

IN 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; Oberrichter Ch. Herrmann, Oberrichter St. Stucki, Generalprokurator-Stellvertreter F. Bänziger, Gerichtspräsidentin A. Hubschmid, Untersuchungsrichterin S. Hänzi, Kammerschreiber Ch. Leu, Sekretariat: U. Schreyer, Kanzlei Appellationshof, ☎ 031 634 72 47, E-Mail weiterbildung.og@jgk.be.ch)

Rédaction:

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

(Président: J. Sollberger, juge d'appel; Ch. Herrmann, juge d'appel, St. Stucki, juge d'appel, F. Bänziger, Procureur général suppléant, A. Hubschmid, Présidente de tribunal, S. Hänzi, juge d'instruction, Ch. Leu, Greffier, Secrétariat: U. Schreyer, chancellerie de la Cour d'appel, ☎ 031 634 72 47, E-Mail weiterbildung.og@jgk.be.ch)

HEFT 20 / WINTER 2002

LIVRE 20 / HIVER 2002

Inhaltsübersicht

Editorial	3

Editorial (f)	4

Kursprogramm 2003	5

Anmeldeformular	9

Hinweis zum Kurs 1/3 vom 31. Januar 2003	10

Hinweis zum externen Kurs „Lohngleichheit und Marktlohn“	11

Anmeldeformular Kurs „Lohngleichheit und Marktlohn“	12

Programme des cours pour 2003	13

Inscription	17

Hinweise auf auswärtige Weiterbildungsveranstaltungen	18

BEJUFO	
Forum der Bernischen Justiz	
SAR und Eidg. Strafprozessordnung	20

Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens	
Referat Balz Oberle, Gerichtspräsident	24

NFP 40, phänomenologische Aussagen zur OK im	
Forschungsbericht und den Medien	
Referat Michel-André Fels	40

Verzeichnis der bisher im Inforinterne erschienen Referate und Aufsätze	46

Editorial

Das in diesem Infointerne präsentierte Weiterbildungsprogramm für das nächste Jahr ist das letzte, das unter meiner Leitung erarbeitet worden ist. Bereits die Umsetzung dieses Programms liegt nun in den Händen von Stephan Stucki, der die Weiterbildungskommission ab dem 1. Januar 2003 präsidieren wird. Ich werde ihm weiterhin als Kommissionsmitglied zur Verfügung stehen und auch die Redaktion des Infointerne betreuen. Darum verzichte ich auf einen Rückblick auf die Aktivitäten im Rahmen der Weiterbildung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Bernischen Justiz in den letzten zehn Jahren und mache mich vielmehr daran, die mir auch im nächsten Jahr zugeteilten Aufgaben in der Aus- und Weiterbildung bestmöglichst zu erfüllen.

Um Aufgabenerfüllung geht es auch im zweiten Punkt, den ich in dieser Einleitung ansprechen möchte. Die Arbeitsgruppen der Weiterbildung in den Regionen und die Arbeitsgruppe der Untersuchungsrichterämter haben einen wesentlichen Beitrag im Rahmen der Aus- und Weiterbildung zu leisten. Bisher mussten diese sehr aktiven Arbeitsgruppen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben immer dann, wenn es um Geld gegangen ist, vorerst auf Betteltour. Dieser unwürdige Zustand soll nun der Vergangenheit angehören. Aus Geldern, die von der Justiz zur Verfügung gestellt werden und aus einem Beitrag, der vom Weiterbildungskredit des Obergerichts abgezweigt wird, wird ein Unterkonto errichtet, das uneingeschränkt den Arbeitsgruppen zur Finanzierung ihre Weiterbildungsveranstaltungen zur Verfügung steht. Damit soll auch die ausgezeichnete Arbeit, die bisher geleistet worden ist, gewürdigt und anerkannt werden. Ich danke an dieser Stelle allen Mitarbeitenden in den Arbeitsgruppen für ihren grossen Einsatz.

Und letztlich bleibt mir, Euch allen frohe Festtage und ein gutes neues Jahr zu wünschen. Auch wenn die Zeichen gegenwärtig nicht gerade gut stehen, hoffe ich doch, dass uns allen das nächste Jahr auch am Arbeitsplatz Erfüllung und Anerkennung bringen wird.

Jürg Sollberger

Editorial

Le programme de formation continue pour l'année prochaine, présenté dans ce numéro d'Infointerne, est le dernier à avoir été préparé sous ma direction. Sa mise en œuvre dépend déjà de Stephan Stucki, nouveau Président de la commission dès le 1^{er} janvier 2003. Je resterai à sa disposition comme membre de la commission et continuerai à contribuer à la rédaction d'Infointerne. C'est pourquoi je renonce à faire une rétrospective des activités de ces dix dernières années en matière de formation continue des collaborateurs et collaboratrices de la justice bernoise ; il me paraît nettement préférable de consacrer mon énergie à la réalisation des tâches qui m'attendent l'année prochaine dans le cadre de la formation, respectivement de la formation continue.

Le second point qu'il me tient à cœur d'aborder dans cet éditorial concerne également la réalisation des tâches. Les groupes de travail de formation continue des régions et le groupe de travail des juges d'instruction ont une contribution essentielle à apporter dans le cadre de la formation, respectivement de la formation continue. Lorsqu'il s'agissait de financer leurs activités, ces groupes très entreprenants ont jusqu'à présent toujours été contraints de passer par un stade de quasi-mendicité. Cette situation indigne doit maintenant appartenir au passé. La mise à disposition de fonds par la justice ainsi que le prélèvement d'une contribution sur le crédit octroyé à la Cour suprême en matière de formation continue permettront de créer un sous-compte dont les groupes de travail pourront disposer sans restriction pour financer leurs activités dans ce domaine. Cela permettra également de reconnaître et d'apprécier à sa juste valeur l'excellent travail effectué jusqu'ici. Qu'il me soit permis à cet endroit de remercier tous les membres des groupes de travail pour leur intense engagement.

Finalement, il me reste à vous souhaiter à toutes et à tous de joyeuses fêtes et une bonne nouvelle année. Même si la situation ne se présente pas sous les meilleurs auspices actuellement, j'espère néanmoins que l'an prochain vous apportera satisfaction et reconnaissance au travail.

Jürg Sollberger

Kursprogramm 2003

Kurs (Extern):	Lohngleichheit und Marktlohn
	Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und des BAV
Kursleitung:	- Oberrichter Stephan Stucki - Fürsprecherin Mirjam Tschumi (Kantonale Fachstelle für die Gleichstellung von Frauen und Männern)
Referierende:	- Fürsprecherin Marianne Jacobi (Präsidentin der Schlichtungskommission gegen Diskriminierungen im Erwerbsleben) - lic.iur. Gabriella Matefi, Advokatin - Dr. ès.sc.éc. Tobias Bauer (Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien BASS)
Termin:	Donnerstag, 23. Januar 2003, 15.30 – 18.00 Uhr
Kursort:	Amthaus Bern, Assisensaal
Kosten:	gratis
Anmeldung:	bis <u>17. Januar 2003</u> an Mirjam Tschumi, Kantonale Fachstelle für die Gleichstellung von Frauen und Männern, Postgasse 68, 3000 Bern 8; Telefon 031 633 75 79; Fax 031 633 75 89; E-Mail: mirjam.tschumi@sta.be.ch
<u>Bemerkung:</u>	siehe Information Seite 11

Kurs 1:	Überlegungen zur richterlichen Entscheidungsfindung
	Eine gemeinsame Veranstaltung des Berner Forums für Kriminalwissenschaft (BFK) und der Weiterbildungskommission des Obergerichts des Kantons Bern
Kursleitung:	- Prof. Dr. Karl-Ludwig Kunz, BFK - Oberrichter Stephan Stucki
Dauer:	1 Tag
Form:	Referate und Diskussion
	<u>Peter Reusser</u> , Kreisgerichtspräsident: Zur Erarbeitung des Strafurteils im erstinstanzlichen Kollegialgericht - Entscheidungsfaktoren und ihre Bewältigung
	<u>Prof. Dr. Margit E. Oswald</u> , Institut für Psychologie, Uni Bern: Zur Psychologie richterlichen Strafverhaltens
	<u>Susi Staub</u> , Kreisrichterin, Burgdorf: Aufgabe und Gestaltungsmöglichkeit der Laienrichterin im Strafprozess
	<u>Prof. Dr. Peter Albrecht</u> , Basel: Die persönliche Einstellung des Richters zum Gesetz als dominantem Faktor der Urteilsfindung
	<u>Stefan Wyler</u> , Redaktor „BUND“: Das Funktionieren der Justiz aus der Sicht des Beobachters - Justiz, Medien und Öffentlichkeit

Datum: Freitag, 31. Januar 2003, 09.00 - 16.00 Uhr
 Ort: Amthaus Bern, Assisensaal
 Bemerkung: Siehe Information Seite 10

Kurs 2 / 2 W: Vergleichsverhandlungen

offen für die Mitglieder der bernischen Justiz sowie des BAV
 Kursleitung: Oberrichter Stephan Stucki
 Referenten: - Prof. Dr. Norbert K. Semmer,
 Uni Bern, Institut für Psychologie
 - Fürsprecherin Marianne Jacobi
 - alt Obergerichtspräsident Ueli Hofer
 Dauer: 1 Tag
 Termin: Dienstag, 18. Februar 2003
 Wiederholung: Dienstag, 24. Juni 2003
 Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal
 Kosten: Fr. 100.-- für die Mitglieder des BAV
Bemerkung: Wer sich bereits für die Veranstaltung im Jahr 2002 angemeldet hat, gilt weiterhin als angemeldet.

Kurs 3: Einführung in die Kunst des Powerpoint

Kursleitung: Oberrichter Jürg Sollberger
 Referenten: Mitarbeiter der Kantonspolizei Bern
 Dauer: 1 Tag
 Termin: Montag, 17. März 2003
 Kursort: Ausbildungszentrum Kantonspolizei, Ittigen
Bemerkung: Der Kurs steht allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Justiz offen die in die Lage kommen, Referate halten zu müssen oder die bei der visuellen Gestaltung von Referaten mithelfen.
 Maximal 20 Teilnehmer.

