolgte "Stinkanschläge" auf Fleischauslagen in zwei Migros-Filialen in B. Bezug nahm. Darin hielt er fest, dass sich der V. g. T. zu diesen Anschlägen bekenne. Dies entsprach jedoch nicht den Tatsachen. Die Stinkanschläge waren von der T. vorgenommen worden.

Am 8. März 1995 hatte der V. g. T. an verschiedene Geschäfte zuhanden der Presse einen Fax versandt, der sich zu Sabotageakten in der Migros durch den V. g. T. äusserte. Der Briefkopf dieses Faxes hatte "V. g. T., Dr. E. K., Präsident" gelautet. Am 10. März 1995 versandte Dr. E. K. wiederum an mehrere Geschäfte einen Fax zuhanden der Presse mit dem Briefkopf "Dr. E. K.", der besagte, dass die T. ihm zuhanden der Presse mitgeteilt habe, sie hätte heute, am 10. März 1995, die besagten "Stinkanschläge" unter anderem auf die Migros-Filialen in B. vorgenommen. Dr. E. K. äusserte sich im Anschluss im Fax weiter zu Belangen des V. g. T.. B. G. hatte aufgrund der Briefköpfe der Faxe angenommen, dass sich der V. g. T. zu den Anschlägen bekenne. Der V. g. T. reichte Strafklage ein wegen Amtsmissbrauchs und Verleumdung, ev. übler Nachrede. Die Untersuchung gegen B. G. wurde jedoch in der Folge aufgehoben. Den darauf vom V. g.

T. erhobenen Rekurs wies die Anklagekammer des Obergerichts ab, worauf der V. g. T. eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erhob.

Der Kassationshof prüfte die Frage, ob die Vorinstanz - wie der Beschwerdeführer sinngemäss geltend machte - Bundesrecht verletzt habe, indem B. G. einen den Vorsatz ausschliessenden Sachverhaltsirrtum (Art. 19 StGB) zubilligte und den Fall nicht nach den Regeln über den Entlastungsbeweis gemäss Art. 173 Ziff. 1 StGB behandelte. Die Anklagekammer war zum Schluss gekommen, dass B. G. irrtümlich vom Vorliegen einer unrechtausschliessenden Sachlage ausgegangen sei, was als Sachverhaltsirrtum i.S. von Art. 19 Abs. 1 StGB zu qualifizieren sei. Er habe somit einerseits davon ausgehen können, dass seine Äusserungen, da sie nach seinen Vorstellungen i.S. von Art 173 Ziff. 2 StGB der Wahrheit entsprachen, nicht strafbar seien, andererseits habe er auch in der irrtümlichen Annahme des Vorliegens der tatsächlichen Voraussetzung eines Rechtfertigungsgrundes gemäss Art. 32 StGB gehandelt.

Diesen Überlegungen konnte der Kassationshof des Bundesgerichts nicht folgen, obwohl er den Entscheid im Ergebnis als richtig erachtete. Die irrtümliche Annahme von B. G., dass sich der V. g. T. zu den Anschlügen bekannt habe, sei entgegen der Vorinstanz weder in Bezug auf Art. 173 Ziff. 2 StGB noch im Zusammenhang mit Art. 32 StGB als Sachverhaltsirrtum i.S.v. Art. 19 StGB relevant. Der Irrtum des Täters über die Wahrheit seiner ehrverletzenden Äusserung sei in Art. 173 Ziff. 2 zweiter Satzteil StGB speziell geregelt. Nur ein auf ernsthaften Gründen beruhender Irrtum sei danach erheblich. Aus dieser speziellen Regelung ergebe sich, dass der Irrtum des Täters über die Wahrheit der Äusserung allein nicht in Anwendung von Art. 19 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 173 Ziff. 2 StGB erster Satzteil zur Straflosigkeit führen könne. Sonst würden die Bestimmungen über den Gutgläubensbeweis einschliesslich der Umkehrung der Beweislast und über die Zulassung zum Gutgläubensbeweis (Art. 173 Ziff. 3 StGB) überflüssig.

Die irrtümliche Annahme von B. G. sei auch kein Sachverhaltsirrtum über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes der Amtspflicht gemäss Art. 32 StGB. Dies wäre nur der Fall, wenn die ehrverletzende Äusserung eines Beamten allein und gerade deshalb durch die Amtspflicht gerechtfertigt wäre, weil sie wahr ist. Dies treffe jedoch nicht zu. Auch eine wahre ehrverletzende Äusserung eines Beamten könne als üble Nachrede strafbar sein,

wenn sie beispielsweise eindeutig über das Notwendige hinausgehe, nicht sachbezogen oder unnötig verletzend sei. Dies sei jedoch in casu nicht der Fall.

Nach Rechtsprechung und Lehre hätten die Rechtfertigungsgründe des AT des StGB, so der Rechtfertigungsgrund der Amts- und Berufspflicht, Vorrang vor dem Entlastungsbeweis i.S.v. Art. 173 Ziff. 2 StGB. Dass die ehrverletzende Äusserung unwahr sei und der Beamte dies bei der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt hätte erkennen können, schliesse die Anwendung von Art. 32 StGB nicht aus. Wer verpflichtet sei, zu äussern, was er für wahr hält, unterscheide sich wesentlich von demjenigen, welchem es freistehe, ob er sich äussern wolle oder nicht (Corboz, La diffamation, SJ 1992 p. 629 ss, 648). Daher rechtfertige es sich, auf den zur Äusserung Verpflichteten unter den genannten Voraussetzungen Art. 32 StGB anzuwenden und ihn von der Last des Gutglaubensbeweises i.S.v. Art. 173 Ziff. 2 StGB zu befreien.

3. Art. 172^{ter} StGB, geringer Vermögenswert, Kassationshof des Bundesgerichts vom 2. Oktober 1997, aus NZZ Nr. 229 vom 3. Oktober 1997

Ein Taschendieb, der bereit ist, das zu nehmen, was er in der gestohlenen Tasche vorfindet, hat mangels Vorsatzes auf ein nur geringfügiges Vermögensdelikt keinen Anspruch auf die Strafprivilegierung von Art. 172^{ter} StGB. War der Vorsatz des Täters auf eine den Grenzwert von Fr. 300.- übersteigende Summe gerichtet, so kommt Art. 172^{ter} StGB nicht zur Anwendung, selbst wenn die Beute, wie im vorliegenden Fall mit Fr. 170.-, unter dem Wert von Fr. 300.- bleibt. Eventualvorsatz genügt.

Der Entscheid stellt klar, dass beim Taschendiebstahl die Anwendbarkeit von Art. 172^{ter} StGB von den konkreten Umständen abhängig ist. Wenn beispielsweise der Täter beobachtet, wie ein Dritter dem Opfer eine Hundertfrankennote übergibt, und der Täter dem Opfer anschliessend diese Note aus der Tasche zieht, richtet sich der Vorsatz bloss auf einen geringen Vermögenswert. Hingegen hat der Taschendieb, der bereit ist, das zu nehmen, was ihm in die Hände gerät, mangels Vorsatzes auf ein nur geringfügiges Vermögensdelikt keinen Anspruch auf die Strafprivilegierung von Art. 172^{ter} StGB. Es genügt Eventualvorsatz, das heisst, dass der Täter eine vorausgesehene mögliche Beute über Fr. 300.- in Kauf nimmt, falls sie ihm in die Hände fallen sollte.

**4. Anstaltentreffen zu Betäubungsmittelhandel, Kassationshof des Bundesgerichts vom 9. Juni 1997 i.S. R. Z.
(Nr. 6S.241/1997)**

Für den Sachverhalt siehe "Neues aus der Rechtsprechung der Strafkammern" vom Mai 1997, S. 11f.

Die 2. Strafkammer war zum Ergebnis gekommen, der Beschwerdeführer sei während mehr als zwei Wochen intensiv damit beschäftigt gewesen, dem Wunsch des Auftraggebers gemäss 10'000 Ecstasy-Tabletten zu organisieren bzw. bei verschiedenen Personen entsprechende Offerten einzuholen. Dabei sei es um das Abwickeln eines konkreten Geschäfts gegangen; Z. Wille, für seinen Auftraggeber 10'000 Tabletten Ecstasy zu erwerben, habe sich klar daraus ergeben, dass über Preise, Mengen, verschiedene Qualitäten von Ecstasy und sogar über den Transport der Drogen gesprochen worden sei. Z. sei bestrebt gewesen, die Angelegenheit nach Kräften voranzutreiben sowie seinen Auftraggeber möglichst rasch und umfassend informieren zu können. Diese Handlungen dokumentierten klar seinen Willen, für den Auftraggeber 10'000 Ecstasy-Tabletten zu erwerben. Z. sei zumindest eventualvorsätzlich von illegalen Drogen ausgegangen, was ihm schliesslich restlos klar geworden sei.

Dagegen brachte der Beschwerdeführer vor, dass er an der Weiterverfolgung der Angelegenheit nicht mehr interessiert gewesen und es schliesslich auch zu keiner konkreten Geschäftsabwicklung gekommen sei. Somit habe er aus eigenem Antrieb das strafbare Verhalten nicht zu Ende geführt. Bei der Strafzumessung falle jedoch auf, dass die Vorinstanz dies weder strafmindernd noch strafmildernd gewichtet habe. Sie habe damit Bundesrecht verletzt, weil sie Art. 21 Abs. 2 StGB nicht angewendet und entsprechend von Strafe nicht Umgang genommen oder sie zumindest gemäss Art. 65 StGB gemildert habe. Damit sei aber ebenfalls Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 und Art. 26 BetmG verletzt.

Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass das behauptete Desinteresse mit dem in Art. 21 Abs. 2 StGB vorausgesetzten Nichtzuendeführen aus eigenem Antrieb nichts gemein habe. Der Beschwerdeführer habe den Tatbestand des

Anstaltentreffens erfüllt und somit die strafbare Tätigkeit zu Ende geführt, was die Anwendung dieser Bestimmung zum vornherein ausschliesse.

5. Zur Bedeutung von Parteigutachten, Kassationshof des Bundesgerichts vom 4. Dezember 1996 i.S. F. Z. (Nr. 6S.720/1996, 6P.145/1996)

F. Z. betrieb auf dem Vorplatz eines alten bewohnten Bauernhauses mit Stall und Scheune eine mobile Schnapsbrennerei. Dabei brach ein Brand aus und zerstörte Haus, Stall und Scheune. Es wurde angenommen, Funkenwurf aus dem Kamin der Brennanlage habe den Brand verursacht. Neben dem Bericht der Brandfahndung wurden ein Gerichts- und ein Parteigutachten eingeholt. Trotz dem entlastenden Parteigutachten bestätigte die 2. Strafkammer den Schuldspruch wegen fahrlässiger Verursachung einer Feuersbrunst. Dagegen setzte sich Z. mit einer staatsrechtlichen Beschwerde zur Wehr. Er rügte Willkür und machte vor allem geltend, dass das Obergericht auf das Parteigutachten hätte abstellen müssen.

Der Kassationshof hielt fest, eine Willkür sei nicht ersichtlich. Nach Peter Staub (Kommentar zum Strafverfahren des Kt. Bern, 1992, Art. 150 N12) kenne das bernische Strafverfahren die Privatexpertise nicht, doch nähmen erstinstanzliche Gerichte solche Expertisen in der Regel zu Wert und Unwert zu den Akten. Der Beschwerdeführer weise denn auch darauf hin, dass das Obergericht das Privatgutachten in die Beweiswürdigung einbezogen habe. Laut Kassationshof ergibt sich weder aus dem Verfassungsrecht noch aus der EMRK, dass sich das Obergericht nicht auf das Gerichtsgutachten hätte stützen dürfen, sondern auf das Privatgutachten hätte abstellen müssen. Die Ansicht des Obergerichts, wonach einem von den Parteien eingeholten Sachverständigengutachten rechtlich nur die Bedeutung von Parteibehauptungen zukomme, verletze Art. 4 BV nicht; immerhin könne das Gericht auch Parteigutachten Beweiskraft zuerkennen, sofern es aufgrund seiner Beweiswürdigung zur Überzeugung gelange, dass sie als Beweismittel taugen und bestimmte Tatsachen zu belegen vermögen (unter anderen BGE 117 Ib 64). Allerdings könne das Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise gegen Art. 4 BV verstossen; das Bundesgericht halte sich in technischen Fragen im Rahmen seiner Kognition an die Auffassung der Experten, sofern diese nicht offensichtlich widersprüchlich erscheine oder auf irrtümlichen tatsächlichen Feststellungen beruhe (BGE 118 Ia 144 E. 1c). Das Obergericht habe diese

Voraussetzungen berücksichtigt und nicht verkannt, dass auch eine Gerichtsexpertise der freien Beweiswürdigung unterliege. Das Beweisergebnis sei unter Willkürgesichtspunkten nicht offensichtlich unhaltbar und die staatsrechtliche Beschwerde abzuweisen.

6. Geschädigter im Sinne des Strafprozessrechts, Kassationshof des Bundesgerichts vom 14. Januar 1997 i.S. F. I. (Nr. 6S.679/1996)

Das Bundesgericht stellt klar, dass bei Verkehrsregelverletzungen der allenfalls eingetretene Schaden nicht die unmittelbare, sondern bloss eine mittelbare Folge der tatbestandsmässigen Handlung ist. Durch Verkehrsregelverletzungen würden Individualrechtsgüter nicht gleichsam notwendigerweise faktisch (mit)beeinträchtigt. So wie der bei einem Verkehrsunfall Verletzte allein in Bezug auf die vom anderen Verkehrsteilnehmer allenfalls verübte Straftat der fahrlässigen Körperverletzung und nicht auch hinsichtlich der vom anderen allenfalls begangenen Straftaten der Verletzung von Verkehrsregeln oder des Fahrens in angetrunkenem Zustand Opfer im Sinne des OHG sei, sei derjenige, welcher bei einem Verkehrsunfall einen Sachschaden erleide, in Bezug auf die dem anderen zur Last gelegten Verkehrsregelverletzung nicht Geschädigter im Sinne vom Art. 270 Abs. 1 BStP. Im übrigen sei der Geschädigte, gleich dem Opfer, zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein den Beschuldigten freisprechendes Urteil nur unter der sich aus Sinn und Zweck des Gesetzes ergebenden zusätzlichen Voraussetzung befugt, dass er, soweit zumutbar, im Strafverfahren adhäsionsweise seine Zivilforderung geltend gemacht habe. Das Strafverfahren solle insoweit nicht nur als Vehikel zur Durchsetzung von Zivilforderungen in einem künftigen Zivilprozess oder in einer aussergerichtlichen Auseinandersetzung etwa unter Versicherern dienen. Der Geschädigte sei, gleich dem Opfer, dann und deshalb zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein den Beschuldigten freisprechendes Urteil legitimiert, wenn und weil er, soweit zumutbar, seine Zivilforderung im Strafverfahren adhäsionsweise geltend gemacht habe und sich der angefochtene Entscheid negativ auf deren Beurteilung auswirken könne. Nur wenn er von der Möglichkeit der Adhäsionsklage Gebrauch gemacht habe, könne er den letztinstanzlichen Entscheid im Strafpunkt mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde anfechten.

**7. Haftentlassung, persönliche Freiheit, Art. 4 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK,
I. Öffentlichrechtliche Abteilung des Bundesgerichts vom 13. Juni 1997 i.S.
S. S. (Nr. 1P.185/1997)**

Publiziert in ZbJV 133/1997, S. 638

S. wurde wegen qualifizierter Brandstiftung und weiterer Delikte zu 4 Jahren Zuchthaus und zu 15 Jahren Landesverweisung verurteilt. Weiter wurde entschieden, S. gestützt auf Art. 193 Abs. 2 StrV in Sicherheitshaft zu belassen. Nachdem sein Gesuch um sofortige Entlassung aus der Sicherheitshaft beim Haftgericht abgewiesen worden war, focht S. den Entscheid mit Rekurs bei der Anklagekammer an. Diese trat auf den Rekurs nicht ein (siehe "Neues aus der Rechtsprechung" von Mai 1997, S. 15). S. erhob daraufhin wegen Verletzung von Art. 4 und 58 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht.

Das Bundesgericht wies die staatsrechtliche Beschwerde aus folgenden Gründen ab, soweit es überhaupt darauf eintrat:

Auf die Rüge, die Anklagekammer hätte infolge Vorbefassung den von S. eingereichten Rekurs nicht behandeln dürfen, trat das Bundesgericht nicht ein, weil dieser Einwand nicht jederzeit vorgebracht werden könne. Vielmehr habe nach der Rechtsprechung derjenige, der einen Richter ablehnen wolle, das entsprechende Begehren unverzüglich zu stellen, nachdem er vom Ablehnungsgrund Kenntnis erhalten habe. Lasse er sich stillschweigend auf den Prozess ein, verwirke er sein Ablehnungsrecht. Der Beschwerdeführer habe diese Unvereinbarkeit nicht im Verfahren vor der Anklagekammer geltend gemacht und somit sein Recht auf Anrufung von Art. 58 BV verwirkt.

Der Beschwerdeführer machte weiter geltend, dass die im angefochtenen Beschluss vorgenommene Anwendung der massgeblichen Gesetzesbestimmung, wonach gegen Haftrichterentscheide kein Rekurs ergriffen werden könne, überspitzt formalistisch sei. Das Bundesgericht befand, der nicht näher begründete Vorwurf der willkürlichen und überspitzt formalistischen Gesetzesauslegung ent-

behre der Grundlage. Die vertretene Lösung werde unter Beizug der verschiedenen Auslegungselemente eingehend begründet und sei nicht willkürlich.

Ebensowenig sei die Rüge begründet, ein faires Verfahren sei nur gewährleistet, wenn gegen den Hafttrichterentscheid - neben der gegen den letzten kantonalen Entscheid ohnehin zulässigen staatsrechtlichen Beschwerde - noch ein Rekursrecht an eine kantonale Instanz bestehe. Nach der Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte verlange Art. 5 Ziff. 4 EMRK keine mehrstufige richterliche Prüfung von Entscheiden über Haftentlassungsgesuche. Der Nichteintretensentscheid der Anklagekammer verletze bei dieser Sachlage die Verfahrensgarantien gemäss Art. 5 Ziff. 4 EMRK nicht. Im angefochtenen Entscheid werde überdies dargelegt, dass sich auch aus der neuen bernischen Kantonsverfassung kein Anspruch auf eine Überprüfung eines Haftentscheids durch ein zweitinstanzliches kantonales Gericht ergebe. Der Beschwerdeführer stelle dies nicht in Frage.

S. machte weiter geltend, es stelle eine unzulässige Ungleichbehandlung und somit eine Verletzung von Art. 4 BV dar, Gefangenen in Untersuchungshaft nach drei Monaten ein Rekursrecht einzuräumen, nicht aber solchen in Sicherheitshaft. Dies widerspreche der Unschuldsvermutung sowie dem Prinzip des fairen Verfahrens. Das Bundesgericht erwog dazu, die ungleiche Ausgestaltung des Rechtsschutzes bei Untersuchungs- und Sicherheitshaft vermöge zwar zunächst insofern zu erstaunen, als sich die beiden Haftformen in ihrem Vollzug nicht unterscheiden. Die abweichende Regelung des Rechtsweges, die sich auch in anderen Kanonen finde, entbehre jedoch nicht der sachlichen Rechtfertigung und verletze den Grundsatz der Rechtsgleichheit gemäss Art. 4 BV nicht. Für die Haft nach der Überweisung treffe das neue bernische Recht eine von der Regelung betreffend die Untersuchungshaft abweichende Ordnung. Es werde damit der Tatsache Rechnung getragen, dass mit der Überweisung die Voruntersuchung abgeschlossen sei und die Verfahrensherrschaft auf die Urteilsinstanz übergehe. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sei das Bedürfnis nach einer Haftkontrolle in dieser fortgeschrittenen Phase des Strafverfahrens nicht in jeder Hinsicht mit jenem der Untersuchung vergleichbar. So falle insbesondere in Betracht, dass eine Überweisung nur erfolge, wenn aufgrund einer Prüfung der Ergebnisse der Voruntersuchung die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Bestrafung gegeben seien, von einer solchen nicht aus Gründen der Opportunität gemäss Art. 4

StrV abzusehen sei und genügend belastende Tatsachen vorliegen (Art. 250 Abs. 2 und 3 StrV). Die Gefahr einer ungerechtfertigten Inhaftierung sei somit nach erfolgter Überweisung wesentlich geringer als während der Voruntersuchung. Der Ausschluss des Rekursrechts bei der Sicherheitshaft beruhe daher auf sachlichen Gründen. Er stehe mit der erwähnten gesetzgeberischen Absicht im Einklang, den Rekurs gegen Haftrichterentscheide nur zurückhaltend vorzusehen. Die unterschiedliche Ausgestaltung des Rechtsschutzes verletze demnach den Grundsatz der Rechtsgleichheit gemäss Art. 4 BV nicht.

B. STRAFKAMMERN

1. Praxisänderung zu Art. 91 Abs. 3 SVG, Vereitelung einer Blutprobe, mit deren Anordnung "zu rechnen" war, 2. Strafkammer vom 7. Februar 1997 i.S. G. B. (Nr. 407/II/96)

G. befand sich, aus einer Wirtschaft kommend, wo er Alkohol konsumiert hatte, kurz vor Mitternacht per Auto auf dem Nachhauseweg und verursachte durch seine Fahrweise den Unfall des auf ihn nachfolgenden Fahrzeuges. Dieses stand darauf beschädigt in der Seitenstrasse, auf der G. seinen Nachhauseweg hätte fortsetzen wollen. G. entfernte sich vom Unfallort und fuhr auf einer anderen Strecke nach Hause. Die Polizei, die noch in der gleichen Nacht orientiert wurde, verzichtete darauf "G. aus dem Bett zu holen" bzw. ihn in der Nacht zu befragen.

In Frage steht die Tatbestandsvariante, wonach sich jemand einer Blutprobe, mit deren Anordnung er rechnen musste, entzieht. Gemäss der bisherigen obergerichtlichen Praxis setzt die Erfüllung des Tatbestandes der Vereitelung einer Blutprobe in der in Frage stehenden Variante zweierlei voraus: Erstens eine gesetzliche Verpflichtung des Fahrzeuglenkers, den Unfall bei der Polizei bzw. beim Geschädigten zu melden - also die Rechtswidrigkeit der Unterlassung der Unfallmeldung - und zweitens die bei objektiver Betrachtung hohe Wahrscheinlichkeit der Anordnung einer Blutprobe durch die Polizei (BGE 120 IV 73ff). Der Fahrzeuglenker muss also - immer nach der bisherigen Rechtsprechung - die ihm obliegende Meldepflicht sowie die die hohe Wahrscheinlichkeit der Anordnung einer Blutprobe begründenden Tatsachen kennen, sodass die Unterlassung der Meldung nur als Inkaufnahme der Vereitelung der Blutprobe gewertet werden kann (BGE 109 IV 139).

Im Fall G. stellte die Kammer fest, dass beinahe exemplarische Voraussetzungen vorliegen, für eine Situation, in der die Anordnung der Blutprobe objektiv sehr wahrscheinlich oder real erscheint und in der der Fahrzeuglenker damit auch rechnen muss. Die aktuelle Praxis zu Art. 91 Abs. 3 SVG verhindere aber einen Schuldspruch, denn die aktuelle Auslegung der zweiten Tatbestandsvariante von Art. 91 Abs. 3 SVG ("mit einer Blutprobe rechnen müssen"), die sich grundsätzlich am (hypothetischen) Willen der Polizei beziehungsweise der zuständigen Ermittlungsbehörde orientiere und - was Rehberg (Neuere Bundesgerichtsentscheide zum Thema "Alkohol am Steuer", in: recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, 1996; Heft 3, S. 88) einleuchtend als widersinnig bezeichne - nicht primär an den Vorstellungen des Fahrzeuglenkers, habe logischerweise die Konsequenz, dass dann, wenn feststehe, dass die zuständige Ermittlungsbehörde - also primär die Polizei, allenfalls die zuständige Gerichtsbehörde - auf die Anordnung einer Blutprobe verzichte, der Tatbestand nicht mehr erfüllt werden könne (BGE 113 IV 97).

Das veranlasste die Kammer zu Kritik an der bisherigen Praxis:

"Der hier zur Beurteilung stehende Fall erhellt einmal mehr, dass die am 01.02.1991 in Kraft getretene Revision des Vereitelungstatbestands in Art. 91 Abs. 3 SVG ihr Ziel verfehlt hat, ein für allemal zu verhindern, dass der Lenker, der sich einer von ihm befürchteten Blutprobe entzieht, letztlich besser wegkommt als derjenige, der sich dieser Blutprobe stellt. Schuld daran dürfte nicht einzig der neue Gesetzestext sein, auch wenn dieser bei sorgfältigerer Formulierung wohl das Problem weitgehend gelöst hätte. Ein wesentlicher Grund, warum in der Praxis in diesem Bereich letztlich völlig unbefriedigende Urteile resultieren können, liegt in der verfehlten Auslegung insbesondere des Begriffs des "mit der Blutprobe rechnen müssen" gemäss der zweiten Tatbestandsvariante von Art. 91 Abs. 3 SVG." ...

"Es ist in der Tat nicht von der Hand zu weisen, dass in Fällen, wie dem hier zu beurteilenden, in denen die Tathandlung des Sich-Entziehens zur Diskussion steht und damit das "Rechnen müssen" bezüglich der Blutprobe zur Grundlage des Schuldspruchs wird, das Vorhandensein dieses eigentlich zentralen objektiven Tatbestandsmerkmals auf einer hypothetischen ex tunc Beurteilung des

mutmasslichen - das heisst unter Annahme einer rechtzeitigen Kenntnisnahme des Ereignisses an den Tag gelegten - Verhaltens der Polizei beruht (REHBERG, a.a.O., S. 87). Und dies, obschon Art. 51 Abs. 3 SVG die Benachrichtigung der Polizei ja grundsätzlich nicht zwingend vorschreibt. Gibt es nämlich nur Sachschaden, und orientiert der Schädiger den Geschädigten ohne Verzug, und verzichtet letzterer auf den Beizug der Polizei, so bleibt die Polizei (wenn sie nicht zufällig dazustösst oder durch unbeteiligte Dritte gerufen wird) in jedem Fall aus dem Spiel. Der Zustand des Lenkers - oder der Lenker - ist in diesem Fall kein Thema mehr, und zwar selbst dann nicht, wenn der Entscheid, auf die Benachrichtigung der Polizei zu verzichten, im Wissen um die mögliche Alkoholisierung des Schädigers erfolgt, ja sogar dann, wenn man damit explizit verhindern will, dass die Polizei davon etwas erfährt und entsprechende Abklärungen bis hin zu einer Blutprobe anordnen kann. Erkennt demnach der Geschädigte eine mögliche Alkoholisierung des Unfallbeteiligten, und verzichtet er (von sich aus oder auf Bitte des ihm namentlich bekannten Unfallbeteiligten) auf die Benachrichtigung der Polizei, um zu verhindern, dass Abklärungen beziehungsweise eine Blutprobe durchgeführt werden, so rechnen zwar alle Beteiligten mit der Anordnung einer Blutprobe, und dennoch macht sich nach der aktuellen Praxis weder der (möglicherweise) alkoholisierte Lenker der Vereitelung im Sinne von Art. 91 Abs. 3 SVG - denn er hat seine Pflichten gemäss Art. 51 Abs. 3 erfüllt - noch der Geschädigte der Gehilfenschaft dazu schuldig. Wenn aber umgekehrt der Geschädigte der Polizei just wegen Verdachts auf eine Alkoholisierung des Schädigers benachrichtigt, obschon letzterer seine Personalien mitgeteilt hat, so kann dies zur Strafbarkeit wegen Art. 91 Abs. 3 SVG führen, wenn der Schädiger die Unfallstelle vor Eintreffen der avisierten Polizei verlässt, weil ein solches Verhalten schwerlich mit einem anderen Zweck, als sich einer Blutprobe, "mit deren Anordnung man rechnet", entziehen zu wollen, erklärbar sein dürfte, und weil der Schädiger eben dann verpflichtet ist, das Eintreffen der Polizei abzuwarten (Art. 56 Abs. 2 VRV), auch wenn er seinen Pflichten gemäss Art. 51 Abs. 3 SVG längstens nachgekommen ist. In solchen Fällen entscheidet somit weniger die Polizei, ob sachdienliche Abklärungen bis hin zur Blutprobe angeordnet werden, als vielmehr der Geschädigte; denn ohne ihn erfährt die Polizei nichts von einem konkreten Verdacht auf eine Alkoholisierung eines Lenkers und damit auf ein Fahren in angetrunkenem Zustand. Trotzdem wird aber (gemäss herrschender Praxis) die Frage, ob eine Blutprobe oder eine andere ärztliche Untersuchung (Art. 91 Abs. 3 SVG) angeordnet worden wäre beziehungsweise ob man mit der Anordnung

einer solchen hätte rechnen müssen, ausnahmslos einzig aufgrund des hypothetischen Vorgehens der Polizei - falls diese an Ort und Stelle gewesen wäre - beurteilt. Nach dem mutmasslichen Verhalten des oder der Geschädigten - falls diese(r) unverzüglich die Personalien des Schädigers erhalten hätte(n) - fragt auch in den Fällen einer Meldepflicht gemäss Art. 51 Abs. 3 SVG niemand. Ob der Geschädigte, wenn er Namen und Adresse des Schädigers unverzüglich erfahren hätte, überhaupt (noch) eine Meldung an die Polizei gemacht hätte, ist kein Thema.

Neben solchen Merkwürdigkeiten bringt es die aktuelle Praxis, weil sie zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes der Vereitelung in jedem Fall eine unterlassene Pflicht gemäss Art. 51 Abs. 3 SVG voraussetzt, auch mit sich, dass selbst ein Verhalten eines Lenkers, das klar der Verhinderung einer Feststellung der aktuellen BAK dient, straffrei bleibt, wenn mangels meldepflichtigen Schadens eben keine Meldepflichten gemäss Art. 51 Abs. 3 SVG bestehen (vgl. REHBERG, a.a.O., S. 87f, unter Hinweis auf BGE 114 IV 156).

Lösungsansätze fand die Kammer sodann bei Rehberg und Schultz:

“Nach dem Gesagten muss man sich mit Rehberg (a.a.O., S. 88) folgende Frage stellen: Weshalb wird - entsprechend der Umschreibung im Gesetz (Art. 91 Abs. 3 SVG) - nicht einfach gestützt auf das Verhalten des Täters geprüft, ob dieser sich einer von ihm befürchteten Blutprobe entziehen will, ohne Berücksichtigung allfälliger Meldepflichten (Art. 51 SVG) und deren Beachtung und ohne das (hypothetische) Verhalten der Polizei zum entscheidenden Merkmal für die Frage, ob der Fahrer mit der Anordnung einer Blutprobe hätte rechnen müssen, zu machen? Eine solche Auslegung würde es erlauben, Art. 91 Abs. 3 SVG als das anzusehen, was dieser Tatbestand effektiv ist, das heisst ein schlichtes Tätigkeitsdelikt in der Form des Sich-Widersetzens beziehungsweise des Sich-Entziehens, ein Erfolgsdelikt dagegen in der Form der Zweckvereitelung (siehe SCHULTZ, a.a.O., S. 332). Die tatsächlichen Elemente, die zum Ausdruck bringen, dass der Lenker eine Blutprobe fürchtet, wären dann nach Rehberg (a.a.O., S. 88) die, dass der Täter irgendeinen Unfall verursacht oder auch nur von der Fahrbahn geraten und steckengeblieben ist einerseits, dass dieser Hergang einen alkoholisierten Zustand des Lenkers nahelegt andererseits. Zur Realisierung des objektiven Tatbestandes kommt natürlich die eigentliche Tathandlung dazu, das “Sich-

Entziehen", das nach diesem Autor in einem Verhalten besteht, das nur plausibel damit erklärt werden kann, dass sich der Fahrer für den Fall einer Intervention der Polizei am Ort des Geschehens rechtzeitigen Ermittlungen über seinen Zustand entziehen will.

Nach einem langjährigen Postulat von Schultz (ZStrR 107/1992) soll die Auslegung von Art. 91 Abs. 3 SVG nicht von der Beteiligung an einem Unfall und einer dadurch ausgelösten Meldepflicht ausgehen, sondern davon, dass der Beschuldigte vor, während oder während eines Unterbruchs der Fahrt alkoholische Getränke genossen hat. Die weiteren objektiven und zur Bestrafung notwendigen Voraussetzungen liegen im Verhalten des Lenkers, wie zum Beispiel Fahrweise, Verhalten bei Beteiligung an einem allfälligen Unfall, Davonfahren vor Polizeikontrollen, etc., die klar auf ein "Rechnen mit der Blutprobe" (und somit auf den Vorsatz !) hinweisen müssen."

Die Kammer schloss sich schliesslich den Lehrmeinungen von Rehberg und Schultz an und ging davon aus, dass die das "Rechnen müssen" begründenden Tatsachen im von der Menge unabhängigen aber nachgewiesenen Alkoholkonsum einerseits und in den weiteren Umständen andererseits bestehen, unter besonderer Berücksichtigung eines Verhaltens des Lenkers, das eine Befürchtung bezüglich der Blutprobe belegen würde. Vom Genuss alkoholischer Getränke auszugehen biete ein im Vergleich zu den Anzeichen beziehungsweise das Naheliegen der Angetrunkenheit klares und leicht handzuhabendes Kriterium und schliesse es zudem aus, die in Frage stehende Bestimmung auf einen völlig nüchternen Lenker anzuwenden. Durch ein kasuistisches Vorgehen solle festgelegt werden, welche Umstände, zusätzlich zum Genuss von Alkohol, das "Rechnen müssen" zu begründen vermöchten. Daraus ergäben sich die objektiven Anhaltspunkte, die es erlauben, dem Fahrer nachzuweisen, dass und warum er mit einer Blutprobe hätte rechnen müssen. Aus den genannten Gründen solle aber diese unerlässliche Präzisierung des Tatbestandes, im Gegensatz zu BGE 109 IV 139 und der darauffolgenden Praxis, nicht anhand des (allenfalls hypothetischen) Verhaltens von Drittpersonen, sondern durch eine Beurteilung aus Tätersicht erfolgen.

Im Sinne dieser neuen Praxis wurde G. der Vereitelung einer Blutprobe schuldig befunden.