Kurs 4: Juristische Internet-Schulung

offen für die Mitglieder der bernischen Justiz
 Inhalt: Kennen lernen der Mittel und Möglichkeiten der juristischen Internetsuche - gezielte Suche von juristischen Informationen im Justizalltag
 Kursleitung: Weblaw GmbH
 Dauer: 1 Tag
 Termin: Mittwoch, 02. April 2003
 Kursort: Universität Bern, 3. UG, Raum -302
Bemerkung: maximale Teilnehmerzahl 20 Personen

- Kurs 5: Praktische Probleme im Zivilprozess**
 offen für die Mitglieder der bernischen Justiz sowie des BAV
- Kursleitung: Gerichtspräsident Bernhard Stähli
 Dauer: 1/2 Tag (09.00 Uhr bis längstens 13.00 Uhr)
 Termin: Mittwoch, 25. Juni 2003
 Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal
Bemerkung: Die Mitglieder der bernischen Justiz haben Vorrang!
- Kurs 6: überzeugend auftreten - Seminar für Rhetorik und Präsentation**
 offen für Mitglieder der bernischen Justiz (in erster Linie urteilende Richterinnen und Richter)
- Kursleitung: Oberrichter Jürg Sollberger
 Referenten: Pierre Freimüller
 Dauer: 1 Tag
 Termin: Mittwoch, 10. September 2003
Bemerkung: Maximale Teilnehmerzahl 15
- Kurs 7: Internationales Privat- und Zivilprozessrecht**
 offen für die Mitglieder der bernischen Justiz sowie des BAV
- Inhalt: Einführung und Überblick, Vertiefung mit Schwerpunkt Familienrecht
- Kursleitung: Gerichtspräsidentin Myriam Grütter
 Referenten:
 - Prof. J. Kren, Universität Bern
 - Prof. I. Schwander, Universität St. Gallen
- Dauer: 1 Tag
 Termin: Donnerstag, 16. Oktober 2003
 Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal
 Kosten: 100.--
- Kurs 8 / 8 W: Workshop Unterhaltsberechnungen**
 offen für die Mitglieder der bernischen Justiz
- Kursleitung: Gerichtspräsident Daniel Bähler
 Dauer: 1/2 Tag
 Termin 1: Mittwoch, 22. Oktober 2003, 08.30 - 12.00 Uhr
 Termin 2: Mittwoch, 22. Oktober 2003, 13.30 - 17.00 Uhr
 Kursort: Amthaus Bern, TP 19
Bemerkung: maximale Teilnehmerzahl 15 Personen je Workshop

Kurs 9: Einführungsveranstaltung zur Revision AT StGB
offen für die Mitglieder der bernischen Justiz sowie des BAV und
Angehörige der Organe der Bundesstrafverfolgungsbehörde

Kursleitung: Gerichtspräsidentin Annemarie Hubschmid

Referenten: - Oberrichter Jürg Sollberger
 - Bundesrichter Hans Wiprächtiger
 - Prof. Günter Heine

Dauer: ½ Tag (Nachmittag)

Termin: Mittwoch, 12. November 2003

Kursort: Freies Gymnasium, Aula

Kosten: 50.--

Bemerkung: Fortsetzungsveranstaltung zur Revision AT StGB voraussichtlich
im Jahr 2004.

KS-Ausbildung in Krattigen:

Kursleitung: Oberrichter Jürg Sollberger/Stephan Stucki

Termin: 15. - 17. Mai 2003

Kursort: Hotel Bellevue-Bären, Krattigen

Bemerkung: Die Betroffenen werden persönlich eingeladen!

Hinweis:

Anmeldungen an das Sekretariat der Weiterbildungskommission
(Frau U. Schreyer, Kanzlei Appellationshof, ☎ 031 634 72 47, Fax 031 634 71 13,
E-Mail: ursula.schreyer@jgk.be.ch)

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

Obergericht des Kantons Bern
 Sekretariat Weiterbildungskommission
 Hochschulstrasse 17
 3012 Bern

Anmeldung (bitte bis am 27. Januar 2003 anmelden):

Bitte Anmeldung rechtzeitig einsenden!

	Kurs Extern	23.01.03	Anmeldeformular Seite 12
<input type="checkbox"/>	Kurs 1	31.01.03	Entscheidungsfindung
<input type="checkbox"/>	Kurs 2	18.02.03	Vergleichsverhandlungen
<input type="checkbox"/>	Kurs 2 W	24.06.03	Vergleichsverhandlungen
<input type="checkbox"/>	Kurs 3	17.03.03	Powerpoint
<input type="checkbox"/>	Kurs 4	02.04.03	Internet-Schulung
<input type="checkbox"/>	Kurs 5	25.06.03	Probleme Zivilprozess
<input type="checkbox"/>	Kurs 6	10.09.03	Rhetorik
<input type="checkbox"/>	Kurs 7	16.10.03	Int. Privat- und Zivilrecht
<input type="checkbox"/>	Kurs 8 Morgen	22.10.03	Unterhaltsberechnungen
<input type="checkbox"/>	Kurs 8 Nami	22.10.03	Unterhaltsberechnungen
<input type="checkbox"/>	Kurs 9	12.11.03	AT StGB

Ich rege an, dass folgender Themenkreis in die Weiterbildung aufgenommen wird:

Name: _____
 Funktion: _____

Vorname: _____
 Amtsstelle: _____

Hinweis zum Kurs 1/03 vom 31. Januar 2003

Überlegungen zur richterlichen Entscheidungsfindung

Es ist eine Binsenwahrheit: Richterinnen und Richter treffen ihre Entscheidungen nicht im luftleeren Raum. Der vorgegebene Entscheidungsmassstab und Rahmen sind zwar das Gesetz als generell-abstrakte Norm, und die Vorbringen der Parteien. Darüberhinaus wirken aber gesellschaftliche, wirtschaftliche, politische Gegebenheiten und Strukturen auf den Entscheidungsprozess ein. Die Richterinnen und Richter selber sind nicht bloss geschulte und - hoffentlich geschickte - Rechtsanwender, sondern Menschen mit Biografie und Lebenserfahrung, persönlichen Einstellungen und Überzeugungen, beruflichem und sozialem Hintergrund. Das bestimmt Prozessführung und Urteilsfindung aller Wahrscheinlichkeit nach mit, so gut wie vielleicht Erwartungen der Öffentlichkeit.

So könnte etwa der „Zeitgeist“ vom Strafrichter erfordern, gegen Sexualverbrecher, bei häuslicher Gewalt oder Autodelinquenz strenger vorzugehen, den knappen Ausgang einer Initiative über das Asylrecht „zu berücksichtigen“, bei Drogendelikten mit Blick auf eine kommende Gesetzgebung milder zu urteilen. Derartige Tendenzen der Rechtsprechung könnten für ein Gericht umgekehrt Anlass sein, bewusst Gegensteuer zu geben. Unter Umständen mögen persönliche Ansichten der Richterin über Nutzen oder Unsinn der „Verfahrensgerechtigkeit“ bei der Entscheidung über formelle Fragen mitspielen. - Welchen Einfluss haben all diese Gegebenheiten auf den richterlichen Entscheidungsprozess? Inwieweit ist es legitim, solche Einflüsse wirken zu lassen, inwieweit müssen sie „abgewehrt“ werden? Wie nehmen die Gerichte solche Faktoren wahr? Wie gehen sie damit um, etwa in einem bunt zusammengewürfelten Kollegialgericht?

Die gemeinsame Veranstaltung des Berner Forums für Kriminalwissenschaft und der Weiterbildungskommission des Obergerichts ist ein Versuch, diese schwierigen Fragen einmal zu thematisieren. Wir haben fünf Persönlichkeiten gebeten, einen Blick auf ihre eigene richterliche Tätigkeit zu werfen oder diese Fragen aus der Distanz des Beobachters, auch aus wissenschaftlich-theoretischer Sicht, anzuschneiden. Die Re-

ferate sowie eine offene Diskussion gegen Schluss der Veranstaltung sollen Gelegenheit bieten, Ansichten und Erfahrungen auszutauschen. Das Ziel ist erreicht, wenn wir uns über die inneren und äusseren Bedingungen der Richterarbeit vermehrt und bewusst Rechenschaft geben.

Oberrichter Stephan Stucki

Hinweis zum externen Kurs - Lohngleichheit und Marktlohn

Lohngleichheit ist ein zentrales Anliegen auf dem Weg zur tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann. Das Gleichstellungsgesetz (GIG) bietet seit 1996 verfahrensrechtliche Erleichterungen für die Durchsetzung dieses verfassungsmässigen Anspruchs. Eine aktuelle Frage zur Anwendung des GIG lautet: Darf die Marktsituation eine Lohndifferenz rechtfertigen?

Die Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten bietet zu diesem aktuellen Thema an verschiedenen Orten in der Schweiz Weiterbildungsveranstaltungen insbesondere für Richterinnen und Richter an.

Kenntnisse über Verfahrensvorschriften, die wesentlichen Inhalte sowie die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Gleichstellungsgesetz erleichtern Richterinnen und Richter die Beurteilung von Lohngleichheitsfragen.

Frau Fürsprecherin Marianne Jacobi, Präsidentin der kantonalen Schlichtungskommission gegen Diskriminierungen im Erwerbsleben, wird kurz ins Thema einführen. Gestützt auf den Bundesgerichtsentscheid BGE 126 II 217 analysieren zwei Fachpersonen die Frage der Rechtfertigung von Lohndifferenzen: Frau lic.iur. Gabriella Matefi, Advokatin, hinterfragt aus juristischer Sicht die Zulässigkeit von Marktsituation und Ausbildungskosten als Argumente zur Bemessung des Lohns. Herr Dr.ès.sc.éc. Tobias Bauer überprüft aus ökonomisch-statistischer Sicht die Frage, ob der Markt eine Lohndifferenz rechtfertigen kann. Der Inhalt dieser Vorträge stützt sich auf die schriftlichen Beiträge der Referierenden in der AJP-Sondernummer zur Lohngleichheit

(11/2001). Im Anschluss an die Vorträge findet eine Diskussion mit den Referierenden statt.

Anmeldung bis 17. Januar 2003 telefonisch, per Fax, E-mail oder mit untenstehendem Talon an:

Mirjam Tschumi, Kantonale Fachstelle für die Gleichstellung von Frauen und Männern, Postgasse 68, 3000 Bern 8

Telefon 031 633 75 79, Fax 031 633 75 89

E-mail: mirjam.tschumi@sta.be.ch

Ich nehme gerne an der Weiterbildungsveranstaltung vom 23. Januar 2003 zum Thema Lohngleichheit und Marktlohn teil.

Name und Vorname:

Funktion:

Adresse:

Datum und Unterschrift:

Bitte senden an: Mirjam Tschumi, Kantonale Fachstelle für die Gleichstellung von Frauen und Männern, Postgasse 68, 3000 Bern 8

Programme des cours pour 2003

- Cours (externe):** **égalité des salaires et salaire du marché**
ouvert aux membres de la justice bernoise et aux membres de l'AAB
- Direction du cours: - Stephan Stucki, Juge d'appel
- Me Mirjam Tschumi (Bureau de l'égalité entre la femme et l'homme)
- Conférenciers: - Me Marianne Jacobi (Présidente de la commission de conciliation contre les discriminations au travail)
- lic.iur. Gabriella Matefi, avocate
- Dr. ès.sc.éc. Tobias Bauer (Bureau d'étude de politique du travail et de politique sociale (BASS))
- Date: jeudi 23 janvier 2003, 15h30 – 18h00
- Lieu: Amthaus Bern, salle des assises
- Coût: gratuit
- Inscription: jusqu'au 17 janvier 2003 auprès de Mirjam Tschumi, Bureau de l'égalité entre la femme et l'homme, Postgasse 68, 3000 Berne 8; Téléphone : 031 633 75 79; Fax 031 633 75 89;
E-Mail: mirjam.tschumi@sta.be.ch
- Remarque: Voir publication en page 11

- Cours 1:** **Réflexions sur l'élaboration de la décision judiciaire**
manifestation organisée en commun par le Forum bernois pour la criminologie (BFK) et la commission pour la formation continue de la Cour suprême du canton de Berne
- Direction du cours: - Prof. Dr. Karl-Ludwig Kunz, BFK
- Stephan Stucki, Juge d'appel
- Durée: 1 jour
- Forme: Exposés et discussion
- Peter Reusser, Président de Tribunal d'arrondissement:
l'élaboration du jugement pénal par un tribunal collégial de première instance - les facteurs de décision et leur application
- Prof. Dr. Margit E. Oswald, Institut de psychologie de l'Université de Berne: psychologie du comportement judiciaire en matière pénale
- Susi Staub, Juge de Tribunal d'arrondissement, Burgdorf: tâches et comportements possibles de la juge laïque dans le procès pénal
- Prof. Dr. Peter Albrecht, Bâle:
le point de vue personnel du juge sur la loi comme facteur prépondérant de la prise de décision

Stefan Wyler, rédacteur au „BUND“:

le fonctionnement de la justice du point de vue de l'observateur -
justice, médias et public

Date: vendredi 31 janvier 2003, 09h00 - 16h00

Lieu: Amthaus Bern, salle des assises

Remarque: Voir publication en page 10

Cours 2 / 2 W: Les pourparlers transactionnels

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

Direction du cours: Stephan Stucki, Juge d'appel

Conférenciers: - Prof. Dr. Norbert K. Semmer,
Université de Berne, Institut de psychologie
- Me Marianne Jacobi
- Ueli Hofer, ancien Président de la Cour suprême

Durée: 1 jour

Date: mardi 18 février 2003

Répétition: mardi 24 juin 2003

Lieu: Amthaus Bern, salle des assises

Coût: Fr. 100.-- pour les membres de l'AAB

Remarque: les personnes s'étant déjà inscrites pour le cours en 2002 sont
considérées comme étant toujours inscrites.

Cours 3: Introduction à l'utilisation de Powerpoint

Direction du cours: Jürg Sollberger, Juge d'appel

Conférenciers: Collaborateurs de la police cantonale bernoise

Durée: 1 jour

Date: lundi 17 mars 2003

Lieu: Centre de formation de la police cantonale, Ittigen

Remarque: Ce cours est ouvert à tous les collaborateurs et toutes les colla-
boratrices amenés à tenir des conférences ou contribuant à
l'illustration visuelle de conférences.
20 participants au maximum.

Cours 4: Formation à l'utilisation d'Internet en matière juridique
ouvert aux membres de la justice bernoise

Contenu: apprendre à connaître les moyens et les possibilités de recherches juridiques sur Internet - recherche ciblée d'informations juridiques destinées à l'usage quotidien

Direction du cours: Weblaw GmbH

Durée: 1 jour

Date: mercredi 2 avril 2003

Lieu: Université de Berne, 3^{ème} sous-sol, local 302

Remarque: 20 participants au maximum

Cours 5: Problèmes pratiques de procédure civile
ouvert aux membres de la justice bernoise et aux membres de l'AAB

Direction du cours: Bernhard Stähli, Président de tribunal

Durée: 1/2 journée (début à 09h00 - fin au plus tard à 13h00)

Date: mercredi 25 juin 2003

Lieu: Amthaus Bern, salle des assises

Remarque: Les membres de la justice bernoise ont la priorité!

Cours 6: Convaincre son auditoire - Séminaire consacré à l'art du discours et de la présentation
ouvert aux membres de la justice bernoise (en premier lieu aux juges du siège)

Direction du cours: Jürg Sollberger, Juge d'appel

Conférenciers: Pierre Freimüller

Durée: 1 jour

Date: mercredi 10 septembre 2003

Remarque: 15 participants au maximum

Cours 7: Droit international privé et procédure civile
ouvert aux membres de la justice bernoise et aux membres de l'AAB

Contenu: introduction et aperçu, développement avec accent sur le droit de la famille essentiellement

Direction du cours: Myriam Grütter, Présidente de tribunal

Conférenciers: - Prof. J. Kren, Université de Berne
- Prof. I. Schwander, Université de Saint-Gall

Durée: 1 jour

Date: jeudi, 16 octobre 2003

Lieu: Amthaus Bern, salle des assises

Coût: 100.--

Cours 8 / 8 W: Ateliers de travail sur les méthodes de calcul de l'entretien

ouvert aux membres de la justice bernoise

Direction du cours: Daniel Bähler, Président de tribunal

Durée: ½ journée

Date no 1: mercredi 22 octobre 2003, 08h30 - 12h00

Date no 2: mercredi 22 octobre 2003, 13h30 - 17h00

Lieu: Amthaus Bern, TP 19

Remarque: 15 participants au maximum par atelier**Cours 9: Journée d'introduction à la révision de la partie générale du Code pénal suisse**

ouvert aux membres de la justice bernoise, de l'AAB ainsi qu'aux membres des organes des autorités fédérales de poursuite pénale

Direction du cours: Annemarie Hubschmid, Présidente de tribunal

Conférenciers: - Jürg Sollberger, Juge d'appel
- Hans Wiprächtiger, Juge fédéral
- Prof. Günter Heine

Durée: ½ journée (après-midi)

Date: mercredi 12 novembre 2003

Lieu: Freies Gymnasium, Aula

Coût: 50.--

Remarque: Prochaine manifestation consacrée à ce thème probablement au 2004**Journée de formation pour les greffiers et les greffières**

Direction du cours: Jürg Sollberger/Stephan Stucki, Juges d'appel

Date: 15 - 17 mai 2003

Lieu: Hotel Bellevue-Bären, Krattigen

Remarque: Les personnes concernées seront invitées personnellement!**Renseignements et avertissement :**

Prière de s'annoncer au Secrétariat de la Commission pour la formation continue (Mme U. Schreyer, Chancellerie de la Cour d'appel, ☎ 031 634 72 47, Fax 031 634 71 13, E-Mail: ursula.schreyer@jgk.be.ch)

Les inscriptions reçues seront considérées comme acceptées sous réserve d'un refus explicite du Secrétariat de la Commission pour la formation continue (en raison du nombre trop important de participants ou de l'annulation du cours).

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

Inscription (à renvoyer jusqu'au 27 janvier 2003):

Veillez svpl envoyer votre inscription à temps!

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

- | | | | |
|--------------------------|--------------------|----------|---|
| | Cours | 23.01.03 | égalité des salaires et salaire du marché |
| <input type="checkbox"/> | Cours 1 | 31.01.03 | Forum |
| <input type="checkbox"/> | Cours 2 | 18.02.03 | Les pourparlers transactionnels |
| <input type="checkbox"/> | Cours 2 W | 24.06.03 | Les pourparlers transactionnels |
| <input type="checkbox"/> | Cours 3 | 17.03.03 | Powerpoint |
| <input type="checkbox"/> | Cours 4 | 02.04.03 | Internet |
| <input type="checkbox"/> | Cours 5 | 25.06.03 | Problèmes pratiques de procédure civile |
| <input type="checkbox"/> | Cours 6 | 10.09.03 | Convaincre son auditoire |
| <input type="checkbox"/> | Cours 7 | 16.10.03 | Droit international privé |
| <input type="checkbox"/> | Cours 8 matin | 22.10.03 | calcul de l'entretien |
| <input type="checkbox"/> | Cours 8 après-midi | 22.10.03 | calcul de l'entretien |
| <input type="checkbox"/> | Cours 9 | 12.11.03 | révision de la partie générale du Code pénal suisse |

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

Nom: _____

Prénom: _____

Fonction: _____

Lieu: _____

Hinweise auf "auswärtige" Weiterbildungsveranstaltungen

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 für die Kreditsprechung zuständige Stelle muss sich aber bei zu grosser Nachfrage verhältnismässige Kürzungen vorbehalten.

Stiftung für die Weiterbildung Schweizerischer Richter

- Inhalt und Koordination der verschiedenen Schadenausgleichssysteme (2002/2003)
- Rechtshilfe und Vollstreckung (Zivilsachen, Kindsentführung und Konkurs) (2003)
- Revision des AT des StGB, Nebenthema (2003/2004)
- Gericht und Expertise (2004/2005)

Schweizerischer Juristenverein

p.m.

Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter

p.m.

Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft

Thema: Jahrestagung in Locarno „Der revidierte AT des StGB“

Datum: 22./23. Mai 2003

Ort: Locarno

Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Thema: „Mehr Sicherheit - weniger Freiheit? Aktuelle Ermittlungs- und Beweistechniken hinterfragt“

Datum: 05. - 07. März 2003

Ort: Interlaken

Berner Forum für Kriminalwissenschaften

p.m.

BAV

p.m.

Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich

Die Veranstaltungen finden in der Universität Zürich-Irchel, im Theatersaal bzw. in einem Hörsaal statt und dauern jeweils bis ca. 12. 00 Uhr

Thema: Strafverfolgung in oder abseits der Öffentlichkeit? Eine kontradiktorische Podiumsdiskussion

Moderation: lic. iur. Urs Broder, Zürich

Datum: Samstag, 25. Januar 2003, 09.30 Uhr

Thema: Die Bekämpfung des Kreditkartenmissbrauchs. Rechtliche Aspekte und technische Möglichkeiten

Datum: Dienstag, 11. März 2003 / Wiederholung Freitag, 14. März 2003

Thema: Der Fall Bilkei - ein aussergewöhnlicher Strafprozess in der Rückblende

Datum: Dienstag, 08. April 2003 / Wiederholung Freitag, 11. April 2003

ESM Basisseminar Forensik

- letzter Basiskurs März/April 2003
- erster Grund- (Sockel-) Kurs, September/Oktober 2003 (erweiterter Basiskurs, wahrscheinlich in sechs Blöcken zu 2 ½ Tagen)
- erste Aufbaukurse Mitte 2004

Nachdiplomstudium zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität NDS BWK

p.m.

Verband bernischer GerichtsschreiberInnen

p.m.

BEJUFO

Forum der Bernischen Justiz

Mit der Umfrage zur Bernischen Justiz (BEJUBE) ist ein wichtiger und wesentlicher Schritt in die richtige Richtung gemacht worden. Die Bernische Justiz hat sich als Dienstleistungsunternehmen vorgestellt und ihren Kunden die Möglichkeit geboten, diese Dienstleistung zu beurteilen. Die Organe der Justiz sind daran, das Resultat dieser Beurteilung zu verarbeiten und die sich aufdrängenden Verbesserungen zu bewerkstelligen.