**2. Praxisänderung zur Legitimation der Privatklägerschaft (Art. 47 StrV),
2. Strafkammer vom 18. April 1997 i.S. E., (Nr. 415/II/97)**

Publiziert in ZBJV 133/1997, S. 576ff

Als geschädigt gilt grundsätzlich, wer im strafrechtlich geschützten Rechtsgut beeinträchtigt worden ist oder dies behauptet. Damit soll die Unmittelbarkeit der Verletzung wieder durch die diese Verletzung verursachende, strafbare Rechtsgutverletzungshandlung definiert werden, d.h. eine unmittelbare Verletzung setzt demnach im Regelfall eine Beeinträchtigung eines strafrechtlich geschützten Individualrechts voraus. Ausnahmen sind dann zu machen, wenn die tatbestandsmässige Handlung im Hinblick auf die Schädigung erfolgt ist, wenn sich also die Straftat ihrem Begriff nach gegen das durch die Strafdrohung bloss mitgeschützte individuelle Recht oder Rechtsgut richtet. Darüber hinaus ist immer als Privatkläger zugelassen, wer sich als Opfer im Sinne von Art. 2 OHG ausweisen kann sowie der zum Strafantrag Berechtigte. Diese Änderung in der bisherigen Praxis führt dazu, dass im Strafverfahren wegen Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG als Privatkläger nur noch zugelassen ist, wer als Folge einer Verkehrsregelverletzung geschädigt worden ist und Antrag wegen fahrlässiger Körperverletzung stellt. Wer bloss Sachschaden erlitten hat, dem fehlt die für die Konstituierung als Privatkläger erforderliche Verletzung eigener rechtlich geschützter Interessen. Damit entfällt auch die Möglichkeit der adhäsionsweise eingeklagten Zivilforderung im Sinne von Art. 47 Abs. 2 Ziff. 2 StrV oder Art. 270 Abs. 1 BStrP.

Diese Praxisänderung bedeutet eine Rückkehr zur Rechtsgüterschutztheorie, die auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung massgebend ist.

3. Verletzung des Amtsgeheimnisses, 2. Strafkammer vom 11. Juli 1997 i.S. W. U. (Nr. 188/II/97)

Im Rahmen polizeilicher Ermittlungen wegen Einbruchdiebstählen gegen zwei Jugendliche aus Ex-Jugoslawien führte der Kantonspolizist U. W. eine Befragung von H. L., einem der verdächtigten Jugendlichen, durch, der die Vorhaltungen nicht nur abstritt, sondern sich darüber hinaus unkooperativ, renitent sowie mit

Worten und Sprüchen äusserst provokativ verhielt. Am Mittag, nach der Befragung "ganz und gar düre", anlässlich eines Telefongesprächs in der Mittagspause zu Hause mit seinem Bruder, erkundigte sich dieser nach dem Grund seiner Nervosität und Angespanntheit, woraufhin W. ausgiebig vom Verlauf der Einvernahme und den Anschuldigungen erzählte und auch den Namen H. L. erwähnte. W. Bruder sprach dann mit seiner in einer Garage arbeitenden Freundin darüber, die feststellte, dass es sich bei H. L. um denjenigen handelte, der in der folgenden Woche in der Garage für eine Schnupperlehre angemeldet war. Sie erzählte davon ihrem Chef, der daraufhin nicht mehr bereit war, H. L. zur Schnupperlehre aufzunehmen. Nachdem W. davon erfahren hatte, setzte er sich mit dem Garagier telefonisch in Verbindung und hielt ihm den "Gottswillen" an, dass er H. L. doch noch zur Schnupperlehre aufnehme, was dann auch geschah.

W. wurde wegen dieses Vorfalles erstinstanzlich der Amtsgeheimnisverletzung schuldig erklärt und zu einer bedingt löschbaren Busse von Fr. 200.- verurteilt. W. appellierte gegen dieses Urteil und verlangte im Hauptantrag Freispruch mit der Begründung, dass zwar der objektive Tatbestand der Amtsgeheimnisverletzung erfüllt sei, nicht aber der subjektive Tatbestand, weil er kein Geheimnis habe offenbaren wollen. Er habe mit seinem Tun die Umschreibung "pflichtwidrige Unvorsichtigkeit" erfüllt, nicht jedoch die des bewussten zielgerichteten Handelns. Seine Anspannung und sein Ärger seien derart gross gewesen, dass auf die Frage des Bruders hin ein Damm eingebrochen und alles ungeprüft und unreflektiert hervorgekommen sei. Im Eventualantrag verlangte der Appellant die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 Ziff. 3 StrV.

Die 2. Strafkammer verwarf die Argumentation des Appellanten und bestätigte das Urteil.

Soweit W. eine bloss fahrlässige Amtsgeheimnisverletzung geltend gemacht hatte, musste festgestellt werden, dass der Argumentation des Appellanten ein falsches Verständnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit zugrunde lag. Eine fahrlässige "verbale Amtsgeheimnisverletzung" wäre zum Beispiel dann gegeben, wenn ein Amtsgeheimnisträger erlaubterweise einem Dritten mündlich ein Amtsgeheimnis offenbart und dabei nicht merkt (aber bei genügender Aufmerksamkeit bzw. Sorgfalt merken könnte), dass nebst der berechtigten Person noch eine unbefugte Person, die dem Amtsgeheimnis unterstehenden Informationen mithört.

Im Fall des Appellanten war der unbefugte Dritte - der Bruder des Angeschuldigten - gewollt Zuhörer. Wenn er in dieser Situation eine dem Amtsgeheimnis unterliegende Äusserung tat, geschah dies vorsätzlich, denn die Äusserung erfolgte als solche mit Wissen und Willen und sollte vom Bruder selbstverständlich auch gehört werden. Der Tatbestand von Art. 320 StGB erfordert keine weiteren Absichten oder Erfolgseintritte, ist mit der Offenbarung des Geheimnisses vielmehr erfüllt, sodass es auf die Motive nicht ankommt (vgl. auch BGE 101 IV 66), ebensowenig auf die weiteren Folgen der Geheimnisverletzung. Vorsatz ist auch dann gegeben, wenn der Täter den deliktischen Erfolg, mag ihm dieser gleichgültig oder sogar unerwünscht sein, als notwendige Folge oder als Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks in seinen Entschluss miteinbezogen hat. Mit anderen Worten braucht der deliktische Erfolg nicht das vom Täter erstrebte Ziel zu sein, es genügt, dass er mitgewollt ist (BGE 119 IV 194).

Soweit der Appellant die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 Ziff. 3 StrV postulierte, stellte die 2. Strafkammer zunächst fest, dass zu dieser neuen Bestimmung noch keine Praxis besteht, und dass auch die bisherige Literatur wenig ergiebig ist. Fest stehe einzig, dass Art. 4 nStrV das prozessuale Legalitätsprinzip teilweise durch das Opportunitätsprinzip ersetzen wolle, und zwar zu Gunsten der überlasteten Strafjustiz, damit sich diese statt Bagatellfällen oder im Gesamtzusammenhang nicht ins Gewicht fallenden Fällen den wichtigeren und bedeutenderen Sachen zuwenden könne. Unter diesem Gesichtspunkt bleibe fraglich, ob es noch sinnvoll sei, wenn erst die Appellationsinstanz davon Gebrauch mache. Sodann sei zu beachten, dass gewährleistet bleiben sollte, dass nur "Kleinkriminalität", Bagatellen und unbedeutende Kleinigkeiten vorwiegend im Zusammenhang mit grösseren durch die Maschen schlüpfen, wogegen nicht die Rede davon sein könne, etwa ganze Kategorien von an sich nicht schwerwiegenden Übertretungstatbeständen strafrechtlicher Ahndung zu entziehen. Im Fall W. könne zunächst festgestellt werden, dass es sinnlos ist oder wäre, erst in oberer Instanz von einer weiteren Verfolgung der objektiv und subjektiv feststehenden Amtsgeheimnisverletzung abzusehen. Insbesondere könne jedoch keine Rede davon sein, dass dieses Vergehen bloss eine Bagatelle im Sinne von Art. 4 nStrV darstellen würde, und zudem könnten Verschulden und Tatfolgen nicht als "gering" betrachtet werden. Wer sich wie W. angeblich allein aufgrund einer mühsamen, gewiss schwierigen und auch belastenden Einvernahme derart aus dem Tritt fallen lasse, dass er nicht nur generell darüber plaudern müsse, sondern konkret und gar unter

Namensnennung, trage mit nicht bloss geringem Verschulden zur nicht leicht zu nehmenden Untergrabung des Vertrauens des Bürgers in die staatlichen Institutionen bei. Wenn im Fall W. die Ausnahmevoraussetzungen bejaht würden, hätte dies eine nicht mehr zu bewältigende Kontur- und Uferlosigkeit und damit auch die Gefahr von Willkür zur Folge. Die zu Gunsten von W. ins Gewicht fallenden Umstände seien vielmehr bei der Strafzumessung zu beachten.

4. Amtsmissbrauch, 2. Strafkammer vom 22. Oktober 1996 i.S. Z. P. (Nr. 226/II/96)

Anlässlich einer Patrouillenfahrt wurden Wm Z. und sein Kollege wegen einer Schlägerei zum Warenhaus A. beordert. Bei ihrer Ankunft im A. lag ein zunächst Unbekannter (C.) bäuchlings am Boden. Zwei Angestellte hatten ihn nach einem Diebstahl daran gehindert, den Laden zu verlassen und ihn trotz heftigster Gegenwehr festgehalten. In der Folge wurden ihm die Hände auf dem Rücken mit Handschellen gefesselt. Weil er sich weigerte, mit der Polizei zu gehen, wurde C. von Z. gewaltsam zum und in den Dienstwagen gebracht. Auf der Fahrt zur Hauptwache drohte C. den Polizisten, er werde sie, wenn er sie dann einmal privat sehen würde, liquidieren, und er beschimpfte sie auch. Auf der Wache wurde er in ein Abhörzimmer geführt. Dabei sperrte er sich wiederum und fuhr mit Beschimpfungen fort. Er lief hin und her und war überhaupt nicht einsichtig. Z. schlug nun den immer noch mit den Händen auf den Rücken gefesselten stehenden C. mit der Hand an den Kopf und - als C. am Boden lag - trat mit den Füßen gegen ihn. Z. hörte erst auf, als ihn ein Kollege dazu aufgefordert hatte mit der Bemerkung ob es ihm "eigentlich noch gehe und ob er verrückt sei". C. erlitt dabei Hämatome und Kontusionsmarken.

Erstinstanzlich wurde Z. von der Anschuldigung des Amtsmissbrauchs freigesprochen mit der Begründung, dass gemäss BGE 108 IV 48 derjenige Polizeibeamte, der eine von ihm festgenommene Person spontan ins Gesicht schlägt, weil sie ihn beschimpft, keinen Amtsmissbrauch begeht.

Die 2. Strafkammer befasste sich vorweg ausführlich mit der Literatur und Rechtsprechung zum Amtsmissbrauch und hielt zusammenfassend fest, dass es keine eindeutig definierbare, generelle Grenze gebe, bei der die Ermessensüberschreitung zum Ermessensmissbrauch werde. Es seien daher die gesamten Umstände

des Einzelfalles zu würdigen. Dabei sei als wesentliches Kriterium das mit der konkreten Ausübung der hoheitlichen Gewalt verfolgte Ziel zu beachten. Im übrigen müsse eine solche Frage ex tunc, mithin unter den zur Tatzeit bekannten und erkennbaren Umständen, entschieden werden.

In concreto befand die 2. Strafkammer, dass sich die Vorinstanz und die Verteidigung zu Unrecht auf BGE 108 IV 48 berufen hatten, denn:

“Der rechtserhebliche Sachverhalt im vorliegenden Fall unterscheidet sich wesentlich von jenem im BGE 108 IV 48. Dort hatten die beiden Polizeibeamten Frau B. auf offener Strasse im Zusammenhang mit einer Schmiererei am Britischen Generalkonsulat in Z. angehalten. Noch im Freien vor dem Streifenwagen beschimpfte Frau B. den Polizeibeamten X und seinen Kollegen mit “Dreckhüng, Dreckchaibe” etc., worauf dieser mit einer einzigen Maulschelle (Schlag mit dem offenen Handrücken) an das Kinn der Frau reagierte. Von einer solchen “geradezu klassischen Retorsion”, wie das Bundesgericht sie bezeichnet, kann vorliegend nicht die Rede sein. Nach dem Beweisergebnis hatte C. die Beamten schon nach der Anhaltung im A., während der Fahrt auf die Hauptwache und auch dort beschimpft und bedroht. Nach den eigenen Aussagen des Angeschuldigten soll die fragliche Aussage C. über die unmoralische Herkunft der Mutter des Angeschuldigten schon auf der Fahrt gefallen sein. Eine ganze Serie von Schlägen, verabreicht in einer Sicherheitszelle (sog. Abhörzimmer), in die der widerspenstige und mit Handschellen gefesselte C. verbracht wurde, - einige Zeit nach der Anhaltung und nachdem die fragliche Äusserung gefallen sein soll -, kann sicher nicht mehr als Spontanreaktion bezeichnet werden. Dass der Angeschuldigte gegenüber dem wehrlosen Festgenommenen physische Gewalt anwendete, war unerlaubt und rechtswidrig. Nach dem Beweisergebnis musste sich der Angeschuldigte nicht gegen irgendwelchen Angriff wehren. Er kann sich deshalb nicht auf Notwehr oder Notstand berufen. In Bezug auf die unerlaubte Anwendung physischer Gewalt ist ein Missbrauch des Amtes nur dann anzunehmen, wenn der Täter damit einen amtlichen Zweck verfolgt.

Das geschilderte Beweisergebnis lässt keinen anderen Schluss zu, als dass der Angeschuldigte deshalb tätlich wurde, weil sich C. der Festnahme auch auf dem Posten nach wie vor verbal aktiv widersetzte und deshalb in den Abhörraum, mithin die Sicherheitszelle, zu überführen war. Hier verhielt er sich weiterhin reni-

tent. Der vorliegende Fall ist vergleichbar mit dem Urteil 307/II/88 der 2. Strafkammer vom 25. November 1988 in Sachen H.R. Hier betrat Stadtpolizist H.R. von B. ebenfalls das Abhörzimmer der Hauptwache, um den lärmenden P. zu beruhigen. Der Polizist verabreichte P. dabei einen Faustschlag, der einen Nasenbeinbruch zur Folge hatte. Auch in diesem Fall hat die 2. Strafkammer entschieden, dass der Polizist den Abhörraum in Ausübung seiner Amtsgewalt betreten und unverhältnismässigen Zwang ausgeübt habe. Würde man der Auffassung der Vorinstanz folgen, wonach diese gravierende Misshandlung eines Gefangenen nicht hoheitlich erfolgt sei und deshalb nur eine Tötlichkeit darstelle, so hätte dies nach Stratenwerth die schwierige Konsequenz, dass gerade der krasseste Fall, nämlich die Gewaltanwendung zu anderen als amtlichen Zwecken, die Mißhandlung eines Gefangenen, keinen Amtsmissbrauch darstellen würde (STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, BT II, 4. Auflage, N 10, S. 334). Nach Stratenwerth kann es aber nur darauf ankommen, ob die Gewaltanwendung als Ausübung der Macht erscheint, die dem Amtsträger kraft seiner Amtsstellung zukommt, ob er gewissermassen unter dem Schutz seiner Amtsstellung handelt. Kraft seiner Amtsstellung als Polizeibeamter hatte der Angeschuldigte den auf frischer Tat ertappten C. festgenommen und, weil er fliehen wollte bzw. weiterhin die öffentliche Ordnung störte, zusammen mit Pol S. auf die Wache verbracht. Dort wurde C. weiterhin als Renitenter in die Sicherheitszelle versetzt. Dies geschah sicher in Ausübung hoheitlicher Funktion als Ordnungshüter im Sinne von Art. 74 StrV. Wenn nun der Angeschuldigte die an sich rechtmässige Amtshandlung in physische Gewalt umschlagen liess, indem er den renitenten C. nicht nur im Abhörraum einsperrte, sondern den Gefesselten dort auch noch schlug, dann missbrauchte er die ihm zustehende Amtsstellung. Im Urteil der 2. Strafkammer vom 20. September 1995 in Sachen B.J. wurde die Amtshandlung noch als Handeln kraft hoheitlicher Gewalt betrachtet. Dort hatte ein Berner Gerichtspräsident die von ihm angeordnete Disziplinarhaft gleichsam selbst vollstreckt, als er gegen die Angeschuldigte tätlich wurde. Auch im vorliegend zu beurteilenden Fall hat der Angeschuldigte seine amtliche Stellung dazu missbraucht, den gefesselten C., weil dieser sich nicht beruhigte, zu schlagen.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das geschützte Rechtsgut die in einem eminenten öffentlichen Interesse liegende rechtsgetreue Ausübung öffentlicher Befugnisse durch deren Träger ist. Unter diesem Aspekt ist nicht einzusehen, weshalb die Öffentlichkeit die Verfolgung eines Polizisten, der einen Gefes-

selten im Rahmen der Festnahme so traktiert, letzterem die strafrechtliche Verfolgung anheimstellt, mit der Begründung, der Vorfall sei durch die Beschimpfung und anschliessende Retorsion zur Privatsache geworden. Die Schläge und Fusstritte gegenüber dem immer noch mit Handschellen gefesselten C. sind im Hinblick auf die mittels Amtsgewalt verfolgten Ziele völlig unnötig und damit auch unverhältnismässig gewesen. Sie sind zwar unbestrittenermassen nicht in Ausübung der Amtsgewalt erfolgt, aber durch Ausnützung der durch das Amt des Angeeschuldigten besonderen Machtbefugnisse.”