Mit der Einrichtung eines Diskussionsforums im Inforterne soll nun ein weiterer Schritt getan werden. Es muss doch auch denjenigen, die diese Justiz eigentlich ausmachen, die Möglichkeit geboten werden, Gedanken zu ihrer Arbeit, zu den Strukturen und zu den gesetzlichen Vorgaben formulieren, einem weiteren Kreise zugänglich machen und zur Diskussion stellen zu können. Die nachfolgenden Überlegungen des Inforterneredaktors sind als erster solcher Forumsbeitrag gedacht, und sie sollen diese angesprochene Diskussion - hoffentlich - lancieren.

SAR und Eidg. Strafprozessordnung

Bedrohung oder Chance für die Bernische Justiz?

Die Regierung hat im September ihre Absichten im Zusammenhang mit der strategischen Aufgabenüberprüfung (SAR) bekannt gegeben. Es geht um Abbau der Dienstleistung, es geht um Abbau von Stellen, es geht um einen empfindlichen Rückschritt im Bereich des service public. Auch die Justiz bleibt nicht verschont, jährlich sind 3 Mio einzusparen und das wird ohne Personalabbau schlicht nicht gehen. Die SAR - Massnahmen werden zwar, betrachtet man die geplanten Massnahmen im Bereich der uns betreffenden Direktion genauer, das Gesicht der Bernischen Justiz nicht verändern. Aber es entstehen eben doch Befürchtungen, Befürchtungen etwa, dass nach durchgeführten Positionskämpfen letztlich einfach ein linearer Stellenabbau resultieren könnte. Das Streichen von Stellenpunkten ohne Aufgabenabbau führt aber einzig zu Mehrbelastungen, und das macht Angst, insbesondere bei „Hinterbliebenen“, die zu den bereits heute grossen Belastungen zusätzliche hinzukommen sehen. Dass damit der Staat Bern als Arbeitgeber für junge Juristinnen und Juristen gar attraktiver werden würde, behaupten wohl nicht einmal die Obersparer in unseren Landen, und so steht zu befürchten, dass wir dereinst nicht einmal mehr die noch verblie-

benen Stellen mit qualifizierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern besetzen können. Der Bund als aggressiver und solventer Arbeitgeber steht mit offenen Armen bereit, alle möglichen Bundesämter und andere Bundesstellen lassen grüssen. Kurz, es droht Ungemach.

Die Ankündigungen im Gefolge der SAR - Anstrengungen der Regierung (die ihr ja aufgezwungen worden sind) sind aber nicht die einzigen Hiobsbotschaften, die anstehen.

Aus der Küche der eidg. Gesetzesmacher droht weitere Unbill. Mit der bevorstehenden und wohl auch nicht mehr abzuwendenden Einführung einer eidgenössischen Strafprozessordnung im Sinne des VE Schmid mit dem Staatsanwaltschaftsmodell als grundlegendes Konstrukt wird zwangsläufig auch eine Veränderung der Bernischen Gerichtsorganisation einhergehen. Dieses Modell verlangt nach einer Umstrukturierung der Untersuchungsbehörden, die erhöhte Spruchkompetenz für Staatsanwaltschaft und Einzelgericht und die Möglichkeit des abgekürzten Verfahrens (plea bargaining) werden die künftige Strafjustiz prägen.

Auch wenn hier im Gegensatz zum revidierten AT StGB mit einer unmittelbar bevorstehenden Inkraftsetzung nicht zu rechnen ist, wir werden diesen Preis wohl in absehbarer Zeit für die längst angezeigte Vereinheitlichung des Strafprozesses bezahlen müssen.

Was bleibt bei dieser verzweifelten Situation zu tun? Eine Möglichkeit wäre wohl die, einfach den Kopf in den Sand zu stecken und darauf zu hoffen, dass es in erster Linie die andern persönlich treffen möge. Für ältere Semester bietet sich die Möglichkeit des vorzeitigen Übungsabbruchs, in der Hoffnung, die Pensionskasse möge nicht von Schwindsucht befallen werden und für die Jugend bleibt einmal mehr der Bund.

Aber auch in dieser Situation ist positives Denken erlaubt, denn es ergeben sich durchaus auch andere Perspektiven. Wohl erscheinen die beiden einschneidenden Veränderungen für sich allein betrachtet vorerst als ernsthafte Bedrohungen. Legt man sie aber übereinander, dann verändert sich das Bild und es tun sich Wege auf, die zu einer neuen, veränderten, professionelleren und effizienteren Bernischen Justiz führen könnten. Dazu braucht es aber Bereitschaft zum Verzicht, Bereitschaft zu einschneidender Veränderung, Bereitschaft zur Abkehr von ehrwürdigen aber kaum funktionstüchtigen Relikten aus früheren Zeiten, Relikte, die einmal auch Neuerungen waren, die damals Sinn machten und die für die Rechtsentwicklung entscheidendes beigetragen haben.

Der Bernische Gesetzgeber hat insbesondere im letzten Jahrzehnt bereits die Bereitschaft gezeigt, vorwärts zu denken und einschneidende Veränderungen vorzuneh-

men; das alte Zivilamtsgericht ist Bernische Rechtsgeschichte, das Geschwornengericht dient bestenfalls noch als Stoff für Historienfilme und aus verschiedenen Land Schlössern sind die Richter abgezogen.

Die mit diesen Schritten eingeleitete Reorganisation muss nun zu einem guten Ende gebracht werden, und wenn die SAR - Massnahmen und die anstehende eidg. Strafprozessordnung hier als Beschleuniger dienen können, dann ist selbst diesen Bedrohungen etwas Gutes abzugewinnen.

Wie könnte eine solche Strukturreform der Bernischen Justiz aussehen. Die nachfolgenden Vorschläge mögen auf den ersten Blick revolutionär erscheinen, sie sind es aber nicht, es geht vielmehr um eine Weiterentwicklung und Vollendung eines bereits begonnen Werkes:

- An Stelle der 13 Kreisgerichte sind vier Regionalgerichte (analog den Untersuchungsregionen) zu schaffen, wobei „Aussenstellen“ in Interlaken und Moutier eine Option darstellen.
- Auch die im Zivilrecht tätigen und bereits heute professionalisierten Einzelrichterinnen und -richter werden in den Regionen zusammengefasst, das heisst, es wird künftig Bernische Gerichtssitze nur noch in Thun, Bern, Burgdorf und Biel mit möglichen Aussenstellen (Der GP von Trachselwald hielt seinerzeit auch Gerichtstage in Huttwil ab) in Interlaken und Moutier geben.
- Die Regionalgerichte sind zu professionalisieren, das heisst, für die (deutlich weniger) noch verbleibenden Regionalgerichtsfälle ist ein Dreiergericht aus Berufsrichterinnen und Berufsrichtern zusammenzustellen. Diese Juristen entscheiden in den Einzelrichterfällen (Spruchkompetenz bis zu drei Jahren (Art. 24 E StPO), abzüglich der Fälle, die durch die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren erledigt werden können, Art. 412 ff E StPO) alleine und bilden zu dritt das Regionalgericht mit wechselndem Vorsitz. Als Akzeptanz fördernder Zwischenschritt wäre auch eine Zusammensetzung des Regionalgerichtes aus drei Berufsrichtern und zwei Laienrichtern oder Laienrichterinnen denkbar, eine Zusammensetzung aus drei Laien und zwei Berufsrichterinnen oder Richtern würde zwar einer bereits früher gemachten Anregung entsprechen, erscheint mir aber heute nicht mehr im Vordergrund zu stehen.
- Bei dieser Konstellation ist es auch möglich, das Wirtschaftsstrafgericht aus dem Obergericht auszulagern und in der ersten Instanz anzusiedeln. Als Option bleibt hier die Schaffung eines spezialisierten Gerichts für das ganze Kantonsgebiet.
- Mit der Bildung eines echten erstinstanzlichen Wirtschaftsstrafgerichts entfällt die Notwendigkeit im Obergericht den Kassationshof mit der Behandlung der Appella-

tionen gegen Entscheide des Wirtschaftsstrafgerichts zu belasten. Diese Aufgabe würde künftig einer, möglicherweise spezialisierten Strafkammer zufallen.

Zu diesen grundsätzlichen strukturellen Veränderungen sind weitere, flankierende Massnahmen denkbar. So wäre im Strafbereich zu überdenken, ob die heute vorbehaltlose Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung in aussichtslosen Fällen auch für die obere Instanz gewährt werden muss. Hier scheint jedoch der Entwurf Schmid kaum Raum zu lassen, aber es geht ja hier vorerst um einen Entwurf. Ausserordentlich weitreichende Bedeutung könnte das Plea bargainig erhalten, wenn es durch die Staatsanwaltschaft mit entsprechender Unterstützung der Gerichte auch dort praktiziert werden wird, wo dies gesetzlich möglich ist.

Demgegenüber erscheint im Zivilbereich eine mittels Zugangsbeschränkung erzwungene Delegation von Entscheidungen an Schiedsgerichte eher problematisch. Aber auch hier sind durch die Praxis geschaffene Vereinfachungen der Abläufe (wie etwa im Scheidungsbereich, wo diese Vereinfachungen bereits durch die Praxis eingeführt worden sind) denkbar.

Es braucht aber dazu den Willen, innovativ zu denken und zu handeln.

Und schliesslich würde auch die Schaffung einer erstinstanzlichen Verwaltungsjustizbehörde zu einer Bereinigung führen. Die FFE - Geschäfte, die die Zivilabteilung des Obergericht ausserordentlich belasten, könnten auf den Verwaltungsjustizweg verlegt werden, was dem Obergericht erlauben würde, sich ganz den Kerngeschäften zuzuwenden.

Ich höre nun aber bereits die Aufschreie aus den Randregionen, das Wehklagen der Traditionalisten und die harsche Kritik der Politiker. Sei's drum. Ich bin überzeugt, dass wir mit diesen Strukturreformen auch mit geringerem personellen Bestand dennoch eine professionelle, eine schnelle und eine gute Justiz werden anbieten können. Die Erfahrungen im Zusammenhang mit der Reform 96 sind durchwegs positiv, Hoffnung ist erlaubt. Es gilt die Chance, die uns unvermittelt aus Bedrohungen erwachsen ist, zu nutzen.

Jürg Sollberger

Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens

Balz Oberle, Gerichtspräsident¹

In dem am 1. Januar 1997 in Kraft getretenen revidierten SchKG wurde auch das Verfahren zur Feststellung neuen Vermögens des Schuldners nach durchgeführtem Konkursverfahren neu geordnet. Dabei sollte die Stellung des Gläubigers, welcher bis anhin zur Feststellung neuen Vermögens auf die Einleitung eines ordentlichen Zivilprozesses verwiesen war, gestärkt werden, indem das durch die Erhebung des Rechtsvorschlags mangels neuen Vermögens automatisch ausgelöste Bewilligungsverfahren mit anschliessendem Feststellungsverfahren nach Art. 265a SchKG eingeführt wurde. Das Bewilligungsverfahren wurde dem Verfahren bei Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung nachgebildet (Art. 181 SchKG). Wie das Obergericht des Kantons Bern in seinem Verwaltungsbericht 2001 bemerkt, haben sich im Zusammenhang mit diesem Verfahren in der Praxis einige Unsicherheiten ergeben. Im Nachfolgenden soll aus der Sicht eines mit der Anwendung dieses Verfahrens befassten Richters der Versuch unternommen werden, dazu mögliche Lösungsansätze aufzuzeigen, welche zum Teil auch für den Feststellungsprozess von Bedeutung sein können. Dabei scheint es naheliegend, auch auf die Erfahrungen mit dem analogen Verfahren in der Wechselbetreibung zurückzugreifen.

1. Kognition bei formell- und materiellrechtlicher Unbeachtlichkeit des Rechtsvorschlags

Schon unter dem alten Recht war anerkannt, dass es Fälle gibt, in denen die Einrede des mangelnden neuen Vermögens aus formell- oder materiellrechtlichen Gründen unbeachtlich ist.

Formellrechtlich unbeachtlich ist der Rechtsvorschlag dann,

- wenn der Schuldner gar nie im Konkurs war (vgl. Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, § 53 S. 393 f, A 16);

¹ Der Verfasser dieses Beitrages dankt seinem Kollegen Martin Zaugg, a.o. Gerichtspräsident und Gerichtsschreiber, für seine wertvollen Hinweise und Korrekturen.

- wenn er im Ausland im Konkurs war, es sei denn, der ausländische Konkurs sei in der Schweiz anerkannt und auf sein hier gelegenes Vermögen ausgedehnt worden (Art. 166 ff IPRG; vgl. Fritzsche/Walder, a.a.O., *ibid.*);
- wenn der Konkurs mangels Aktiven eingestellt wurde (vgl. Fritzsche/Walder, a.a.O., *ibid.*);
- wenn der Konkurs widerrufen wurde (vgl. Fritzsche/Walder, a.a.O., *ibid.*);
- wenn die betriebene Forderung nach Art. 130c Abs. 2 VZG oder Art. 61 Abs. 1 KOV als ungesicherte Pfandforderung kolloziert wurde (vgl. Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, art. 265a N 12);
- wenn es sich beim Einredenden um einen Erben handelt, welcher die - allenfalls überschuldete - Erbschaft des Konkursiten angetreten hat (vgl. Gilliéron, a.a.O., *ibid.*),
- oder wenn schliesslich die neue Betreibung eine vor Konkurseröffnung erfolgte (zulässige) Lohnabtretung betrifft (vgl. Beat Gut/Felix Rajower/Brigitta Sonnenmoser, *Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens; unter Berücksichtigung der zürcherischen Praxis*, in: *AJP* 5/1998, S. 531).

Materiellrechtlich unbeachtlich ist er,

- wenn die Forderung nach der Konkurseröffnung entstanden ist (Fritzsche/Walder, a.a.O., *ibid.*)
- oder wenn auf die Erhebung der Einrede des mangelnden neuen Vermögens verzichtet wurde (vgl. Fritzsche/Walder, a.a.O., *ibid.*).

Sowohl formell- als auch materiellrechtlich unbeachtliche Rechtsvorschläge kommen in der Praxis häufig vor. Bei ersterer Kategorie handelt es sich vor allem um Fälle, in welchen der Schuldner gar nie in Konkurs war und beispielsweise lediglich ein Pfändungsverlustschein gegen ihn ausgestellt worden ist oder in denen das Konkursverfahren gar nicht durchgeführt worden war, sondern mangels Aktiven eingestellt wurde. Bei der zweiten Kategorie handelt es sich um Fälle, in denen die betriebene Forderung nach der Konkurseröffnung entstanden ist. Es fragt sich, ob die formell- und materiellrechtlich unbeachtlichen Rechtsvorschläge in die **Kognition des Richters oder des Betreibungsbeamten** fallen.

Diese Frage wurde vom Bundesgericht in Bestätigung seiner Rechtsprechung eindeutig beantwortet, dies dahingehend, dass diese Fälle angesichts des klaren Gesetzestextes ausnahmslos in die Kognition des Richters fallen (BGE 124 II 381; vgl. [zustimmend] Kurt A-

monn/Dominik Gasser, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht des Jahres 1998, in: ZBJV 135/1999, S. 254 f; [noch unter dem alten Recht] Hans Wüst, Die Geltendmachung der Konkursforderung, Diss. Zürich 1983, S. 70 ff; Beat Gut/Felix Rajower/Brigitta Sonnenmoser, a.a.O., S. 531 Ziff. 2a; Beat Fürstenberger, Einrede des mangelnden und Feststellung des neuen Vermögens nach dem revidierten Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Diss. Basel 1999, S. 73; **a.M.** [noch unter dem alten Recht] Fritzsche/Walder, a.a.O., *ibid.*; Nicolas Jeandin, Actes de défaut de biens et retour à meilleure fortune selon le nouveau droit, in: SJ 1997, p. 290; Gilliéron, a.a.O., *ibid.*). Soweit die **formellrechtliche Beachtlichkeit** betreffend, verdient indessen die von Fritzsche/Walder, Jeandin und Gilliéron vertretene Auffassung sicher den Vorzug, denn es ist nicht recht einsehbar, wie so der Betreibungsbeamte zwar wohl zur Prüfung der Formalien der Erhebung des Rechtsvorschlages (Form, Wortlaut, Frist), nicht aber zur Prüfung der **formellrechtlichen Beachtlichkeit**, d.h. zur Bestimmung der Rechtsnatur des Rechtsvorschlages (vgl. hierzu Gilliéron, a.a.O., Art. 75 N 27 ff, insbes. N 30, Art. 265a N 12, je mit Hinweisen), zuständig sein sollte. Die Bejahung einer entsprechenden Zuständigkeit entspricht denn auch der geltenden, von der Aufsichtsbehörde autorisierten Praxis der Betreibungsämter im Kanton Bern (vgl. Kreis Schreiben Nr. A 5 der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen für den Kanton Bern an die Betreibungs- und Konkursämter des Kantons Bern vom 27. März 1997, S. 1, Ziff. 1 Abs. 2).

Hingegen geht es bei der **materiellrechtlichen Beachtlichkeit** um Fragen, die in materiellrechtlicher und tatsächlicher Hinsicht überprüft werden müssen, was in jedem Falle die Tätigkeit eines Richters erfordert (vgl. Fritzsche/Walder, a.a.O.; **a.M.** [in Anbetracht der Arbeitslast der Gerichte zwar sympathisch, aber wohl zu weitgehend] Entscheid der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen für den Kanton Bern vom 16.04.1999 in Sachen S.T. c/ Betreibungs- und Konkursamt Berner Oberland [Nr. 84/99], welche „klare Fälle„ der materiellrechtlichen Unbeachtlichkeit der Beurteilung durch den Betreibungsbeamten überlassen will; vgl. ähnlich für materiellrechtlich unbeachtliche Rechtsvorschlüsse ganz allgemein auch Entscheid der Autorité de surveillance des offices des poursuites et des faillites des Kantons Genf vom 04.08.1999 in Sachen X. c/ Etat de Genève, Administration fiscale cantonale = SJ 122/2000, S. 166 ff).²

² Noch problematischer ist es, wenn - was man in der Praxis etwa auch sieht - formell gültig erhobene Rechtsvorschlüsse mangels neuen Vermögens vom Betreibungsbeamten sogar ohne förmliche Verfügung nur als ordentliche Rechtsvorschlüsse entgegengenommen werden. Dieses Vorgehen kann auch

Dass die **Beurteilung der materiellen Beachtlichkeit** des Rechtsvorschlags die **Tätigkeit eines Richters** erfordert, wird auch dadurch veranschaulicht, dass die damit verbundenen Fragen recht komplex sein können. So hatte der Schreibende z.B. zu beurteilen, ob eine Mietzins- bzw. Schadenersatzforderung aus einem nach Konkurseröffnung aufgelösten Mietvertrag über eine bewegliche Sache eine Konkursforderung ist oder nicht.³

In einem anderen Fall war zu entscheiden, ob eine auf Art. 52 AHVG gestützte Schadenersatzforderung der Ausgleichskasse gegen den einzigen Verwaltungsrat und Geschäftsführer

nicht damit gerechtfertigt werden, dass findige Schuldner den Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens systematisch erheben.

³ Die Konkurseröffnung hebt laufende Verträge nicht auf, es sei denn, das materielle Recht würde diese Rechtslage anordnen (was vorliegend nicht der Fall ist; vgl. SchKG-Schwob, Art. 211 N 7). Der Konkursverwaltung steht freilich das Recht zu, die Verpflichtung des Gemeinschuldners zu erfüllen (was in dem zu beurteilenden Fall offensichtlich ebenfalls nicht der Fall war; vgl. SchKG-Schwob, Art. 211 N 9). Fällt der Mieter nach Übernahme der Mietsache in Konkurs, so kann der Vermieter indessen gemäss Art. 266 h OR für künftige Mietzinse Sicherheit verlangen. Er muss dafür dem Mieter und der Konkursverwaltung eine angemessene Frist setzen (Abs. 1). Erhält der Vermieter innert dieser Frist keine Sicherheit, so kann er fristlos kündigen (Abs. 2). Wurde eine Frist angesetzt, erfolgte jedoch keine Sicherheitsleistung, bzw. wurde keine Frist angesetzt, wovon im zu beurteilenden Fall in der einen und der anderen Variante auszugehen war, sind nur die bis zur Konkurseröffnung aufgelaufenen Mietzinse Konkursforderungen. Spätere sind beim Gemeinschuldner zu erheben vorbehältlich der Erfüllungsverpflichtung der Konkursmasse mit allfälliger Sicherheitsleistung nach Art. 211 Abs. 2 SchKG und - bei der Miete von Geschäftslokalen - des gesetzlichen Retentionsrechtes (vgl. BGE 104 III 84 ff.). In diesem Entscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die - im zu beurteilenden Falle zweifellos erfolgte - Ablehnung seitens der Konkursverwaltung, den Vertrag zu erfüllen, nicht zu dessen Aufhebung führt, sondern lediglich bewirkt, dass die entsprechende Verpflichtung - sofern der Mieter (wie im zu beurteilenden Fall) eine natürliche Person ist - nicht zur Massaschuld wird (E. 3b S. 90 f; vgl. Fritzsche/Walder, a.a.O., Band II, § 42, S. 162 A 32), dass jedoch der Vermieter von Geschäftsräumen - im Gegensatz zum zu beurteilenden Fall - im Konkurs des Mieters für seine zukünftige Mietzinsforderung jedenfalls insoweit zuzulassen ist, als ihm das gesetzliche Retentionsrecht zusteht (E. 4). Im zu beurteilenden Falle eines Mietvertrages über eine bewegliche Sache waren deshalb nur die bis zur Konkurseröffnung aufgelaufenen Mietzinse inkl. des Mietzinses für die gesamte laufende Periode (bis zum nächsten Zinstermin), in der der Konkurs eröffnet wurde (vgl. ZK-Higi, Art. 266h OR N 36), Konkursforderungen, nicht jedoch die bis zur Vertragsauflösung fälligen Mietzinse bzw. die Schadenersatzforderung. Es war deshalb teilweise festzustellen, dass der Rechtsvorschlag aus materiellrechtlichen Gründen unbeachtlich ist und im übrigen über die Bewilligung des Rechtsvorschlages zu befinden.