**5. Doppelsebstmord, Straflöse Beihilfe zum Selbstmord Art. 115 StGB,
2. Strafkammer vom 5. September 1997 i.S. C. und E. P.
(Nr. 166/II/97)**

C. P. wurde vorgeworfen, unter vier Malen versucht zu haben, seine Ehefrau zu töten. C. und E. P. hatten unter anderem versucht, sich mittels einer Überdosis Tabletten, zweimal durch in den PW strömendes CO₂-Gas und durch einen absichtlich herbeigeführten Aufprall mit dem Auto auf eine Panzersperre, bei dem C. P. am Steuer sass, zu töten. Ausser beim Aufprall auf die Panzersperre war auch ihr Sohn D. in diese (Selbst)tötungsversuche mit einbezogen worden. Die Kammer stellte sich die Frage, ob C. P. tatsächlich wie von der Vorinstanz angenommen, mehrfach versucht hat, seine Frau zu töten, oder ob nicht vielmehr Beihilfe zum Selbstmord vorlag.

Die Vorinstanz war ebenfalls von gemeinsamen bzw. erweiterten Suizidversuchen ausgegangen und hatte die Strafbarkeit mit der Verletzung der Garantenpflicht des Ehegatten begründet. Die 2. Strafkammer sah nicht ein, weshalb E. P. in genau denselben Fällen - in die ihr Sohn D. einbezogen und für die E. P. sowohl von der Vorinstanz als auch von der 2. Strafkammer der versuchten vorsätzlichen Tötung an diesem schuldig gesprochen wurde - einerseits Täterin sein sollte, andererseits jedoch Opfer ihres Mannes. Weiter sei es widersprüchlich, C. P. unter Berufung auf die Garantenstellung des Ehegatten der versuchten vorsätzlichen Tötung an seiner Frau schuldig zu sprechen, diese wiederum jedoch nicht aufgrund derselben Garantenstellung versuchten vorsätzlichen Tötung zum Nachteil ihres Mannes für schuldig zu befinden. Wenn sie genügend zurechnungsfähig gewesen sei, um für die versuchte Tötung ihres Kindes schuldig gesprochen zu

werden, müsse dies auch für die Wahrnehmung ihrer Garantenstellung gegenüber ihrem Mann gelten.

Die Vorinstanz hatte sich in Anlehnung an Hans Walder (ZStrR 1979, S. 125) auf den Standpunkt gestellt, dass sich der Garant dann strafbar mache, wenn der Selbstmordentschluss des Opfers nicht frei gefasst worden sei. Gunther Arzt komme zum gleichen Ergebnis in ZbJV Bd. 127, S. 461. Dieser streife das Thema zwar nur, indem er ausführe, Art. 115 StGB sei nur auf eine freie Selbsttötung anwendbar. Zur Frage, was frei bedeute, verweise er jedoch auf Schubarth (Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, BT, Band 1, N 12 zu Art 114 und N 37 zu Art 15), der festhalte, dass Art. 115 StGB nur ausscheide, wenn

- der Täter die Tathandlung allein vorgenommen habe
- das Opfer zwar an der Tötungshandlung mitgewirkt habe, sich jedoch der Tragweite seines Handelns nicht bewusst gewesen sei
- das Opfer die Tragweite des Handelns erkannt habe, jedoch im übertragenen Sinne unzurechnungsfähig (Art. 10 StGB) gewesen sei oder schliesslich
- das Opfer zur Selbsttötung genötigt wurde.

All diese Voraussetzungen lagen bei E. P. nach Auffassung der 2. Strafkammer nicht vor. E. P. sei zwar in krankhafter Weise von ihrem Mann abhängig gewesen, dies dürfe jedoch nicht mit Unzurechnungsfähigkeit verwechselt werden. Sonst müsste man zum Schluss kommen, dass alle Menschen, die unter Depressionen leiden, suizidal seien oder sich in einer gewissen Abhängigkeit von einem anderen Menschen befänden, unzurechnungsfähig seien. Dies sei jedoch bestimmt nicht der Fall. Es sei davon auszugehen, dass E. P. selbst aus dem Leben scheiden wollte. Dies werde dort klar, wo sie selbst Schlaftabletten schluckte oder sich die Pulsadern aufschnitt. Nicht anders läge es bei den Gasversuchen und dem Aufprall mit dem Auto auf die Panzersperre. Dass bei den Gasversuchen vor allem C. P. aktiv wurde, könnte nur dann von Bedeutung sein, wenn sich zeigen liesse, dass E. P. keine Tatherrschaft in Bezug auf ihre eigene Tötung gehabt habe, wenn also nicht mehr von einer Selbstverletzung sondern von einer Fremdverletzung auszugehen wäre. Zur Abgrenzung stelle die Lehre auf die Regeln zur Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme ab, wobei wiederum das Kriterium der Tatherrschaft entscheidend sei. E. P. müsse auch für diejenigen Suizidversuche, bei denen sie passiv blieb, die volle Tatherrschaft für ihre eigene Tötung angerechnet werden, wie dies auch bezüglich der Tötungsversuche zum

Nachteil ihre Sohnes der Fall war. Trotz psychologischer Abhängigkeit sei sie nie bestimmungs- oder widerstandsunfähig gewesen und könne auch nicht als willenloses Werkzeug ohne Tatherrschaft und ihr Mann nicht als Hintermann im Sinne der Lehre zur mittelbaren Täterschaft gelten. Sie hätte durchaus Möglichkeiten gehabt, sich entweder gar nicht in die hier zur Diskussion stehenden Gefahrensituationen zu begeben oder aber sich ihnen jederzeit oder jedenfalls rechtzeitig zu entziehen. Nach vorherrschender und überzeugender Lehre sei es unzulässig, in einer solchen Konstellation den Beteiligten wechselseitig ihre Tatbeiträge zuzuschieben. Die Mitwirkung am Doppelselbstmord gelte als straflos, und diese im Ergebnis klare gesetzliche Regelung dürfe nicht dadurch unterlaufen werden, dass die straflose aktive Beteiligung an einer Selbsttötung durch eine weit ausholende, auf der Garantenpflicht der Ehegatten beruhende Rettungspflicht in eine Tötung durch Unterlassen umgedeutet werde. Dies ergebe sich schon aus dem allgemeinen Grundsatz, dass das blosses Unterlassen nie zu einer schärferen Haftung führen dürfe als aktives Handeln, das für einen Erfolg kausal sei. Bei diesem Ergebnis lasse sich entgegen den Ausführungen der Vorinstanz der Vorwurf, C. P. habe versucht, seine Frau vorsätzlich zu töten, nicht halten. Es habe diesbezüglich ein Freispruch zu erfolgen.

6. Versuchte vorsätzliche Tötung, 2. Strafkammer vom 4. Juli 1997 i.S. R. S. (Nr. 167/II/97)

Beweismässig erstellter Sachverhalt:

Am 23. August 1995 suchten R. und dessen Begleiter das nachmalige Opfer J., um diesem die Beteiligung am Überfall auf L., den Schwager des Angeschuldigten, heimzuzahlen. Sie nahmen diese Suche per Auto auf und führten Messer mit. Als R. J. auf dem Velo in der Gegenrichtung fahrend sichtete, wendete er das Auto und fuhr J. nach. J. war inzwischen vom Velo abgestiegen und stand vor einem Fussgängerstreifen. R. lenkte den Wagen auf das Trottoir und fuhr gezielt mit einer Geschwindigkeit von ca. 50 km/h auf den am Strassenrand stehenden J. zu, der sich in letzter Sekunde durch einen Sprung zur Seite retten konnte. Nachdem R. den Personenwagen angehalten hatte, behändigte er das im Auto mitgeführte Messer und setzte dem in Richtung seines nahen Domizils flüchtenden J. mit dem Messer in der Hand nach, um dann die Verfolgung abubrechen, als J. dieses erreicht hatte.

Das Strafamtsgericht T. sah in diesem Vorgang zwei Phasen, und es würdigte die erste Phase - die Fahrt auf den am Strassenrand stehenden J. - als versuchte vorsätzliche Tötung, die zweite Phase - die Verfolgung mit dem Messer - dagegen als versuchte einfache Körperverletzung mit Waffe.

Bei der 2. Strafkammer stand am 4. Juli 1997 zufolge beschränkter Appellation nur noch der Schuldspruch wegen versuchter vorsätzlicher Tötung zur Überprüfung. Dieser Schuldspruch wurde bestätigt, desgleichen das erstinstanzlich ausgesprochene Strafmass von 3 ½ Jahren Zuchthaus. Die Kammer verwies aber im Sinne einer Randbemerkung darauf, dass nach ihrer Ansicht einiges dafür gesprochen hätte, den Tatablauf vom 23. August 1995 als einheitliches Geschehen zu betrachten und entsprechend zu beurteilen, und zwar aus folgenden Gründen:

“Man denke dabei etwa - was den äusseren Geschehensablauf betrifft - an den Umstand, dass R. das Messer nicht nur im Auto mitgeführt hatte, sondern dass der Angeschuldigte im Rahmen der anschliessenden Verfolgung auch dokumentierte, dass er dieses auch tatsächlich einzusetzen gedachte. Gerade wenn man - wie es die Vorinstanz annimmt - die zweifellos bestehende Gemütsbewegung berücksichtigt, in der sich der Angeschuldigte in diesem Moment (den Widersacher und Verletzter seines Schwagers L. vor Augen) befand, vermag die von der Vorinstanz vorgenommene Differenzierung in eine spontane Tathandlung des Tötungsversuches mit der Tatwaffe Auto einerseits und in eine - obschon unmittelbar anschliessend stattfindende - nun wiederum nur (versuchte) einfache Körperverletzung mit Waffe andererseits nicht restlos zu überzeugen. Bei einer gesamtheitlichen Betrachtungsweise des Tatgeschehens erscheint vielmehr naheliegend, zunächst primär im Messer und nicht im Auto die ursprünglich vorgesehene Tatwaffe zu sehen, allerdings noch ohne bewiesenen Tötungsvorsatz. Was die Willensrichtung betrifft, mit der diese Tatwerkzeuge dann schliesslich effektiv eingesetzt wurden, so kann auf die weiter oben erfolgten Ausführungen verwiesen werden. Gerade aufgrund dieses auf spontanem Entschluss basierenden und nach aussen dann als gleichsam gestaffeltes Geschehen imponierenden Vorgehens vermitteln das Losfahren (auf das Opfer) und die unmittelbar anschliessende Verfolgung zu Fuss den Eindruck - gerade weil in dieser Abfolge nicht geplant - faktisch untrennbarer und ineinander übergehender Vorgänge. Es liegt demnach ein in der Substanz einheitliches Geschehen vor (ROXIN, Strafverfahrensrecht,

21. Auflage, § 20 S. 122) und ein solcher Lebensvorgang hätte darum auch nicht im Sinne einer materiellrechtlichen Konkurrenz subsumtionsmässig aufgeteilt werden müssen. Ein separater Schuldspruch wegen versuchter Körperverletzung hätte bei dieser Betrachtungsweise unterbleiben können. Abgesehen davon, dass die Kammer aufgrund der diesbezüglich eingetretenen Rechtskraft am Schuldspruch R. ohnehin nichts mehr zu rütteln vermöchte, ist festzuhalten, dass sich dieser zusätzliche Schuldspruch praktisch kaum auswirkt, ist doch so oder so von einem insgesamt letztlich gleichbleibenden objektiven und subjektiven Tatverschulden auszugehen.”

Anmerkung:

Die Argumentation der Kammer ist nicht ohne Tücken. Wenn man nämlich den Tatablauf als einheitliches Geschehen betrachtet und damit echt konkurrierende Delikte ausschliesst, stellt sich die Frage, was denn mit dem zweifellos vollendeten Tötungsversuch in der Phase der Autofahrt geschehen wäre, wenn dem Angeeschuldigten in der Phase des Abbruchs der Verfolgung mit dem Messer Rücktritt vom Versuch aus eigenem Antrieb zuzubilligen gewesen wäre...

7. Veruntreuung, 2. Strafkammer vom 22. August 1997 i.S. M. M. (Nr. 225/II/97)

Ausgangspunkt des Verfahrens war eine Lieferung von Uhren nach Japan, die von der Firma “S. d. w.” des P. H. hergestellt worden war.

Zu dieser Uhrenbestellung durch die japanische Firma “T. F. T. Co. Ltd” in Tokio kam es unbestrittenermassen aufgrund der Vermittlung durch den Angeeschuldigten, welcher im Einverständnis mit H. gegenüber dem japanischen Erwerber der Uhren in eigenem Namen als Uhrenlieferant auftrat. Dabei wurde zwischen dem Angeeschuldigten und H. vereinbart, dass die von der japanischen Firma bestellten 1'000 Stück “Swiss Army”-Plastikuhren zum Preis von Fr. 30'000.- plus Fr. 360.- Portospesen verkauft würden, wobei H. dem Angeeschuldigten eine Provision von Fr. 1000.- zu bezahlen habe. Ursprünglich ging man davon aus, dass die japanische Firma eine Vorauszahlung von Fr. 15'360.- leisten und bei Lieferung der Ware den Restbetrag von Fr. 15'000.- bezahlen sollte, wobei die Art der Weiterleitung dieser Geldbeträge an H. in einem vom Angeeschuldigten unterzeichneten Schreiben vom 18. November 1994 festgehalten wurde. Offenbar auf

Wunsch der japanischen Firma kamen die Beteiligten in der Folge überein, das Geschäft mittels eines Akkreditivs mit Sichtwechsel, lautend auf den Namen von M., zu tätigen. Die Lieferung erfolgte hierauf im November 1994 von H. mittels Luftfracht durch die P. AG, Basel, an die japanische Warenbestellerin, welche ihrerseits den Kaufpreis mittels Akkreditiv auf den Namen des Angeschuldigten der SBG überwies; aus unbekanntem Gründen wurden allerdings nicht nur Fr. 30'360.- sondern Fr. 32'760 bezahlt. Den von den japanischen Kunden bezahlten Betrag leitete der Angeschuldigte indessen nicht an H. weiter, sondern er hob einen Teilbetrag offenbar am 20. Dezember 1994 in bar ab und verwendete diese Summe sowie den Rest des Geldes für anderweitige Verpflichtungen und Ausgaben.

In Bezug auf das Innenverhältnis zwischen H. - dem Uhrenlieferanten - und dem Angeschuldigten, welcher das fragliche Geschäft mit dem japanischen Käufer in die Wege geleitet und in eigenem Namen abgewickelt hatte, kam die 2. Strafkammer beweismässig zum Schluss, dass M. nur als Vermittler und Vertreter von H. handeln und den Verkaufserlös gegen Erstattung der vereinbarten Provision an diesen weiterleiten sollte, was M. entgegen getroffener Vereinbarung wegen finanziellem Engpass nicht getan hatte. Die 2. Strafkammer wertete diese Vertragsbeziehung als Kommissionsgeschäft nach Art. 425ff OR und nicht - wie von der ersten Instanz angenommen - als Agenturvertrag. Gemäss Art. 425ff OR ist ein Kaufs- oder Verkaufskommissionär, "wer gegen eine Kommissionsgebühr (Provision) in eigenem Namen für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) den Einkauf oder Verkauf von beweglichen Sachen oder Wertpapieren zu besorgen übernimmt." Vorbehältlich anderer Abrede wird der Kommissionär bei der Verkaufskommission nicht Eigentümer des Kommissionsgutes. Vom Kommittenten vorgeschossene oder vom Drittkäufer ausbezahlte Geldsummen werden indessen durch Vermischung Eigentum des Kommissionärs. Ungeachtet der Eigentumsverhältnisse gelten sowohl die Kommissionsware als auch der Verkaufserlös daraus als dem Kommissionär anvertraut (vgl. u.a. BGE 70 IV 72 und 101 IV 163 sowie TRECHSEL, Kurzkommentar, N 12 zu Art. 140 aStGB). M. hatte sich deshalb der Veruntreuung schuldig gemacht, weil er zwar durch Vermischung Eigentümer des von den japanischen Kunden bezahlten Geldes geworden war, er dieses aber nicht auf eigene, sondern als indirekter Stellvertreter auf Rechnung von H. erhalten hatte und als solcher zur Weiterleitung an H. verpflichtet gewesen wäre. Indem er den ihm anvertrauten Erlös aus dem Kommissionsgut nicht

vereinbarungsgemäss weitergeleitet, sondern für sich verwendet hatte, hatte er im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB unrechtmässig in eigenem Nutzen über diesen Vermögenswert verfügt. Bestraft wurde M. mit 6 Monaten Gefängnis, mit bedingtem Strafvollzug, bei einer Probezeit von 3 Jahren.