einer konkursiten Aktiengesellschaft wegen Nichtablieferung der Arbeitgeberbeiträge vor oder nach der Eröffnung eines nachfolgenden Privatkonkurses über ihn selbst entstanden ist.⁴

2. Örtliche Zuständigkeit

Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag mit der Begründung, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, so legt das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag dem Richter des Betreibungsortes vor (Art. 265a Abs. 1 SchKG). Dabei handelt es sich in jedem Falle um den sachlich zuständigen Richter, in dessen Gerichtssprengel sich der Sitz des Betreibungsamtes befindet, welches den Zahlungsbefehl zugestellt hat oder zustellen liess und welches das Betreibungsregister führt, in welchem der Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens registriert worden ist (vgl. Gilliéron, a.a.O., art. 265a N 16). Dies heisst mit anderen Worten, auf Grund des schon von der Wechselbetreibung her bekannten Systems der Vorlage des Rechtsvorschlages durch das Betreibungsamt beim Richter tritt analog der in Art. 53 SchKG genannten Fälle (darunter die Wechselbetreibung) die der perpetuatio fori-Regel vergleichbare **Fixierung des Betreibungsortes** auch nach Wegfall des die Kompetenz begründenden Umstandes ein,

⁴ Hierfür ist der Bundesgerichtsentscheid BGE 121 III 386 und auch derjenige in BGE 121 III 382 einschlägig, wobei die entsprechende Rechtsprechung in BGE 123 V 12 präzisiert worden ist. Eine Schadenersatzforderung hat ihren Entstehungsgrund in einem Schaden. Im beurteilten Fall handelte es sich beim Schaden um die ausstehenden AHV-Beiträge, die vom Arbeitgeber geschuldet sind. Das Bundesgericht hält in BGE 121 III 386 fest, dass Schaden in dem Augenblick entsteht, wo die Arbeitgeberbeiträge aus rechtlichen oder aus tatsächlichen Gründen - so bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers - nicht mehr eingezogen werden können. Das Bundesgericht hält im zitierten Entscheid weiter fest, dass die Ausgleichskasse vom Schaden in dem Zeitpunkt Kenntnis erhält, wo sie sich Rechenschaft gibt - oder bei gehöriger Sorgfalt hätte Rechenschaft geben müssen -, dass die ihr geschuldeten Beiträge nicht mehr eingezogen werden können. Im Falle des Konkurses ist dies daher nicht erst der Zeitpunkt, wo die Verteilungsliste erstellt und ein Verlustschein ausgestellt wird; vielmehr erhält die Ausgleichskasse in der Regel schon Kenntnis vom Schaden, wenn das Inventar und der Kollokationsplan aufliegen, welche Auskunft über die Aktiven, den Rang der von der Ausgleichskasse angemeldeten Forderung und die voraussichtliche Höhe der Dividende geben. Damit war im zu beurteilenden Fall der Schaden, Grund der betriebenen Schadenersatzforderung, vor Eröffnung des Privatkonkurses über den einzigen Verwaltungsrat und Geschäftsführer der konkursiten Aktiengesellschaft entstanden. Es handelte sich mithin um eine Konkursforderung.

dies allerdings beschränkt auf das Bewilligungsverfahren. Dies kann durchaus von praktischer Bedeutung sein, da zwischen Zustellung des Zahlungsbefehls und Vorlage des Rechtsvorschlages beim Gericht unter Umständen eine gewisse Zeit verstreicht, während welcher ein Wohnsitzwechsel des Schuldners erfolgen kann. Dies gilt namentlich dann, wenn das Betreibungsamt - wie dies in verschiedenen Kantonen (darunter auch der Kanton Bern) durch Kreisschreiben der Aufsichtsbehörden vorgesehen ist - dem Gläubiger nach erfolgtem Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens noch Gelegenheit gibt, die Betreuung zurückzuziehen.

3. Parteirollenverteilung und Kostenvorschusspflicht

Auf Grund des Umstandes, dass das Bewilligungsverfahren nach Art. 265a SchKG wie bei der Wechselbetreuung durch den Rechtsvorschlag des Schuldners automatisch ausgelöst wird, könnte man geneigt sein, ihm die Kostenvorschusspflicht aufzuerlegen und ihm damit die Rolle des Gesuchstellers zuzuweisen. Dies gilt umso mehr, als gemäss Art. 49 Abs. 2 GebV SchKG die Spruchgebühr grundsätzlich von der Partei vorzuschüssen ist, die das Gericht angerufen oder einen Entscheid weitergezogen hat. Von einem Teil der Lehre und Rechtsprechung, namentlich - diejenige des Verfassers ausgenommen - im Kanton Bern und zum Beispiel teilweise auch im Kanton Zürich (Bezirksgerichte Bülach, Uster, Hinwil, Meilen, Horgen und Affoltern; vgl. Beat Gut/Felix Rajower/Brigitta Sonnenmoser, a.a.O., S. 532 N 26), wird denn auch diese Lösung bevorzugt (vgl. Jürgen Brönnimann, Neuerungen bei ausgewählten Klagen des SchKG, in: Aktuelle Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach revidiertem SchKG, ZSR 115/1996, S. 230 oder S. 42 der Sonderedition; Dominik Gasser, 1 Jahr revidiertes SchKG oder: Erst die Praxis bringt es an den Tag, in: Creditreform Nr. 8/98, S. 3 f; Rudolf Junker, Rechtsvorschlag: kein neues Vermögen [Art. 265a SchKG], in: Solothurner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1998, S. 589 f; R. Suhner, Geltendmachung des Konkursverlustscheins, Referat gehalten am WBS-HSG-Seminar „Das neue SchKG: Erste Erfahrungen aus der Praxis“, vom 20.11.1998 in Zürich, S. 4 f, unter Hinweis auf Art. 42 Abs. 2 GebV SchKG; Kreisschreiben Nr. 5 A der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen für den Kanton Bern vom 27. März 1997 an die Betreibungs- und Konkursämter des Kantons Bern, S. 2 [ebenfalls - allerdings in einem obiter dictum - unter Hinweis auf Art. 42 Abs. 2 GebV SchKG]; Beat Fürstenberger, a.a.O., S. 80; vgl. auch [für die Wechselbetreuung] Jaeger, Schuldbetreibung und Konkurs, I. Band, Art. 178 N 7, Art. 181 N 1).

Es ist diesbezüglich allerdings auch eine andere Betrachtungsweise möglich, welche sachgerechter erscheint. Denn es ist ja gerade nicht der Schuldner, welcher den Richter anruft. Indem der Gläubiger nach durchgeführtem Konkursverfahren eine Betreuung einleitet, ist es vielmehr jener, welcher eine allfällige Intervention des Richters provoziert, genau gleich wie der Gläubiger dies tut, welcher in einer ordentlichen Betreuung das Rechtsöffnungsbegehren stellt (vgl. Gilliéron, a.a.O., Art. 181 N 11 [zur analogen Situation in der Wechselbetreuung], Art. 265a N 14). Hinzu kommt, dass Art. 68 SchKG in allgemeiner Weise die Kostenvorschusspflicht dem betreibenden Gläubiger auferlegt, und dieser - wie der Gläubiger, welcher eine ordentliche Betreuung auf Pfändung bzw. Konkurs oder auf Pfandverwertung eingeleitet hat - im Vergleich zum Schuldner zweifellos ein überwiegendes Interesse an der „Beseitigung“ des Rechtsvorschlags hat. In konstanter Rechtsprechung hat deshalb der Appellationshof des Kantons Bern, IV. Zivilkammer, unter anderem aus den genannten Gründen, darauf erkannt, dass in der Wechselbetreuung der Gläubiger kostenvorschusspflichtig ist und ihm deshalb die Gesuchstellerrolle zukommt (vgl. Entscheid vom 24.05.1994 in Sachen F.T. CO LDT c/ C. SA, vom 21.07.1994 in Sachen C. SA c/ G.V. und vom 08.08.1996 in Sachen F.I. SPA c/ M.C. SA [Nr. 517/IV/96/ro], Erw. 3b, S. 3, mit Hinweis auf JdT 1993 II 95).⁵ Es liegt nun nicht auf der Hand, wieso diese Lösung nicht auch im analogen, dem Verfahren in der Wechselbetreuung nachgebildeten Bewilligungsverfahren nach Art. 265a SchKG Anwendung finden muss. Es verhält sich eben gerade nicht so - wie Fürstenberger, a.a.O., S. 80, zu Gunsten der umgekehrten Lösung ins Feld führt -, dass nicht die Anhebung des Betreibungsverfahrens, sondern die Thematik der Feststellung des neuen Vermögens für die Betrachtung massgeblich sein soll. Das Bewilligungsverfahren ist vielmehr, so gut wie dasjenige in der Wechselbetreuung und das Rechtsöffnungsverfahren, bloss ein betreibungsrechtlicher Inzidenzstreit, dem sich das Feststellungsverfahren - wie die Aberkennungsklage - erst anschliessen kann. In der Doktrin wird deshalb - so weit der Schreibende sieht - mehrheitlich nicht nur hinsichtlich der Wechselbetreuung, sondern nunmehr auch hinsichtlich des Bewilligungsverfahrens richtigerweise die Auffassung vertreten, dass die **Kostenvorschusspflicht** auch in diesem Verfahren den **Gläubiger** trifft und ihm deshalb die Gesuchstellerrolle zukommt (vgl. [zur Wechselbetreuung] Gilliéron, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 3. Aufl., S. 260, ebenfalls mit Hinweis auf JdT 1993 II 93; derselbe, *Commentaire de la loi*

⁵ Es sei hier nicht verschwiegen, dass im letztgenannten Fall ein Urteil des Verfassers dieser Zeilen zur Debatte stand, in welchem dieser die Kostenvorschusspflicht noch dem Schuldner auferlegte und ihm damit die Rolle des Gesuchstellers gab (!), was vom Appellationshof (richtigerweise) kritisiert worden ist.

fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 181 N 10 f; [zum Bewilligungsverfahren nach Art. 265a SchKG] Felix Rajower, Feststellung des neuen Vermögens im revidierten SchKG, Referat gehalten am SSK-Seminar vom 24.10.1997 in Zürich, S. 4; Paul Angst, Übersicht über die Rechtsprechung zum neuen SchKG, Referat gehalten an der Betreibungs- und Konkursbeamten tagung 1997 des Kantons Basel-Landschaft, S. 7; Beat Gut/Felix Rajower/Brigitta Sonnenmoser, a.a.O., S. 532 f; SchKG-Huber, Art. 265a N 21; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 265a N 14). Diese Lösung wird auch von einem Teil der Rechtsprechung gewählt, so zum Beispiel im Kanton Zürich (Bezirksgerichte Zürich, Winterthur, Dielsdorf und Andelfingen; vgl. Beat Gut/Felix Rajower/Brigitta Sonnenmoser, a.a.O., S. 532 N 26) und im Kanton Thurgau (vgl. Entscheid der Rekurskommission des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 07.04.1997 = BISchKG 64/2000, S. 104).