8. Diebstahl und Urkundenfälschung, 3. Strafkammer vom 17. September 1997 i.S. Z. J. (Nr. 199/III/97)

Z. focht vor der 3. Strafkammer den Schuldspruch wegen Diebstahls an, mit der Begründung, dass er das Fahrzeug nicht dauernd habe enteignen wollen. Die 3. Strafkammer hielt dem folgendes entgegen:

“Wer um ein fremdes Auto zu behändigen rund 100 km Distanz zurücklegt, zum Erlangen der Autoschlüssel einen Behälter aufwuchtet, in ca. 3 ½ Monaten mit dem Auto, das er mit falschen Nummernschildern versieht, ca. 5000 km zurücklegt und sich den Wagen erst durch die Polizei wegnehmen lässt, kann nicht mehr geltend machen, er habe das Auto nach “vorübergehender” Benutzung dem Berechtigten irgendeinmal wieder zuführen lassen wollen, womit kein Aneignungswillen gegeben sei. Unter diesen Umständen kann von einer Strolchenfahrt im Sinne einer kurzfristigen Entwendung zum Gebrauch keine Rede mehr sein. Wäre dem nicht so, dann könnte jede Verurteilung wegen Diebstahls eines Fahrzeuges mit dem Argument verhindert werden, der Täter habe im Sinn gehabt, das Fahrzeug irgendeinmal stehen zu lassen. Eine Subsumtion als blosser Entwendung zum Gebrauch in Abgrenzung zum Diebstahl dürfte im vorliegenden Fall zudem auch aufgrund der nach fast viermonatigem Gebrauch mehr oder minder stark eingetretenen Entwertung des Fahrzeuges nicht mehr in Frage kommen.”

Z. focht daneben auch den Schuldspruch wegen Urkundenfälschung an, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Als Angestellter im Probeverhältnis der C. musste Z. die ausgelaufenen Verträge der Kunden erneuern. Dazu musste er die Kunden aufsuchen, welche dann einen Erneuerungsvertrag unterzeichneten. In zwei Fällen unterzeichnete er die Erneuerungsverträge selber. Z. begründete dies damit, dass er beim einen Fall die Frau telefonisch nicht habe erreichen können und dass er beim andern Fall mit dem Kunden telefoniert und ein Treffen vereinbart habe, zu welchem es aber in

Folge der Kündigung nicht mehr gekommen sei. Er sei von der Firma dermassen unter Druck gestanden, dass er die Unterschriften eigenhändig gesetzt habe.

Dem Schuldspruch wegen Urkundenfälschung widersetzte sich Z. mit der Begründung, der Vorsatz sei nicht gegeben, weil er habe davon ausgehen dürfen, dass er die echten Unterschriften nachträglich werde einholen können.

Zum angeblich fehlenden Vorsatz hielt die 3. Strafkammer fest, dass die Erstellung einer unechten Vertragsurkunde von vornherein nur mit Wissen und Willen erfolgen könne. Dass der Angeschuldigte mit dem Willen zu Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt oder dies zumindest in Kauf genommen habe, ergebe sich bereits daraus, dass er die gefälschten Urkunden der C. mittels Fax habe zukommen lassen, um seine behaupteten Vertragsabschlüsse zu belegen. Damit sei auch widerlegt, dass der Vorsatz nicht deswegen entfallen könne, weil er davon hätte ausgehen können, die echten Unterschriften nachträglich einholen zu können. Entscheidend sei allein, dass die Fälschung bereits erfolgt gewesen sei und er diese aus seinem Herrschaftsbereich heraus seinem Arbeitgeber zur Täuschung habe zukommen lassen, er die Fälschung also gar nicht mehr unbemerkt hätte rückgängig machen können. Ein allfälliger nachträglicher Vorsatz zum besseren könne seine früheren anderen Entschlüsse nicht rückwirkend entkräften.

Die 3. Strafkammer verwarf auch das Argument des Appellanten, dass er mit den zwei Unterschriften niemanden habe schädigen wollen und dass auch die unrechtmässige Vermögensabsicht zu verneinen sei, weil er nicht im Bewusstsein gehandelt habe, 3% Provision zu erhalten. Die 3. Strafkammer hielt dem den bundesgerichtlichen Entscheid 121 IV 90 entgegen, der sich eingehend mit der Unrechtmässigkeit der Vorteilsbeschaffung befasst und festhält, dass sich diese nicht nur aus dem angestrebten Ziel, sondern auch aus den eingesetzten Mitteln ergeben kann. Bei Z. lag eine mit diesem Entscheid vergleichbare Situation vor. Er hatte die Urkunden gefälscht und sie der C. per Fax zugehen lassen, um damit bessere Voraussetzungen für eine definitive Anstellung zu schaffen, was der Absicht, sich im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einen unrechtmässigen Vorteil zu beschaffen, entspricht.

9. Raufhandel, 2. Strafkammer vom 15. April 1997 i.S. H. A. Z. (Nr. 049/II/97)

E. Z. und Z. schlugen sich während einer tätlichen Auseinandersetzung in einem Lokal gegenseitig eine Flasche auf den Kopf. Dabei wurde G. Freundin mit Flüssigkeit aus den zerberstenden Flaschen angespritzt. Während sich E. Z. und Z. nach dieser tätlichen Auseinandersetzung nur noch gepackt hielten und sich anschrien, griff G. schlichtend ein und zog Z. von E. Z. weg. E. Z. entfernte sich darauf und flüchtete. Währenddessen schob G. Z. ohne grosse Gewaltanwendung Richtung Ausgang. Dabei zog sich G. aus ungeklärten Gründen eine Schnittverletzung an der Hand zu, bei der unklar ist, wer sie ihm zugefügt hat. N. versuchte im Laufe der Auseinandersetzungen, vom Personal Hilfe anzufordern und wurde dabei von unbekannter Täterschaft irrtümlich als Täter angesehen und geschlagen.

Die 2. Strafkammer beurteilte den Vorfall als Rauferei zwischen Z. und E. Z., die sich nur gegenseitig abspielte, ohne dass ein Dritter dabei tätlich angegriffen wurde. Als G. eingriff, hätten sich die zwei Streitenden zwar noch festgehalten und angeschrien, ihre tätliche Auseinandersetzung sei in diesem Moment jedoch nicht mehr in Gang gewesen. Keiner der beiden habe G. angegriffen, G. Eingriff sei schlichtender und nicht tätlicher Art gewesen. Die Spritzer Flüssigkeit aus der von Z. auf E. Z. Kopf zerschlagenen Flasche, die G. Freundin trafen, könnten laut der 2. Strafkammer nur bei weiter Auslegung der Tötlichkeit als Angriff auf die körperliche Integrität angesehen werden. Seitens Z. war dazu jedoch nicht einmal Eventualvorsatz vorhanden. Von wem N. geschlagen wurde und ob die Tötlichkeit in einem Zusammenhang mit der Auseinandersetzung zwischen Z. und E. Z. stand, bleibe ungeklärt. Da N. jedoch nur den Beizug der Polizei verlangte und daraufhin geschlagen wurde, fehle es an einer wechselseitigen tätlichen Auseinandersetzung. Laut Beweisergebnis waren nie mindestens drei Personen gleichzeitig an der Schlägerei beteiligt, sodass der objektive Tatbestand des Raufhandels nicht erfüllt sei.

**10. Gewerbsmässigkeit bei Widerhandlungen gegen das BetmG,
2. Strafkammer vom 24. Juni 1994 i.S. M. L. (Nr. 099/II/97)**

L. nahm von einem holländischen Ehepaar, welches er anlässlich einer Reise nach Holland kennengelernt hatte, auf ein entsprechendes Angebot hin während rund 2 1/2 Jahren unter vier Malen insgesamt 30 kg Haschisch zum Preis von Fr. 4000.- pro Kilogramm in Kommission entgegen. Er veräusserte anschliessend je 15 kg dieser Drogen an H.M. und F.L. Aus diesen Verkäufen resultierte ein Nettogewinn von ca. Fr. 11'500.-, während der erzielte Umsatz 136'500.- betrug. Die Dealer-Tätigkeit trug namhaft zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung bei, er hatte jedoch nicht vor, diesen Handel auszuweiten oder weiterzuführen, sondern stieg aus dem Geschäft aus, als ihm die Sache zu "heiss" wurde.

Die 2. Strafkammer hielt fest, der Ansatzpunkt für die Umschreibung der Gewerbsmässigkeit liege gemäss BGE 116 IV 319ff im Begriff des berufsmässigen Handelns. Die Delinquenz L. wurde von der Kammer jedoch nicht als "berufsmässige" qualifiziert. Ohne seine Delinquenz zu bagatellisieren, sei festzustellen, dass sich die von ihm an den Tag gelegte kriminelle Energie in relativ engen Grenzen halte. Tatsächlich sei dem mehr zufällig als gesuchten Einstieg ins Haschischgeschäft ein ohne nennenswerten organisatorischen Aufwand betriebener Handel gefolgt, und zwar mit Partnern, die entweder das Geschäft an ihn herantrugen (holländisches Ehepaar) oder sich ohne weiteres darauf einliessen (seine zwei stets gleichbleibenden Abnehmer). Das Geschäft L. sei nennenswert durch das Element des Zufälligen geprägt gewesen und er habe weder umsatzmässig noch hinsichtlich des Abnehmerkreises je versucht, es auszudehnen. Der Gewinn sei im Vergleich mit dem erzielten Umsatz gering geblieben. Auch sei bezeichnend, dass L. seinen Haschischhandel aufgab, als ihm die Sache zu heiss wurde. Aus diesen Gründen kam die 2. Strafkammer zum Schluss, es fehle an einem berufsmässigen Handeln des Angeschuldigten.

**11. Grobe Verkehrsregelverletzung, 2. Strafkammer vom 12. September 1997
i.S. P. M. (Nr. 243/II/97)**

P. M. und ein zweiter Fahrzeuglenker machten sich ein Spiel daraus, auf der Autobahn parallel zueinander in langsamem Tempo, teilweise mit lediglich 50 km/h,

die nachfolgenden Fahrzeuglenker zu verärgern und behindern. So wurde aufgrund dieser Fahrweise ein Car gezwungen, scharf abzubremsen. Während die Angeschuldigte und der zweite Beteiligte kurz darauf einen Sattelschlepper zum wiederholten Male schikanierten, indem die Angeschuldigte vor dem Lastwagen und der zweite PW links neben ihm auf der Fahrspur seine Fahrt behindern, begann der Sattelschlepper, den zweiten PW nach links abzudrängen. Während sich die Angeschuldigte darauf absetzte, kam es bei einem Überholmanöver des vom Sattelschlepper bedrängten und auf der Grasnarbe fahrenden PW's zu einer Kollision zwischen den beiden.

Die Strafkammer befand, wer auf der Autobahn teilweise mit lediglich 50 km/h neben einem anderen Fahrzeug fahre und so die Autobahn blockiere, verletze Verkehrsregeln in objektiv schwerer und subjektiv rücksichtsloser Weise, namentlich, wenn er dies allein zum Plausch, als private Belustigung, tue.

**12. Teilnahme an/Vermittlung einer verbotenen Lotterie im Schneeballsystem,
3. Strafkammer des Obergerichts vom 27. August 1997 i.S. B. W.
(Nr. 158/III/97)**

Der Angeschuldigte hatte in Deutschland an einer Lotterie im Schneeballsystem teilgenommen. Die 3. Strafkammer kam beweismässig zum Schluss, dass er weitere drei Personen zu einer Teilnahme an dieser in der Schweiz verbotenen Lotterie angeworben hatte. Für die "Vermittlung" dieser drei Teilnehmer hätte der Angeschuldigte nach dem "Schneeballsystem" DM 7000.- erhalten sollen. Nach nicht zu widerlegender Darstellung des Angeschuldigten wurden ihm jedoch gesamthaft nur DM 3'000.- ausbezahlt. Er war sich bewusst, dass solche Lotterien in der Schweiz verboten waren, glaubte aber dennoch, sich legal verhalten zu haben, weil alle Geschäfte in Deutschland abgewickelt wurden.

Der Appellant machte geltend, das Lotteriewgesetz sei auf ausländische Veranstaltungen nicht anwendbar. Zudem handle es sich in casu um eine legale Veranstaltung nach deutschem Recht. Diese legale ausländische Veranstaltung falle nicht in den Geltungsbereich des LG. Die 3. Strafkammer hielt dem entgegen, dass das LG keine ausdrückliche Bestimmung enthalte, die besage, es sei auf ausländische Spiele nicht anwendbar, sofern diese im Ausland nicht strafbar seien. Im Gegensatz dazu habe der Gesetzgeber beim Erlass der Geldwäschereinorm von

Art. 305 StGB in dessen Ziffer 3 explizit festgehalten, dass Geldwäscherei in Bezug auf eine ausländische Haupttat nur strafbar sei, sofern sie dies auch am Begehungsort sei. Aus dem Fehlen einer entsprechenden Bestimmung im LG sei demnach umgekehrt zu schliessen, dass das LG gerade auch Anwendung auf nach ausländischem Recht legale Veranstaltungen finden soll. Das sog. Ubiquitätsprinzip gestatte namentlich die strafrechtliche Ahndung von Distanzdelikten (Art. 3 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Art 7 Abs. 1 StGB). Schliesslich lasse auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf die Anwendbarkeit des LG auf im Ausland legale, jedoch durch das LG verbotene Lotterien schliessen; denn in BGE 102 IV 131 führe das Bundesgericht aus, dass es sich bei der deutschen "6 aus 49er" Wette um eine verbotene Lotterie handle und dass sich strafbar mache, wer in anderer Weise als durch Einlegen an der Durchführung derselben mitgewirkt habe.

Auch mit der Rüge der Verletzung des Grundsatzes "nulla poena sine lege" hatte der Appellant keinen Erfolg; die 3. Strafkammer befand, dass sich die Vollziehungsverordnung zum LG (wo die "lotterieähnlichen" Unternehmungen definiert werden) in den Schranken der Delegationsnorm von Art. 56 Abs. 2 LG halte.

Der Appellant berief sich schliesslich auch auf einen Rechtsirrtum, obwohl er selber eingestanden hatte, gewusst zu haben, dass ein solches "Spiel" nach schweizerischem Recht nicht erlaubt wäre. Nach ständiger Rechtsprechung zu Art. 20 StGB kann sich auf Rechtsirrtum nur berufen, wer zureichende Gründe zur Annahme hatte, er tue überhaupt nichts Unrechtes, und nicht schon, wer die Tat bloss für straflos hielt. Für den Ausschluss des Rechtsirrtums genügt schon das unbestimmte Empfinden, dass das in Aussicht genommene Verhalten gegen das verstösst, was recht ist (BGE 90 IV 185 mit Hinweisen). Wenn der Angeschuldigte also wusste, dass das Spiel in der Schweiz nicht erlaubt wäre, so handelte er im Bewusstsein um die Rechtswidrigkeit seines Tuns. Der Angeschuldigte könne sich deshalb nicht auf einen Rechtsirrtum berufen.

**13. Landesverweisung, 2. Strafkammer vom 8. Juli 1997 i.S. A. G.
(Nr. 184/II/97)**

G. A., ein abgewiesener Asylbewerber, wurde wegen mehrfach und bandenmässig begangenen Diebstahls zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 12 Monaten

und zu 5 Jahren Landesverweisung, unbedingt, verurteilt. Er appellierte gegen die Nebenstrafe der Landesverweisung

Die 2. Strafkammer prüfte in erster Linie das Verschulden des Täters und seine persönlichen Verhältnisse, da die weiteren allgemeinen Voraussetzungen für eine Ausweisung unbestrittenermassen vorlagen. Sie hielt fest, dass die Vorinstanz zu Recht das Verschulden als nicht leicht eingestuft hatte, lagen doch nicht weniger als 8 Diebstähle in 3 Monaten und ein höchster Deliktsbetrag von über Fr. 30'000.- zur Beurteilung vor, die ihren Niederschlag in einer Gefängnisstrafe von 12 Monaten gefunden hatten. Dass der Angeschuldigte einschlägig vorbestraft sei, wirke sich auf sein Verschulden erschwerend aus, daran ändere auch das im Bewusstsein um die erdrückende Beweislage abgelegte Geständnis nichts. Dieses könne nicht als durch Reue motiviert betrachtet werden.

Zu den persönlichen Verhältnissen bemerkte die 2. Strafkammer, G. A. sei seit etwas mehr als zwei Jahren in der Schweiz und habe einen bedeutenden Teil dieser Zeit in Untersuchungshaft verbracht. Für eine Assimilation hätten äusserst ungünstige Umstände bestanden und aus der Dauer liessen sich somit nicht die geringsten Anhaltspunkte für eine noch so schwache Beziehung zur Schweiz herleiten. Dass er beabsichtige, Frau H. B., die im Genuss einer Niederlassungsbewilligung steht, zu heiraten, brachte A. erst vor oberer Instanz vor. Bezüglich seiner "Familienverhältnisse" in der Schweiz hatte er in der untersuchungsrichterlichen Einvernahme zu seiner Person nur von drei Schweizer-Freundinnen gesprochen. Von einer zukünftigen Ehefrau war nicht die Rede. In der Hauptverhandlung tat A. die Absicht kund, in der Schweiz zu heiraten. Erst vor oberer Instanz gab er jedoch die Identität der Braut, Frau H. B., preis. Die 2. Strafkammer betrachtete diese Äusserung in Anbetracht der oben geschilderten Umstände jedoch als offensichtlich durch die drohende Landesverweisung bedingt und als kein Indiz, das eine nähere Beziehung zur Schweiz darzustellen vermöge. Weder A. noch seine "Braut" hatten während seiner Haft je ein Gesuch um Erteilung einer Besuchsbewilligung gestellt und das Bedürfnis bekundet, Kontakt zueinander herzustellen. Der Angeschuldigte konnte auch keine Beziehungen zur Schweiz durch seine Arbeit vorweisen, so dass die 2. Strafkammer zum Schluss kam, der Angeschuldigte habe keine schützenswerte Beziehung zur Schweiz, die bei der Anordnung der Landesverweisung zu berücksichtigen wären. Sie verneinte auch

das Vorliegen einer günstigen Prognose zur Gewährung des bedingten Vollzuges der Landesverweisung und bestätigte das Urteil der Vorinstanz.