Die Kostenvorschusspflicht des Gläubigers impliziert freilich nicht zwingend, dass ihm auch die Gesuchstellerrolle zukommt, was zwar für die Behauptungs- und Beweislast keine Bedeutung hat, wohl aber für den verfahrensmässigen Ablauf (vgl. [zur Verteilung der Parteirollen im Arresteinspracheverfahren] Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 07.05.2001 in Sachen Y. c/ Kanton Schwyz, S. 2 = ZR 101 [2002] S. 12 f). Es erscheint nach dem Gesagten jedoch logisch, dass dem **Gläubiger** auch die **Parteirolle des Gesuchstellers** zukommen muss, zumal im Kanton Bern im summarischen Verfahren die Kosten ausschliesslich durch den Gläubiger vorzuschiessen sind, mithin die Parteirolle des Gesuchstellers unauflöslich mit der Kostenvorschusspflicht verknüpft ist (Art. 312 ZPO).

In praktischer Hinsicht stellten sich dem Verfasser mit der vom Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen an konsequent durchgeführten Parteirollenverteilung kaum Probleme. Zugegeben ist höchstens, dass den Gläubigern - welche sich legitimerweise auf die andere Praxis von kantonalen und ausserkantonalen Gerichten berufen - zum Teil nicht leicht zu erklären ist, wieso sie in diesem Verfahren, welches aus ihrer Sicht ja vom Schuldner verursacht worden ist, nun noch die Kosten vorzuschiessen hätten. Der Appellationshof kann sich dazu leider nicht äussern, nachdem gegen Entscheide im Bewilligungsverfahren nicht einmal Nichtigkeitsklage (vgl. Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern, III. Zivilkammer, vom 21.04.1998 [Nr. 79/98]), sondern nur staatsrechtliche Beschwerde gegeben ist. Auch war bis anhin (leider, wäre man fast geneigt zu sagen) trotz mitunter ausdrücklichem Hinweis auf diese Möglichkeit noch niemand bereit, auf Grund des verfügbaren Kostenvorschusses eine Be-

schwerde gegen den Schreibenden zu führen. Viele praktische Probleme, welche mit der anders geregelten Kostenvorschusspflicht und der umgekehrten Parteirollenverteilung verbunden sind (Einforderung des Vorschusses beim Schuldner, dessen Bereitschaft zur Entrichtung des Vorschusses naturgemäss nicht sehr gross ist; Gesuche um unentgeltliche Prozessführung desselben; materielles Eintreten ohne Vorschuss; Inkassoprobleme) entfallen mit der vorgeschlagenen Lösung allerdings mit einem Schlag (wobei dies freilich kein Kriterium für den Entscheid über die zu treffende Lösung sein darf). Namentlich darf nicht verkannt werden, dass - wenn der Vorschuss vom Schuldner nicht erhältlich gemacht werden kann - trotzdem auf das Gesuch materiell eingetreten werden muss, weil der Rechtsvorschlag zu bewilligen oder nicht zu bewilligen ist oder Vermögenswerte Dritter, über welche der Schuldner wirtschaftlich verfügt, pfändbar erklärt werden müssen (Art. 265a Abs. 3 Satz 2 SchKG). Dies läuft auf ein Prozessieren ohne Vorschuss hinaus, was dem Zivilprozess grundsätzlich fremd ist (und die Inkassoprobleme mit 1. , 2. und 3. Mahnung etc. erklärt). Bei der vorliegend postulierten Parteirollenverteilung und der daraus folgenden Kostenvorschusspflicht des Gläubigers bietet die Nichtbezahlung des Kostenvorschusses durch diesen trotz zweimaliger Aufforderung keine Schwierigkeiten; das Gesuch ist diesfalls zurückzuweisen (Art. 286 Abs. 2 ZPO; vgl. zur Säumnis wegen Nichtbezahlung des Gerichtskostenvorschusses auch nachfolgend Ziff. 7).

4. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime

In der Praxis sieht man nicht selten Bewilligungsverfahren, in welchen vor allem hinsichtlich des hypothetischen, durch Einkommen gebildeten neuen Vermögens - ähnlich einem Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung - das betreibungsrechtliche Existenzminimum des Schuldners ermittelt wird, sei es, dass dieser von Amtes wegen, sei es, dass er auf Parteiantrag hin dazu verhalten wird, dem Gericht umfangreiche, sachdienliche Unterlagen vorzulegen. Es wird in der Literatur denn mitunter auch die Auffassung vertreten, das Bewilligungsverfahren werde von der Untersuchungsmaxime beherrscht (vgl. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 265a N 3, was unter anderem damit begründet wird, dass der Richter von Gesetzes wegen den Umfang des neuen Vermögens festzustellen habe). Die Anwendung der Untersuchungsmaxime in betreibungsrechtlichen Streitigkeiten ist allerdings als eher atypisch zu bezeichnen. Die Zivilprozessordnungen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft sehen denn auch ausdrücklich vor, dass im Bewilligungsverfahren die Ver-

handlungsmaxime zur Anwendung gelangt (vgl. Fürstenberger, a.a.O., S. 77). Auch nach der Konzeption des Bewilligungsverfahrens erscheint diese Auffassung als die zutreffende. Denn nach Art. 265a Abs. 2 SchKG bewilligt der Richter den Rechtsvorschlag, wenn der Schuldner seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse darlegt und glaubhaft macht, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen ist. Diese Regelung ist durchaus vergleichbar mit derjenigen in Art. 82 Abs. 2, Art. 123 Abs. 1, Art. 174 Abs. 2 und Art. 272 SchKG (vgl. Jürgen Brönnimann, a.a.O., S. 228 N 95), hinsichtlich welcher niemand postulieren würde, dass sie von der Untersuchungsmaxime beherrscht werden. Die Anwendung der Untersuchungsmaxime im Bewilligungsverfahren erscheint auch mit Blick auf die nachfolgende Phase des Feststellungsverfahrens, welches zweifellos von der **Verhandlungsmaxime** beherrscht wird, nicht als sachgerecht, nachdem der Gläubiger im Bewilligungsverfahren den Prozessstoff für das Feststellungsverfahren durch den Richter erheben lassen könnte. Es ist deshalb sicher sachgerechter, im Bewilligungsverfahren die Verhandlungsmaxime anzuwenden, was freilich nicht selten zur Folge hat, dass mangels Substantiierung des Rechtsvorschlags durch den Schuldner neues Vermögen im Umfang der betriebenen Forderung zuzüglich Betreuungskosten festgestellt werden muss. Dies hat allerdings entgegen anderslautender Meinungsäußerungen nichts Schockierendes oder Aussergewöhnliches an sich, nachdem durch die mangelnde Substantiierung des Rechtsvorschlags impliziert wird, dass der Schuldner über neues Vermögen verfügt, dieses jedoch durch die Höchstgrenze der Betreuung seine Begrenzung finden muss. Zudem steht ihm ja der Feststellungsprozess im ordentlichen Verfahren immer noch offen.

5. Massgeblicher Zeitpunkt bzw. -rahmen für die Feststellung des (hypothetischen) neuen Vermögens

Unumstritten ist, dass der massgebliche Zeitpunkt für die Frage, ob der Schuldner zu real vorhandenem neuen Vermögen gekommen ist, bzw. für die zeitlich rückwärts gerichtete Betrachtung, ob er durch Einkommen neues Vermögen hätte bilden können (sog. hypothetisches neues Vermögen), derjenige der **Anhebung der Betreuung** ist. Es fragt sich allerdings, was unter Anhebung der Betreuung genau zu verstehen ist und welcher Zeitraum für die Feststellung des hypothetischen neuen Vermögens massgeblich ist. Diese Fragen stellen sich im übrigen auch im Feststellungsprozess.

Massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob neues Vermögen vorhanden ist bzw. - im Sinne des hypothetischen neuen Vermögens - sein könnte, ist nach Meinung des Schreibenden nicht derjenige der Zustellung des Zahlungsbefehls (so u.a. Beat Fürstenberger, a.a.O., S. 32), sondern derjenige der Versendung des Betreibungsbegehrens. Dies muss ungeachtet des Umstandes gelten, dass nach Art. 38 Abs. 2 SchKG die Betreibung mit der Zustellung des Zahlungsbefehls beginnt. Nach Art. 265 Abs. 2 SchKG kann gestützt auf einen Konkursverlustschein eine neue Betreibung nur eingeleitet werden, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist. Es besteht nun kein Anlass, diesen Zeitpunkt anders festzusetzen, als bei der Frage, in welchem Zeitpunkt im Rechtsöffnungsverfahren die Forderung fällig sein muss. Nach einem Teil der Lehre und Rechtsprechung ist dabei die Absendung des Betreibungsbegehrens relevant (vgl. Entscheide des Tribunal cantonal des Kantons Waadt, Chambre des recours, vom 01.12.1936 in Sachen Crédit Yverdonnois = Panchaud/Caprez, a.a.O., **1. Aufl.**, § 14 N 2, vom 14.12.1937 in Sachen Pidoux = Panchaud/Caprez, a.a.O., **1. Aufl.**, § 14 N 2, vom 10.03.1942 in Sachen Jaeger c/ Gobalet = JdT 1943 II 63 [Zusammenfassung] und JdT 1946 II 4 bzw. SJZ 40 1944, Nr. 93 S. 148, bzw. Panchaud/Caprez, a.a.O., § 14 N 1; Gilliéron, Poursuites pour dettes, faillite et concordat, S. 151, mit Verweis auf BISchK 1982, S. 17 ff, Nr. 6, insbes. S. 7; derselbe, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 82 N 41; **a.M.** SchKG-Staehelin, Art. 82 N 77, mit weiteren Hinweisen zu beiden Auffassungen; Stücheli, a.a.O., S. 202; Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern, I. Zivilkammer, vom 16.06.1999 [Nr. 174/99]). So sehr es sich rechtfertigt, vom Gläubiger zu verlangen, dass er im Zeitpunkt, in welchem er von der Behörde die Vollstreckung seines Anspruchs verlangt, über einen Vollstreckungstitel verfügt, rechtfertigt es sich auch zu verlangen, dass der Schuldner zu diesem Zeitpunkt über neues Vermögen verfügt. Dieser Zeitpunkt ist mithin in beiden Konstellationen gleich festzusetzen. Dieser Zeitpunkt ist es ja auch, der von der Rechtsprechung des Bundesgerichts als massgeblicher Tag für den Unterbruch der Verjährung durch Schuldbetreibung gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR angesehen wird. Es ist auch der Zeitpunkt, welcher als Tag der Anhebung der Betreibung gemäss Art. 105 Abs. 1 OR für die Berechnung der Verzugszinsen angesehen wird (vgl. insoweit die zitierten Entscheide des Tribunal cantonal des Kantons Waadt, Chambre des recours). Was Staehelin und der auf ihn Bezug nehmende Stücheli, je a.a.O., *ibid.*, gegen diese Auffassung vorbringen, vermag wenigstens nach Meinung des Schreibenden nicht zu überzeugen, sind es doch nicht zuletzt praktische Erwägungen. Nur der Zahlungsbefehl, so wird argumentiert, müsse nämlich dem Rechtsöffnungsrichter vorgelegt werden, auf diesem sei indes nur das Datum seiner Zustellung (Anm. des Verfassers: und seiner Ausstellung), nicht aber das Datum der Absendung des Betreibungsbegehrens aufgeführt. Der Gläubiger sei überdies nicht