Auf die von A. eingereichte staatsrechtliche Beschwerde trat das Bundesgericht mit Entscheid vom 18. Oktober 1997 nicht ein, die Nichtigkeitsbeschwerde wurde abgewiesen, soweit das Bundesgericht darauf eintrat.

14. Landesverweisung, 2. Strafkammer vom 29. Juli 1997 i.S. G. R. (Nr. 196/II/97)

R. G. wurde wegen mehrfachen Diebstahls und Versuchs dazu zu einer Gefängnisstrafe von 3 Monaten und zu 3 Jahren Landesverweisung verurteilt. Der Angeeschuldigte appellierte gegen die Landesverweisung.

Die 2. Strafkammer erwog, dass in der Person liegende Gründe, die gegen eine Landesverweisung sprechen, nicht erkennbar seien. Die Tatsache, dass Frau T., R. Freundin, im Juli 1996 ein Kind zur Welt gebracht habe, müsse keineswegs für eine in der Schweiz effektiv gelebte und tragfähige eheähnliche Beziehung zwischen den beiden sprechen. Die Kammer verwies auf einen Vorfall, der Frau T. während des Zusammenlebens mit R. veranlasst hatte, sich wegen Gewalttätigkeiten seitens von R. an die Polizei zu wenden. An dieser Einschätzung ändere auch nichts, dass die beiden zu einem späteren Zeitpunkt offenbar wieder zusammenzogen und in der Folge noch einmal 3/4 Jahre zusammenwohnten. Offensichtlich habe der Angeschuldigte nämlich nach der Geburt des Kindes weder seine Lebensgestaltung geändert, noch sei er während der ihm auferlegten Probezeit deliktsfrei geblieben. Nachdem selbst eine Ehe mit einer Schweizerin grundsätzlich einer Landesverweisung nicht entgegenstehe, könne in der hier vorliegenden Beziehung noch viel weniger ein stichhaltiges Argument gegen eine Landesverweisung gesehen werden. Ein allfälliges Zusammenleben müsste abgesehen davon nicht unbedingt in der Schweiz erfolgen. Es sei also irrelevant, ob der Angeschuldigte und Frau T. letztendlich eine Ehe eingehen würden. Es wäre der Ehefrau nicht unzumutbar, dem Angeschuldigten ins Ausland zu folgen. So wenig es deshalb im Lichte von Art. 8 EMRK stichhaltige Gründe gebe, hier von einer Wegweisung abzusehen, so wenig seien auch im gesamten Verhalten des Angeschuldigten schutzwürdige Interessen erkennbar, die das öffentliche Interesse an einer Wegweisung überwiegen würden. Angesichts des Sicherungs-

zwecks und des gesamten Unrechts- und Schuldgehalts sei die Ausfällung einer Landesverweisung geboten. Betreffend die Gewährung des bedingten Vollzugs des Landesverweises hielt die 2. Strafkammer fest, dass nicht einmal eine unbestimmte Hoffnung auf künftiges Wohlverhalten bestehe.

15. Nochmals Landesverweisung, 2. Strafkammer vom 29. April 1997 i.S. D. A. (Nr. 059/II/97)

Keine Gnade in Sachen Landesverweisung fand vor der 2. Strafkammer auch D., ein nicht geständiger Drogendealer, der wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das BetmG zu 3 ¾ Jahren Zuchthaus verurteilt wurde. Daneben verhängte die 2. Strafkammer auch eine 10-jährige Landesverweisung. In der Begründung dazu fand die 2. Strafkammer deutliche Worte:

“Wer wie D. das schweizerische Gast- und Asylrecht sowie die entsprechenden sozialen Institutionen missbraucht, sich mit anständiger Arbeit sowie dem Land nicht zufrieden gibt, vielmehr aus reiner Gewinnsucht Drogenhandel in namhaftem Ausmasse betreibt, ist schlechterdings unerwünscht und des Landes zu verweisen.”

“Wer wie D. eine solche Grundgesinnung hat und Grundhaltung an den Tag legt, im Verfahren leugnet, wider alle Evidenz abstreitet und schlicht nicht den geringsten Hauch an Einsicht zeigt, hat offensichtlich eine Charakterschwäche, die keine gute Prognose zulässt. ... Somit kann auch angesichts der weiteren Strafverbüßung davon ausgegangen werden, dass er nicht Gewähr bietet, er werde sich inskünftig auf die Dauer und auf allen Gebieten wohverhalten, wozu ihn auch eine bloss bedingte Landesverweisung nicht anzuhalten vermag.”

Anmerkung:

Die neueren Landesverweisungs-Entscheide lassen den Schluss zu, dass es für die Angeschuldigten nicht mehr so leicht ist, die Landesverweisung wegzudiskutieren oder den bedingten Vollzug zu erwirken.

16. Zustellung eines Strafmandates an die Witwe, Kassationshof des Kantons Bern vom 28. Mai 1997 i.S. H. H. (Nr. 5/97)

Die Staatsanwaltschaft II Emmental-Oberaargau ging in ihrem Revisionsgesuch zuungunsten des Angeschuldigten davon aus, das gegen H. H. nach dessen Ableben ausgefallte und dessen Witwe postalisch zugestellte Strafmandat sei mangels Einspruch in Rechtskraft erwachsen.

Der Kassationshof des Kantons Bern befand, dass dem nicht so sei. Mit dem Tod des Beschuldigten sei ein absolutes Prozesshindernis eingetreten, das eine materielle Urteilsfällung ohne weiteres verunmögliche (AESCHLIMANN, Strafprozessrecht, 1996, N. 642). Im alten Strafverfahren (Art. 5 aStrV) sei diese Wirkung mit "Erlöschen der öffentlichen Klage" umschrieben gewesen. Obschon im neuen Strafprozessrecht eine entsprechende Bestimmung fehle, habe der fundamentale Prozessgrundsatz weiterhin Gültigkeit. Der Feststellung der Strafverfolgungsbehörde, dem Verfahren keine weitere Folge zu geben, komme daher keine konstitutive, sondern nur noch deklaratorische Bedeutung im Sinne eines Prozessurteils zu (ROXIN, Strafverfahrensrecht, 21. Auflage, § 21, S. 128f).

Der Kassationshof hielt weiter fest, dass man zum gleichen Schluss käme, wenn man in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon ausginge, ein Urteil erhalte erst mit der Eröffnung rechtliche Existenz und sei vorher inexistent (BGE 122 I 97). Eine Eröffnung sei beim vorliegenden Strafmandatsurteil nämlich - zwangsläufig - unterblieben. Das Urteil habe deshalb ab ovo an einem unheilbaren Mangel gelitten und gar nie Wirkung entfalten können. Alle prozessualen Bestimmungen, die unter bestimmten Umständen eine rechtsgültige Eröffnung an den Betroffenen via Dritte oder mittels Publikation erlaubten, seien mit der stillschweigenden aber selbstverständlichen Voraussetzung verbunden, dass der Adressat noch am Leben sei und die betreffende Publikation lese.

17. Prozessgrundsatz der Unmittelbarkeit, Art. 254 aStrV, Art. 4 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK, Kassationshof des Kantons Bern vom 17. März 1997 i.S. K. S. (Nr. 19/96)

K. wurde vom Geschwornengericht des II. Bezirks des Kantons Bern wegen vorsätzlicher Tötung und einfacher Körperverletzung zu 7 Jahren Zuchthaus und zu 10 Jahren Landesverweisung verurteilt. Er erhob Nichtigkeitsklage an den Kassationshof und beantragte, das Urteil des Geschwornengerichts sei zu kassieren, da Art. 249 bzw. 254 aStrV sowie Art. 4 und 6 Ziff. 3 lit. d EMRK verletzt seien.

V.S. war in der Voruntersuchung gegen K. als Zeuge einvernommen und das entsprechende Aussagenprotokoll in der Hauptverhandlung verlesen worden. Für den Angeschuldigten oder dessen Verteidiger hatte keine Gelegenheit bestanden, dieser Einvernahme beizuwohnen. Der Verteidiger erhielt jedoch gleichzeitig mit der Übernahme des Mandats einen Monat nach dieser Einvernahme den ausdrücklichen Hinweis auf die Möglichkeit, eine nochmalige Einvernahme (auch) mit dem Zeugen V.S. zwecks Ausübung des Fragerechts zu verlangen. Der Untersuchungsrichter machte schon bei dieser Gelegenheit auf die V.S. angesetzte Ausreisefrist und die Gebotenheit einer baldigen Befragung aufmerksam. Da sich K. zu diesem Zeitpunkt und bis zur Ausreise V.S.'s auf der Flucht befand, verzichtete sein Verteidiger auf das Stellen von Ergänzungsfragen, da er keinen Kontakt zu seinem Klienten herstellen konnte, ohne jedoch grundsätzlich auf das sich aus Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK ergebende Recht zu verzichten. Dieses Recht stehe nämlich dem Angeschuldigten höchstpersönlich zu und die Tatsache, dass dem Verteidiger während der Flucht des Angeschuldigten das Recht, Ergänzungsfragen zu stellen, eingeräumt würde, bevor er überhaupt instruiert werden könne, dürfe nicht zu einer Beschneidung dieses dem Angeschuldigten zustehenden Rechts führen.

In der Nichtigkeitsklage machte K. geltend, dass es unzulässig gewesen sei, das Protokoll der Aussagen V.S.'s zu verlesen. Diese Prozesshandlung sei in Verletzung von Art. 249 bzw. 254 aStrV erfolgt. Ausserdem sei das Recht auf rechtliches Gehör (Art. 4 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK) insoweit verweigert worden, als dieses dem Angeklagten garantiere, mindestens einmal der Einvernahme von Belastungszeugen beizuwohnen und Ergänzungsfragen zu stellen. Dies sei für

die Urteilsfindung in casu aus dem Grunde relevant gewesen, weil es nur zwei eigentliche "Tatzeugen" gegeben habe, wovon V.S. einer gewesen sei.

Der Kassationshof lehnte die Auffassung, dem Angeklagten stehe ein höchstpersönliches und damit nur von diesem ausübbares Fragerecht zu, ab. Auch eine BV- (Art. 4) bzw. EMRK- (Art. 6 Ziff. 3 lit. d) konforme Auslegung von Art. 249 bzw. 96 aStrV erlaube ein alternatives Einräumen dieser Befugnis an den Angeklagten oder dessen Verteidiger. Es sei dem Nichtigkeitskläger grundsätzlich zuzustimmen, wenn er eine effektive Ausübung des Fragerechts durch den Verteidiger von einer vorgängigen Kontaktaufnahme zum Klienten abhängig mache. Die Möglichkeit der Kommunikation zwischen Angeschuldigtem und Verteidiger als Voraussetzung für die Teilnahme des Verteidigers an Einvernahmen von Zeugen könne als Regel gelten. Eine andere sinnvolle Ausübung des Fragerechts dürfe jedoch nicht a priori ausgeschlossen werden. Umfang und Gegenstand der für die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte notwendigen Kommunikation liessen sich nämlich nicht generell bestimmen; es könne unterschiedlicher Informations- und Instruktionsbedarf bestehen. Ausnahmsweise könne und müsse das Fragerecht des Verteidigers gegenüber Belastungszeugen durchaus sinnvoll auch ohne diese Kommunikation ausgeübt werden. Dies sei dann der Fall, wenn bereits aus den Akten Widersprüche innerhalb der Aussagen eines den Angeschuldigten belastenden Zeugen oder unter den Aussagen verschiedener Belastungszeugen erkennbar seien. Der Verteidiger dürfe sich umso weniger auf die noch nicht möglich gewesene Rücksprache mit dem Klienten berufen, wenn es konkrete Anzeichen dafür gebe, dass zu befragende Personen zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr zur Verfügung stehen könnten. Verzichte er unter diesen Umständen auf ein Fragerecht, dessen Ausübung auch ohne Rücksprache mit dem Angeschuldigten möglich wäre, so könne er sich insoweit nicht auf den Grundsatz des fair trial berufen, sondern er sei jedenfalls in diesem Umfang bei seinem Verzicht zu behaften. Abgesehen davon erlaube auch die Praxis zu Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK, der ein rechtsstaatliches Verfahren im Sinne des fair trial garantieren wolle und darum entsprechend auszulegen sei, Einschränkungen. Die Frage, ob die Verteidigungsrechte gewährleistet wurden, beurteile sich nach den gesamten Umständen im konkreten Fall. Der Bestimmung von Art. 6 EMRK liege immerhin die Hypothese zugrunde, dass die Einhaltung der Verfahrensgarantien letztlich auch zum "richtigen" Urteil führen werde. Ausnahmsweise und aufgrund einer Güterabwägung dürfe somit auf Zeugenaussagen abgestellt werden, bei

deren Zustandekommen die Verteidigungsrechte nicht garantiert gewesen seien, ohne dass der Anspruch auf Ausübung des Fragerechts verletzt werde, (so etwa EuGH i.S. Doorsen c. NL v. 26. März 1996). Bei der Berücksichtigung entsprechender Aussagen sei allerdings besondere Vorsicht am Platz und ein Schuldspruch dürften nicht allein auf solche Angaben gründen. Da das Urteil des Geschwornengerichts auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden war, wies der Kassationshof die Nichtigkeitsklage ab.

Vergleichsverhandlungen

Referat von Hans Jürg Naegeli, Obergerichtspräsident und Vizepräsident des Handelsgerichts, am Seminar des Schweizer Verbandes der Richter in Handelssachen vom 23. Oktober 1997 in St. Gallen

1. Einleitung

New Public Management, wie es heute in aller Munde ist, kann durchaus Anlass sein zu fragen, ob und allenfalls unter welchen Umständen es überhaupt wirtschaftlich sein kann, den Streit um einen Vermögenswert vor Gericht auszutragen. Erstaunlicherweise hat sich schon 1978 Beat Nussbaum als Doktorand bei Professor Max Kummer in Bern mit dieser Frage auseinandergesetzt und ist - was weniger erstaunt - zum Schluss gekommen, dass sie bejaht werden darf, wenn ein Streit innert kurzer Frist und ohne grosse Kosten, aber unter optimaler Verwirklichung des materiellen Rechts beendet werden kann. Genau diesem Ziel soll der Vergleich dienen, wie die Schlichtung eines Streites, bei der sich die Parteien mit oder ohne Hilfe des Gerichts entgegenkommen, nun einmal genannt wird.

Tatsächlich macht auch das Handelsgericht des Kantons Bern von diesem Mittel rege Gebrauch, um Verfahren abzukürzen und damit Zeit und Geld zu sparen. So standen im Durchschnitt der letzten fünf Jahre rund zwei Drittel Vergleiche einem Drittel Sachurteile gegenüber. Es liegt auf der Hand, dass der Aufwand für Parteien und Gericht bedeutend höher wäre, wenn zweimal mehr Fälle beweismässig ganz vorbereitet und urteilsmässig beraten und ausgefertigt werden müssten.

2. Zulässigkeit

Weil es Zweck einer Prozessordnung ist festzulegen, wie der Rechtsfriede durch Urteil wiederhergestellt werden soll, verwundert es nicht, dass sich das geschriebene bernische Recht über den Vergleich fast ausschweigt. Nur gerade beim Aussöhnungsversuch, der dem Einreichen einer schriftlichen Klage grundsätzlich vorauszu-gehen hat, findet sich in Art. 148 Abs. 1 ZPO der allerdings prägnante Satz: *Der Gerichtspräsident sucht die Parteien zu vergleichen.* Auf eine einvernehmliche Erledi-

gung soll ferner Art. 59 ZPO hinwirken; er besagt, dass *eine Partei zu allen Kosten verurteilt werden kann, wenn sie durch das Urteil nicht wesentlich mehr erhält, als ihr von der Gegenpartei für den Fall der gütlichen Beilegung des Streites angeboten wurde*. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung bezieht sich diese Norm indessen lediglich auf Angebote, die vor Rechtshängigkeit der Klage gemacht werden. Für den Fall eines Vergleiches, der die Kostenfolgen nicht regelt, legt Art. 207 Abs. 2 ZPO schliesslich deren Bestimmung durch das Gericht fest.

Diese wenigen Regeln schliessen nicht aus, dass auch nach dem förmlichen Aussöhnungsversuch vergleichsweise Lösungen angestrebt werden dürfen und sollen. Als Richtschnur für die gerichtliche Einwirkung mag dabei dienen, was schon 1810 der Berner Professor Samuel Ludwig Schnell im Handbuch des Zivilprozessrechts festgehalten hat: *... und macht ihnen zweckmässige Vorschläge zu einer unkostspieligen Ausgleichung, wobey er sich jedoch aller Drohungen enthalten und den Einfluss, den ihm seine Stelle auf die Willensbestimmungen der Parteien giebt, nie missbrauchen soll, sie gegen ihren Willen zu einem Transakt oder zu einem Kompromiss zu zwingen*.

Von Georg Leuch, Omar Marbach und Franz Kellerhals, den Kommentatoren der geltenden Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, wird die erwähnte Bestimmung zum Aussöhnungsversuch wie folgt ausgelegt: *Der Friedensrichter (heisst im Kanton Bern allerdings Gerichtspräsidentin oder Gerichtspräsident) ist weniger Richter als Berater der Parteien. Er soll bestrebt sein, richtigen Einblick in das Streitverhältnis zu erlangen, um den Parteien sachgerechte Vergleichsvorschläge, bei denen naturgemäss Billigkeitsrücksichten mitsprechen werden, zu unterbreiten und je nach Sachlage zu Verzicht oder Anerkennung zuzureden. Vergleichsvorschläge, die nicht auf Sachkunde beruhen, und drängendes Zureden schaden dem Ansehen des Amtes und unterbleiben deshalb besser*.

Gegenstand eines Vergleiches können alle Rechtsansprüche sein, über welche die Parteien frei verfügen, mithin alle Begehren, die vor Handelsgericht gestellt werden können.

3. Rahmen und Beteiligte

Nach einem Aussöhnungsversuch und nach durchgeführtem, in der Regel einfachem Schriftenwechsel (Art. 173 ZPO) ergibt sich in der fakultativen Vorbereitungsverhandlung, auch Instruktionsverhandlung genannt, eine weitere Gelegenheit, einen Vergleich herbeizuführen. Allerdings soll dies nicht selbständiger Zweck einer solchen Verhandlung sein. Oft bietet denn auch die Vorschrift, dass eine Vorbereitungsverhandlung dann und nur dann stattfinden soll, wenn die Schriftsätze den Prozessstoff ungenügend erhellen (Art. 176 Abs. 1 ZPO), nicht eben gute Voraussetzungen für ein Vergleichsgespräch mit den Parteien, es sei denn, die Sach- und Rechtslage könne durch Befragung der Parteien hinreichend geklärt werden oder bleibe derart unklar, dass auch von den angebotenen oder angerufenen weiteren Beweismitteln eine Klärung nicht zu erwarten ist. Wie noch zu zeigen sein wird, ist im allgemeinen aber eine möglichst genaue Einschätzung der Prozessaussichten in beweismässiger und rechtlicher Hinsicht eine der wichtigsten Grundlagen für erfolgreiche Vergleichsverhandlungen. Gegen ein Vergleichsgespräch in diesem Stadium des Prozesses, in dem die Parteien neue Behauptungen und Beweismittel noch ohne weiteres nachschieben können (Art. 92 ZPO), spricht ferner, dass es von den Parteien gerne benützt wird, um eine erste Bewertung der Prozesschancen und -risiken durch die Instruktionsrichterin oder den Instruktionsrichter zu vernehmen und dann umso gezielter den Prozessstoff zu Beginn der Hauptverhandlung ergänzen oder ändern zu können. Andererseits erlaubt der Beizug einer Fachrichterin oder eines Fachrichters zur Vorbereitungsverhandlung (Art. 19 Abs. 2 HGD) gelegentlich, offene Sachfragen zu beantworten und auf diese Weise doch gute Voraussetzungen für einen ernsthaften Vergleichsvorschlag zu schaffen.

Dennoch haben diese Umstände insgesamt dazu geführt, dass beim Handelsgericht des Kantons Bern nur selten eine Vorbereitungsverhandlung stattfindet. Meist wird gleich zur Hauptverhandlung geschritten, anlässlich der dann auch über einen Vergleich verhandelt wird, allerdings regelmässig erst nach den ersten Vorträgen der Parteien, dem Erlass der Beweisverfügung, einem Parteiverhör und allenfalls der Abhörung einzelner Zeugen. Dass ein solches Vorgehen bereits früher üblich war, belegt die eingangs erwähnte Untersuchung von Nussbaum, der für die Jahre 1969 bis 1971 festgestellt hat, dass 3/4 der Vergleiche vor Handelsgericht nach ganz oder teilweise durchgeführtem Beweisverfahren geschlossen wurden. Das hat wiederum zur Folge,

dass einerseits das Gesamtgericht daran teilnimmt und andererseits - was ich als entscheidenden Vorteil betrachte - grundsätzlich die dem Beweis dienenden Urkunden vollständig vorliegen, die Beweislastverteilung sowie weiteren Beweismittel ebenfalls bekannt sind und die Parteien oder deren Organe persönlich bestätigen oder ergänzen konnten, weshalb es zum Streit gekommen ist. Gerade letzteres und gelegentlich die Aussagen eines oder einiger Zeugen, sogenannter Schlüsselzeugen, erweisen sich für den Erfolg des nachfolgenden Vergleichsgesprächs oft als ausschlaggebend.

Reicht die Zeit im ersten Termin nicht, um sich von den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen ein klares Bild zu machen, insbesondere neu eingereichte Urkunden sorgfältig zu prüfen oder Abhörungen ebenso zu verarbeiten, kann die Delegationsbefugnis von Art. 199 ZPO strapaziert werden, um in einem zweiten Termin als Instruktionsrichterin oder Instruktionsrichter allein oder zusammen mit der Koreferentin oder dem Koreferenten ein Vergleichsgespräch mit den Parteien oder deren Anwälten zu führen. Nimmt eine Handelsrichterin oder ein Handelsrichter an einer solchen Referentenaudienz teil, wird erwartet, dass sie oder er sich aktiv am Gespräch beteiligt.

Vor allem bei komplizierten Abrechnungsverhältnissen wird mitunter nach Schluss des Beweisverfahrens noch ein Vergleichsvorschlag unterbreitet mit dem Zweck, einerseits dem Gericht den Aufwand für Urteilsberatung und -ausfertigung und andererseits den Parteien die Ungewissheit hinsichtlich eines Weiterzuges zu ersparen.

Trotz der Doppelrolle, die das Gericht bei einer Vermittlung oder Schlichtung zu spielen hat, begründen Vergleichsvorschläge für sich allein weder im Aussöhnungsversuch noch in der Vorbereitungsverhandlung noch in der Hauptverhandlung gegenüber beteiligten Richterinnen und Richtern einen Ablehnungsgrund, solange die Vorschläge nach bestem Wissen und Gewissen sowie unter Hinweis auf den vorläufigen Charakter der Beurteilung der Sach- und Rechtslage erfolgen (BGE 119 Ia 87 E. 4b).

Zu den beteiligten Gerichtspersonen wurde schon fast alles gesagt. Nicht vergessen sei indessen, dass auch bei Vergleichsverhandlungen eine Protokollführerin oder ein Protokollführer zugegen sein muss (Art. 9 Abs. 1 ZPO), obschon deren Inhalt nicht protokolliert wird. Was die Parteien betrifft, ist - wenn immer möglich - deren persönliche Anwesenheit anzustreben; denn auf diese Weise können sie bei Bedarf am Ver-

gleichsgespräch beteiligt werden und unmittelbar aufnehmen, wie es - bei vorläufiger Beurteilung - um ihre Prozessrisiken und -chancen steht. Grundsätzlich wird das Gespräch allerdings mit den Anwältinnen oder Anwälten der Parteien geführt.

4. Durchführung und Abschluss

Weil vor oder neben einem Prozess stattfindende Vergleichsverhandlungen oft nicht oder bloss unvollständig aktenkundig sind, empfiehlt es sich, von den Parteien zu Beginn deren Angebote in Erfahrung zu bringen, allenfalls verbunden mit einer kurzen Beurteilung der Lage aufgrund neuer Erkenntnisse im hängigen Verfahren. Um die Vergleichsbereitschaft der Parteien wirklich auszuloten, ist es nicht selten zweckmässig, die Parteien dazu einzeln unter Austritt der andern Parteien anzuhören. Diese getrennte, einmalige Anhörung der Parteien ist aber nicht zu verwechseln mit wiederholten getrennten Gesprächen zur unmittelbaren Herbeiführung eines Vergleiches, wie sie allgemein als fragwürdig betrachtet werden. Allerdings sei nicht verschwiegen, dass sich dabei für das Gericht bisweilen die Gelegenheit ergibt, eine Partei auf vergessene oder verkannte Aspekte der Streitigkeit hinzuweisen, ohne sie gleich dem Licht der Gegenpartei und damit unter Umständen einem hohen Vergleichsdruck auszusetzen.

Im Gespräch zeigen die Parteien ab und zu Vergleichsmöglichkeiten auf, die über den Prozessstoff oder die Prozessbeteiligten hinaus reichen oder aber nur einen Teil betreffen. Zum ersten zwei Beispiele: In einem Streit aus Arbeits-, Namens-, Firmen- und Lauterkeitsrecht, wie er sich aus dem Ausscheiden eines früheren Teilhabers und Namensträgers ergab, der dann im Nachbarort ein Konkurrenzunternehmen eröffnete, war es möglich, mit dem Vergleich noch zwei weitere Zivilprozesse sowie einen Strafprozess - diesen durch Rückzug von Strafantrag und Privatklage - zu erledigen und einen vierten Zivilprozess zu verhindern. Und im Streit um die Nachbesserung einer Lagerhalle konnte gar ein Vergleich geschlossen werden, der den Bau einer zweiten Halle zum Gegenstand hatte.

In der Hauptverhandlung geht in der Regel dem eigentlichen Vergleichsgespräch eine Erörterung des weiteren Verfahrens voraus mit dem Ziel, für den Fall eines Scheiterns der Vergleichsverhandlungen wenigstens festzulegen, welche Beweismassnahmen noch getroffen werden müssten. Bereits dieses Vorgespräch mit den Parteien gibt oft

Gelegenheit, auf den einen oder andern Schwachpunkt, vor allem in der Beweislage, hinzuweisen.

Mit dieser einvernehmlichen Festlegung des weiteren Verfahrens verwandt ist die Vereinbarung, eine Verständigung der Parteien mit Hilfe einer sachverständigen Drittperson, insbesondere einer Handelsrichterin oder eines Handelsrichters, in aussergerichtlichen Gesprächen zu suchen. So gelang es, nach einer Vorbereitungsverhandlung die Liquidation einer Kollektivgesellschaft zweier im Streit auseinandergegangener Architekten unter Anleitung des Koreferenten, eines erfahrenen Architekten, in zähen Verhandlungen gütlich zu regeln.

Der Vergleichsvorschlag des Gerichts wird sodann unter Austritt der Parteien ausgearbeitet und ihnen anschliessend gemeinsam unterbreitet, in der Regel mit einer kürzeren oder längeren Begründung. Die Beratung des Vorschlages kann ohne weiteres mit einer abgekürzten Urteilsberatung verglichen werden und orientiert sich vorerst an der Beweisverfügung und anschliessend an der Rechtslage. Offen gelassen werden etwa die Zahlungsbedingungen, nicht zu verwechseln mit den stets zu berücksichtigenden Verzugszinsen, und die Aufnahme eines Widerrufsvorbehalts in den Vergleich. Legt eine Partei bei andern als Geldleistungen, zum Beispiel bei Nachbesserungen, Gewicht darauf, dass der Vollzug sichergestellt sei, kann im Vergleich bestimmt werden, dass wiederum eine sachverständige Drittperson oder eben eine Handelsrichterin oder ein Handelsrichter den Vollzug überwacht und beispielsweise Nachbesserungen abnimmt.

Können sich die Parteien nach einer einzuräumenden Bedenkzeit nicht zur Unterzeichnung eines Vergleiches entschliessen, ohne ihn aber gleich abzulehnen, hilft ein Widerrufsvorbehalt und damit eine längere Ueberlegungsfrist oft weiter. Gelegentlich wünschen die Parteien den Vorschlag des Gerichts noch unverbindlicher lediglich zur Prüfung entgegenzunehmen. Dem kann dadurch Rechnung getragen werden, dass eine Frist zur Annahme des Vergleichsvorschlages gesetzt wird, verbunden allerdings mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass Stillschweigen als Ablehnung betrachtet würde.

Manchmal ist eine Partei aus dem kaufmännischen Milieu überrascht, dass über den Kerngehalt eines Vergleichsvorschlages nicht diskutiert wird; indessen soll darin zum Ausdruck kommen, dass das Gericht für die Angemessenheit seines Vorschlages

auch Verantwortung übernimmt. Dies hindert die Parteien allerdings nicht, während eines Unterbruches oder nach einem Abbruch der Verhandlung selbständig über einen Vergleich weiterzuverhandeln und einig zu werden.

Zusammenfassend bezwecken Vergleichsverhandlungen nach der Praxis des Berner Handelsgerichts, wenigstens die noch zu erhebenden Beweise für den Fall einer Fortsetzung des Verfahrens im Einvernehmen mit den Parteien abschliessend festzulegen, allenfalls den Parteien einen Vergleichsvorschlag vorzulegen mit einer Annahmefrist, noch besser aber die Parteien einen Vergleich mit oder ohne Widerrufsvorbehalt unterzeichnen zu lassen.

Noch ein Wort zur Oeffentlichkeit der Vergleichsverhandlungen: Streng genommen, können das Publikum und damit auch Medienschaffende von solchen Verhandlungen nicht ausgeschlossen werden (Art. 91 ZPO). Indessen lassen sich diese Personen in der Regel davon überzeugen, dass ihre Anwesenheit und Berichterstattung einer gütlichen Regelung nicht förderlich sind, und begnügen sich damit, anschliessend - je nach dem Willen der Parteien - über Erfolg oder Misserfolg orientiert zu werden.

Und wie immer zuletzt etwas zur Kostenfrage: Das Dekret über die Gebühren der Zivilgerichte (Art. 6 Abs. 2) sieht vor, dass bei einem Vergleich die Pauschalgebühr bis auf einen Viertel herabgesetzt werden könne. Weil unter diese Bestimmung auch Vergleiche fallen, die ohne Zutun des Gerichts geschlossen werden, ist bei einer gerichtlichen Vermittlung derartige Zurückhaltung selten am Platz. Vielmehr dürfte bei einem Vergleich im ersten Termin mindestens die Hälfte der Normalgebühr für den Urteilsfall und im zweiten Termin ein noch höherer Ansatz durchaus gerechtfertigt sein; denn diese Gebühr soll ja ein Aequivalent zum Aufwand des Gerichts für einen sachgerechten Vergleichsvorschlag sein, der nicht selten ein ähnliches Mass an Vorbereitung und Anstrengung bedingt wie ein Urteil.

5. Schlusswort

Diese Gedanken zur Vergleichspraxis beim Handelsgericht des Kantons Bern sollen nicht abgeschlossen werden ohne ein klares Bekenntnis zu dieser Erscheinung unseres Rechts: Sie erlaubt, Streitigkeiten im Interesse der Parteien und des Staates rasch und kostengünstig, aber dennoch gerecht beizulegen, und verdient es, im

Gleichschritt mit der Entwicklung des Zivilprozesses gepflegt und gefördert zu werden.

Hinweis auf benützte und weiterführende Literatur:

Urs Egli, Vergleichsdruck im Zivilprozess, Berlin 1996

Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1984

Georg Leuch/Omar Marbach/Franz Kellerhals, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 1995

Christoph Leuenberger, Streiterledigung zwischen Vergleich und Urteil, Freiburg 1991 (Festschrift für Oscar Vogel)

Beat Nussbaum, Die Wirtschaftlichkeit eines Zivilprozesses um eine Geldforderung nach bernischem Recht, Bern 1978

Oscar Vogel, Prozessuales Management am Handelsgericht, Zürich 1992 (SJZ, Band 88, S. 18 ff.)

Hans Peter Walter, Der Baustreit, Freiburg 1997 (Baurechtstagung)

INDEXIERTE RENTEN IM RECHTSÖFFNUNGSVERFAHREN
UNTER BESONDERER BERUECKSICHTIGUNG DER EINWENDUNG
DES NICHTGEWAEHRTEN TEUERUNGS AUSGLEICHES
(Urs Möckli, Kammerschreiber)

Einleitung

Nach gängiger Formel werden Scheidungsrenten auf der Basis des Landesindex der Konsumentenpreise indexiert (nachfolgend "Indexklausel" genannt). In der Regel folgt der Indexklausel der Zusatz, dass sich für den Fall, dass dem Rentenverpflichteten die Teuerung nicht oder nur zum Teil ausgeglichen worden ist, die Rente nur im Verhältnis zur erhaltenen Teuerung erhöht (nachfolgend "Einredeklausele" genannt).

Solange in praktisch allen Branchen automatisch die Teuerung ausgeglichen wurde, machten Einredeklausele kaum Probleme.¹ Mit der Rezession ist der Mechanismus des automatischen Teuerungsausgleichs in Frage gestellt worden. Die meisten Unternehmungen der Privatwirtschaft sind dazu übergegangen, den Teuerungsausgleich generell abzuschaffen, und auch Bund, Kantone und Gemeinden werden bis auf weiteres den Teuerungsausgleich nicht oder nur teilweise gewähren. Es ist deshalb davon auszugehen, dass in Zukunft bei der Vollstreckung von Renten vermehrt die Einwendung des nicht gewährten Teuerungsausgleichs erhoben wird.²

Nebenbei sei bemerkt, dass die Einredeklausele offenbar schon in weiter zurückliegender Vergangenheit Probleme bereitete, hielt doch das Kreisschreiben Nr. 11 des Appellationshofes fest, dass von dieser Klausel aus Gründen der Einfachheit und Klarheit abzusehen sei.³ Diese Regelung scheint dem Wunsch der Parteien nach einem möglichst ausgeklügelten Interessenausgleich wenig entsprochen zu haben,

¹ Dies spiegelt sich u.a. im Umstand, dass sich mit Ausnahme von BGE 116 III 62 ff. und BJM 85,260 ff. kaum veröffentlichte Präjudizen zum Thema finden lassen. In der Literatur wird das Problem, soweit ersichtlich, einzig von Gessler, SJZ 83,251 f., angeschnitten.

² Jedenfalls hatte die III. Zivilkammer des Appellationshofes im Entscheid 226/III/97 vom 18. August 1997 über die Behandlung der Einredeklausele im Rechtsöffnungsverfahren zu befinden. Der vorliegende Aufsatz lehnt sich an diesen Entscheid an.

³ Kreisschreiben Nr. 11, Ziff. 4 i.f. (vgl. ZBJV 111,348 f.).

lebte doch nicht einmal der Appellationshof dem genannten Kreisschreiben nach. Es wurde deshalb mit Beschluss vom 12. Dezember 1996 aufgehoben.

Definitiver Rechtsöffnungstitel für indexierten Betrag

Nur das eine bestimmte Geldsumme nennende Urteil oder Urteilssurrogat kommt als definitiver Rechtsöffnungstitel in Betracht.⁴

Im Urteilsdispositiv ist jeweils die Berechnungsformel für die Rentenindexierung, der ziffernmässig festgelegte Ausgangsbetrag und Ausgangsindex sowie der Zeitpunkt der Anpassung an den neuen Indexstand enthalten. Der aktuelle Indexstand darf ohne weiteres als gerichtsnotorisch bezeichnet worden.⁵ Damit ist nicht nur die im Urteil ziffernmässig genannte, sondern auch die zur jeweiligen Zeit geschuldete Rente als bestimmt und nicht nur als bestimmbar zu betrachten.

Anzumerken bleibt, dass auch für die in einer Scheidungskonvention enthaltenen Rentenbeträge definitive Rechtsöffnung erteilt werden kann, da die Scheidungskonvention durch die gerichtliche Genehmigung Bestandteil des richterlichen Urteils wird.⁶

Einwendung des nichtgewährten Teuerungsausgleiches

Art. 81 Abs. 2 SchKG zählt als mögliche Einwendungen⁷ gegen den definitiven Rechtsöffnungstitel einzig den urkundlichen Nachweis der seit Erlass des Urteils eingetretenen Tilgung, Stundung oder Verjährung aus. Es sind dies alles Einwendungen, die nach dem Erlass des Urteils eingetretene und somit ausserhalb des Urteils

⁴ Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, Leittext zu § 108

⁵ Er ist jederzeit abrufbar über 031/322'29'74 (Tonband) oder 031/322'29'73 ("Mister Index").

⁶ Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 9 zu Art. 153 ZGB; Hegnauer, Grundriss des Eherechts, 3. Aufl., Bern 1993, § 12 N 34; BGE 105 II 169 m.w.H.

⁷ D.h. Einreden und Einwendungen im engern Sinn (vgl. Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 6. Auflage, Bern 1997, § 19 N 50)

liegende Ereignisse betreffen, denn der Gesetzgeber geht davon aus, dass die übrigen Tatsachen bei Erlass des Vollstreckungstitels bereits berücksichtigt worden sind. Art. 81 Abs. 2 SchKG bezweckt mithin den Ausschluss der materiellen Ueberprüfung des Rechtsöffnungstitels. Aus diesem Grund können nebst der Tilgung, Stundung und Verjährung auch andere Einwendungen, die sich auf nach dem Urteil eingetretene Ereignisse stützen, vorgebracht werden.⁸

Im Rahmen der definitiven Rechtsöffnung sind nebst den erwähnten Einwendungen auch solche zu hören, die sich aus dem Entscheiddispositiv ergeben, somit auf dem Urteil selbst basieren. Zulässig ist namentlich die Einwendung, dass eine Bedingung noch nicht eingetreten, der Gläubiger vorleistungspflichtig oder der Schuldner nur Zug um Zug leistungspflichtig sei.⁹

Steht also dem Rentenverpflichteten aufgrund des Urteils oder der gerichtlich genehmigten Konvention die Möglichkeit offen, mit Urkunden die Nichtgewährung des Teuerungsausgleiches nachzuweisen, ist die entsprechende Einwendung als im Urteil selbst begründet zu betrachten und im Rahmen der definitiven Rechtsöffnung zu hören. Richtig betrachtet besteht nämlich ein definitiver Rechtsöffnungstitel nicht für einen indexierten, sondern für einen indexierten und gleichzeitig einwendungsbelasteten Forderungsbetrag.

Anders zu entscheiden, würde bedeuten, dass der Rentenverpflichtete für die Differenz zwischen dem indexierten und dem durch die Einwendung geschmälernten Betrag eine negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG oder eine Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG anstrengen müsste. Dies würde indes nicht dem Sinn der genannten Klagen entsprechen, umsoweniger als der Rentenberechtigte theoretisch monatlich für den jeweils neu fälligen Gesamtbetrag definitive Rechtsöffnung verlangen könnte und der Verpflichtete zur Verteidigung jedes Mal auf eine neue Hauptklage angewiesen wäre.¹⁰

⁸ vgl. Panchaud/Caprez, a.a.O., § 147

⁹ Amonn/Gasser, a.a.O., § 19 N 56

¹⁰ Es ist jedoch zu beachten, dass sich der Richter bei der Rechtsöffnung einzig auf die eingereichten Urkunden stützt und das Summarverfahren nach rascher Klärung des Sachverhaltes ruft, mithin das Beweisverfahren beschränkt ist. So haben die I. Zivilkammer des Appellationshofes für die Beurteilung einer Einredeklausele, welche die Lohnentwicklung in einer bestimmten Branche als massgeblich

Zweck der Indexklausel; Auslegung der Einredeklausele

Die Einredeklausele lautet nach einer verbreiteten Version im Wortlaut ungefähr wie folgt: "Wird dem Verpflichteten die Teuerung nicht indexgemäss ausgeglichen, wofür er beweispflichtig ist, so erhöht sich die Rente nur verhältnismässig zum gewährten Teuerungsausgleich."

Wenn oben festgehalten wurde, der Teuerungsausgleich sei infolge der Rezession namentlich in der Privatwirtschaft generell abgeschafft worden, so ist dem präzisierend beizufügen, dass die Abschaffung oft zugunsten anderweitig bestimmter Erhöhungskriterien¹¹ erfolgt ist. Es stellt sich daher die Frage, welche Einwendungsmöglichkeiten dem Rentenverpflichteten zustehen, wenn er zwar keinen Teuerungsausgleich, aber unter einem anderem Titel eine Lohnerhöhung erhalten hat.

Das Bundesgericht hat in BGE 116 III 62 ff. sinngemäss festgehalten, Zweck der Indexierung von Alimenten sei die Erhaltung deren Kaufkraft. Die Rente solle vor innerlicher Aushöhlung bewahrt werden, indem sie zwar nominell veränderlich, dadurch aber materiell wertbeständig gestaltet werde. Deshalb sei nicht entscheidend, ob die Einkommenserhöhung auf eine nominale oder reale Lohnerhöhung zurückgehe.

Zwar erging BGE 116 III 62 ff. zu einer Indexklausel folgenden Wortlautes: "Diese Rente ist an den schweizerischen Index der Konsumentenpreise gebunden in dem Masse, in welchem das Gehalt des Verpflichteten dem Anstieg der Lebenshaltungskosten angepasst wird." Sinn und Zweck der Indexklauseln bleibt aber unabhängig vom genauen Wortlaut, dass die Kaufkraft der Rente erhalten bleiben soll, solange der Verpflichtete ebenfalls aus Gründen der Kaufkrafterhaltung Lohnerhöhungen entgegennehmen kann. Sobald unter dem Titel "Teuerungsausgleich" dauerhaft keine Lohnerhöhungen mehr gewährt werden, übernehmen wirtschaftlich gesehen die unter anderen Titeln gewährten Erhöhungen die Funktion der Kaufkrafterhaltung und somit

bezeichnete (780/I/95), und das Obergericht BL bei der Vorlage bestrittener Jahresabschlüsse eines Betriebes (BJM 85, 260 ff.) auf den ordentlichen Prozessweg verwiesen.

¹¹ Realloohnerhöhung, individuelle Lohnerhöhung, Leistungslohn, umsatzabhängige Entlohnung, Provision, Bonuszahlung, Gratifikation, Treueprämie, u.ä.

des Teuerungsausgleichs. Aus diesem Grund darf nicht massgebend sein, wie die Lohnerhöhungen von den Sozialpartnern bezeichnet werden.

Es ist jedoch der Regelung von Art. 153 Abs. 2 ZGB Beachtung zu schenken, wonach zwar eine verminderte Leistungsfähigkeit seitens des Verpflichteten zu einer Herabsetzung oder Aufhebung,¹² hingegen eine verbesserte Leistungsfähigkeit nicht zu einer Erhöhung der Scheidungsrente führen kann.¹³ Sinn und Zweck dieser Regelung ist, dass der rentenberechtigte abgeschiedene Ehegatte am nahehelich eingetretenen beruflichen Fortschritt des Rentenverpflichteten nicht mehr teilhaben soll. Deshalb dürfen Einkommenssteigerungen mit nicht teuerungsausgleichendem Charakter auf keinen Fall berücksichtigt werden;¹⁴ es handelt sich dabei namentlich um Einkommenssteigerungen, die auf eine Ausdehnung der Erwerbstätigkeit (z.B. von 50% auf 100%) oder auf einen Funktionswechsel (z.B. Beförderung vom Prokuristen zum Vizedirektor oder vom Sektionschef zum Abteilungsleiter) zurückzuführen sind.

Im weiteren können m.E. nur echte Lohnerhöhungen berücksichtigt werden. Darunter sind solche zu verstehen, die Basis für die Lohnberechnung des Folgejahres bilden. Einmalige Leistungen, wie Dienstaltersgeschenke, Jubiläumsgratifikationen, u. dgl. sind bei der Berechnung nicht mit einzubeziehen. Mit Vorteil ist schliesslich bei stark provisionsabhängigen¹⁵ und somit schwankenden Einkommen und ohnehin bei selbständiger Erwerbsarbeit von einer Einredeklausel abzusehen.

Aufgrund obiger Ausführungen scheint mir die inzwischen von verschiedenen Berner Gerichten verwendete Einredeklausel mit dem Wortlaut: "Wird dem Verpflichteten die Teuerung nicht durch Teuerungsausgleich, Lohnerhöhung oder Einkommenssteigerung ausgeglichen, wofür er beweispflichtig ist, so erhöht sich der Betrag nur im

¹² Art. 153 Abs. 2 ZGB spricht nur von der Herabsetzungs- bzw. Aufhebungsmöglichkeit von Bedürftigkeitsrenten gemäss Art. 152 ZGB. Das Bundesgericht hat allerdings die Herabsetzungsmöglichkeit infolge verminderter Leistungsfähigkeit auf die Unterhaltersatzrente nach Art. 151 ZGB ausgedehnt (erstmalig in BGE 71 II 7 ff.).

¹³ Bühler/Spühler, N 53 zu Art. 153 ZGB; Hegnauer, a.a.O., § 11 N 31

¹⁴ Hingegen ist bei der Herabsetzungsklage nach Art. 153 ZGB die generelle wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (inkl. Vermögensertrag) des Rentenverpflichteten als massgebliches Kriterium anzusehen (vgl. BGE 115 II 309 ff.).

¹⁵ Versicherungsvertreter, Autoverkäufer, etc., erhalten i.d.R. ein Fixum von ca. Fr. 1500.--, das übrige Einkommen ist vollumfänglich umsatzabhängig.

Verhältnis zur erzielten Einkommenssteigerung" zu weit gefasst zu sein, da sie darauf schliessen lässt, dass z.B. auch auf Funktionswechsel zurückgehende Einkommenssteigerungen miteinzubeziehen seien. Um eine gewisse Eingrenzung zu erzielen, könnte die Einredeklauseel ungefähr wie folgt lauten: "Wird dem Verpflichteten die Teuerung nicht durch Teuerungsausgleich, Reallohnerhöhung oder dgl. ausgeglichen, ..."

Grenzen der Unterscheidung zwischen Erhöhungsgründen

Dass man - jedenfalls im beweismittelbeschränkten Rechtsöffnungsverfahren - auch mit den vorgeschlagenen Unterscheidungskriterien rasch an Grenzen stossen kann, so namentlich bei der Behandlung des Leistungslohnes, soll folgendes, nicht ganz ernst gemeintes Beispiel illustrieren:

Ein Arbeitgeber gewährt über längere Zeit generell keinen Teuerungsausgleich, womit die dem Personal jährlich verteilten Gehaltsstufen wirtschaftlich gesehen die Funktion der Kaufkraftherhaltung übernehmen. Bislang erhielt jeder Mitarbeiter leistungsunabhängig eine jährliche Gehaltserhöhung im Umfang von etwa zwei Gehaltsstufen. Infolge eines Systemwechsels werden neu jedem Mitarbeiter aufgrund einer Leistungsbeurteilung individuell keine, eine oder mehrere Gehaltsstufen gewährt. Ein bislang apathischer Zeitabsitzer wird aufgrund des neuen Gehaltssystems höchst leistungsorientiert und steigert seine Arbeitsproduktion in der Weise, dass ihm jährlich zwei Gehaltsstufen angerechnet werden. Darf nun der rentenberechtigte abgeschiedene Ehegatte an diesem Gehaltsanstieg partizipieren, obwohl er ausschliesslich auf erhöhter Leistung beruht?

Anmerkung: Das Beispiel ist frei erfunden. Allfällige Uebereinstimmungen mit real existierenden Arbeitgebern oder Arbeitnehmern sind rein zufällig und völlig ungewollt.

Verzeichnis der bisher im Inforinterne erschienenen Referate und Aufsätze

Anonymus

- Ein hohes Tier - ein Wolkenbruch - ein armer Polizist Heft 5

Aeschlimann Jürg, Prof.

- Referat über die Verhandlungsführung Heft 4

Arzt Gunther, Prof. Dr. jur.

- Amerikanisierung der Gerechtigkeit: Die Rolle des Strafrechts Heft 7, S. 8 - 29

Binggeli Renate, Generalprokurator-Stellvertreterin

- Das neue Sexualstrafrecht, insbesondere Konkurrenzfragen Heft 2
- Neues aus der Rechtsprechung Heft 9, S. 10 - 39
- Neues aus der Rechtsprechung Heft 10, S. 17 - 55

Cavin Marcel, Oberrichter

- Zur Abschaffung des Amtsgerichts Aarwangen Heft 8, S. 43 - 55

Feller Klaus, Staatsanwalt

- Vortrag über das Unmittelbarkeitsprinzip Heft 2

Flotron Pascal, Staatsanwalt

- Et la victime... Heft 6, S. 41 - 47

Greiner Georges, Staatsanwalt

- Die formell und inhaltlich korrekt abgefasste Anzeige im Jagdwesen Heft 6, S. 12 -19

Haenssler Rolf, Oberrichter

- Verhandlungsvorbereitung und Urteilsberatung beim Kreisgericht in Strafsachen Heft 6, S. 20 - 26

Jester Hansjürg, Staatsanwalt

- Fahren unter Drogen-/Medikamenteneinfluss FUD Heft 4
- Die Vernehmung Heft 6, S. 27 - 33
- Aspekte des Arztrechts Heft 9, S. 56 - 70

Kipfer Christof, Staatsanwalt

- Vernetzte Informationstechnologie kontra Persönlichkeitsschutz? Heft 8, S. 34 - 42

Leu Christian, Kammerschreiber

- Einige Auswirkungen der Mehrwertsteuer auf den gerichtlichen Bereich Heft 6, S. 34 - 40

Mathys Heinz Walter, Staatsanwalt

- Computerkriminalität, insbesondere im neuen Vermögensstrafrecht Heft 5

Maurer Thomas, Oberrichter

- Zur Revision des bernischen Strafverfahren Heft 1, S. 9 - 22
- Das Strafverfahren und die Medien Heft 8, S. 23 - 33

Möckli Urs, Kammerschreiber

- Indexierte Renten im Rechtsöffnungsverfahren Heft 10, S. 64 - 69

Naegeli Hans-Jürg, Obergerichtspräsident

- Zur Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens im
allgemeinen und des Zivilprozesses im besonderen Heft 8, S. 16 - 22
- Vergleichsverhandlungen Heft 10, S. 56 - 63

Rieder François, Oberrichter

- Les principes fondamentaux de la procédure civil
bernoise (maximes) Heft 5
- L' intérêt au recours en procédure civile Heft 8, S. 13 - 15

Schnell Beat, Staatsanwalt

- Bericht über den Kurs "Orientation in U.S.A. Law" Heft 7, S. 30 - 33

Sollberger Jürg, Oberrichter

- Das Unmittelbarkeitsprinzip als gesetzliche Vorgabe
und seine Umsetzung in der Praxis Heft 1, S. 23 - 36
- Einige Grundgedanken zur Revision des Allgemeinen
Teils des StGB Heft 3

Staatsanwaltschaft des Kantons Bern

- Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten
Buches des Strafgesetzbuches Heft 3

Urech Peter, Gerichtspräsident mit
Fasel Urs, lic. iur.

- Geteiltes Leid - halbes Leid Heft 9, S. 40 - 55

Walter Hans Peter, Bundesrichter

- Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht Heft 3

Zinglé Jürg, Untersuchungsrichter

- Beschränkung des Verfahrens auf den
Scheidungs punkt? Heft 2