verpflichtet, dem Rechtsöffnungsrichter das Datum der Absendung des Betreibungsbegehrens nachzuweisen. Wenn auch zutrifft, dass die Betreibungsämter zu allem Überfluss die Briefumschläge der Betreibungsbegehren nicht aufbewahren, so können diese praktischen Erwägungen nicht den Ausschlag geben. Es ist vielmehr ein Gebot der Untersuchungsmaxime, dass der Zeitpunkt der Versendung des Betreibungsbegehrens von Amtes wegen abgeklärt wird, ganz abgesehen davon, dass der Eingang des Betreibungsbegehrens durch Rückfrage beim zuständigen Betreibungsamt leicht zu eruieren und gestützt darauf auch leicht auf den Zeitpunkt gefolgert werden kann, zu welchem das Betreibungsbegehren spätestens abgesandt worden sein muss. Wurde das Betreibungsbegehren dem Betreibungsamt überbracht, ist selbstredend auf den Zeitpunkt des Einganges abzustellen. Wird auch für das neue Vermögen der Zeitpunkt der Versendung des Betreibungsbegehrens als massgeblich verstanden, so entfällt auch die von Fürstenberger, a.a.O., S. 32, zu Recht geäusserte Befürchtung, dass der Zeitpunkt der amtlichen Zustellung durch einen versierten Schuldner beträchtlich hinausgezögert werden und die verstreichende Zeit zur Beseitigung von vorhandenen Vermögenswerten genutzt werden kann, welches Verhalten im übrigen immerhin auch strafrechtlich über Art. 163 StGB erfasst ist. Auch ohne derartige Machenschaften kann im übrigen zwischen Versendung des Betreibungsbegehrens und der Zustellung des Zahlungsfehls einige Zeit verstreichen, so dass die Wahl des massgeblichen Zeitpunktes durchaus von praktischer Bedeutung ist. Man denke nur an einen in diesen Zeitraum fallenden Vermögensanfall oder an ein während dieser Zeit erzieltetes Einkommen.

Eine andere Frage ist, welcher **Zeitraum für die Feststellung des hypothetischen neuen Vermögens** massgeblich sein soll. Nach allgemein herrschender Auffassung wurde der für die allfällige Bildung eines hypothetischen neuen Vermögens massgebliche Zeitraum auf ein Jahr vor Anhebung der Betreibung beschränkt (vgl. BGE 99 Ia 19; Fritzsche/Walder, a.a.O., Band II, § 53 N 16). Soweit der Schreiber sieht, wird diese Auffassung von einem Teil der Rechtsprechung, auch im Kanton Bern, nach wie vor vertreten (vgl. insbesondere Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern, I. Zivilkammer, vom 16.06.1999 [Nr. 174/99]). Die Begrenzung auf ein Jahr beruht auf der Überlegung, dass auch eine Lohnpfändung in die Zukunft nur für ein Jahr möglich wäre, was aber einen unrichtigen Analogieschluss darstellt. Massgeblich muss sein, was der Schuldner zwischen der Konkurseröffnung und der neuerlichen Betreibung hätte zurücklegen können. Denn hier geht es nicht um eine rückwärts berechnete Lohnpfändung, sondern um die Feststellung des neuen, hier allerdings hypothetischen neuen Vermögens. Hätte der Schuldner diese Einkünfte tatsächlich zurückgelegt, statt sie auszugeben, fände ebenfalls keine Beschränkung statt (vgl. SchKG-Huber, Art. 265 N 18,

mit Verweis auf den Entscheid der SchKK des Obergerichts des Kantons Luzern vom 07.12.1971 i.S. A. Sch. = ZBJV 1972, S. 321 f). Dieser Auffassung ist zu folgen, allerdings mit der Nuance, dass **bis zur Eröffnung des Konkurses** zurückzugehen ist, nachdem der Arbeitsverdienst des Gemeinschuldners nach der Konkursöffnung nicht in die Konkursmasse fällt (Art. 229 Abs. 2 SchKG). Bei zeitlich weiter zurückliegenden Konkursen sind damit freilich Beweisschwierigkeiten bei der Substantiierung des Rechtsvorschlages verbunden. Diesen ist dadurch Rechnung zu tragen, dass die Anforderungen an die Glaubhaftmachung umso mehr gesenkt werden, je weiter die Konkursöffnung zeitlich zurückliegt, namentlich insoweit, als diese mehr als 10 Jahre zurückliegt, würde für diesen Zeitraum doch z.B. auch keine Pflicht mehr zur Aufbewahrung der Geschäftsbücher, d.h. der Geschäftskorrespondenz und der Buchungsbelege (vgl. Art. 962 Abs. 1 OR), bestehen. Im übrigen sind bei der Ermittlung des hypothetischen neuen Vermögens selbstredend jeweils diejenigen Richtlinien der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG zur Anwendung zu bringen, welche während den entsprechenden Zeiträumen in Kraft waren. Schliesslich hat sich aus der Sicht des Verfassers die bernische Praxis, dabei den Grundbetrag oder die Grundbeträge in der Regel zu verdoppeln, sehr bewährt (vgl. zu der Praxis in anderen Kantonen, wonach zum betreibungsrechtlichen Existenzminimum ein angemessener Zuschlag von 20, 30 oder gar 50 % gewährt wird: Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 48 Rz 34, S. 396).

Der Begriff des hypothetischen neuen Vermögens bringt es im übrigen mit sich, dass im massgeblichen Zeitraum Phasen, während welcher neues Vermögen hätte gebildet werden können, „defizitäre“, Phasen gegenüberstehen können, während welchen das Einkommen des Schuldners das zu einer standesgemässen Lebensführung Notwendige nicht zu decken vermag. Das entsprechende Defizit ist diesfalls - entgegen der bisherigen Praxis des Schreibenden - mit vorgängigen oder nachfolgenden Überschüssen zu verrechnen. Könnte nämlich der Schuldner während diesen „defizitären“, Phasen auf tatsächlich zurückgelegtes Einkommen zurückgreifen oder sich im Hinblick auf künftiges Einkommen verschulden, würde sich das real vorhandene Vermögen ebenfalls vermindern.

6. Verhältnis zwischen Bewilligungs- und Rechtsöffnungsverfahren

Es ist zwar allgemein anerkannt, dass im selben Verfahren - unter der Voraussetzung der Identität des Bewilligungs- und des Rechtsöffnungsrichters - über die Bewilligung des Rechtsvorschlages und die Rechtsöffnung befunden werden kann (SchKG-Huber, Art. 265a N 33), d.h. dass die beiden Verfahren verbunden werden können (Art. 38 Abs. 2 ZPO; vgl. auch Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern, I. Zivilkammer, vom 12.02.2001 [Nr. S 508/2000]). Im Interesse einer **geordneten Verfahrensabwicklung** empfiehlt es sich aber aus der Sicht des Verfassers, die **beiden Verfahren** getrennt zu führen. Gestattet man nämlich dem Gläubiger, im Bewilligungsverfahren - z.B. in seiner Stellungnahme - einen Rechtsöffnungsantrag zu stellen, so ist nämlich zunächst nicht nur ein zusätzlicher Gerichtskostenvorschuss von ihm zu verlangen, sondern alsdann dem Schuldner Gelegenheit zu geben, darauf zu antworten, was besser in einem gesonderten Verfahren erfolgt. Dabei spielt es entgegen den - zunächst auch durch den Schreibenden (vgl. den Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern, I. Zivilkammer, vom 12.02.2001 [Nr. S 508/2000]) - gehegten Befürchtungen und Kontroversen gar keine Rolle, in welcher Abfolge über das neue Vermögen und die (definitive) Rechtsöffnung befunden wird. Dies gilt auch für den Feststellungsprozess. Denn der Betreibungsbeamte kann die Betreibung nur dann fortsetzen, wenn nicht nur eine definitive bzw. definitiv gewordene Rechtsöffnung vorliegt, sondern eben auch ein Urteil betreffend die Nichtbewilligung des Rechtsvorschlages, gegen welches kein Feststellungsprozess angehoben worden ist, bzw. ein im Feststellungsprozess ergangenes Urteil über Natur und Ausmass des neuen Vermögens (vgl. Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, art. 265a N 23).

7. Abstand, Gegenstandslosigkeit und Säumnis wegen Nichtbezahlung des Gerichtskostenvorschusses

Der **Abstand durch den Gesuchsgegner**, nach der hier vertretenen Auffassung mithin des Schuldners, bietet keine grösseren Schwierigkeiten. Einzig ist zu beachten, dass damit das Verfahren nicht etwa beendet wird, sondern gestützt auf die Abstandserklärung der Rechtsvorschlager nicht zu bewilligen und neues Vermögen des Schuldners festzustellen ist, gegebenenfalls auch Vermögenswerte Dritter für pfändbar erklärt werden müssen.

Näher zu untersuchen ist hingegen die **Abstandserklärung und die Säumnis wegen Nichtbezahlung des Gerichtskostenvorschusses durch den Gesuchsteller**, nach der hier vertretenen Auffassung mithin des Gläubigers. Abstand bedeutet auch der gegenüber dem Richter erklärte Rückzug des Betreibungsbegehrens, da für die Entgegennahme einer entsprechenden Erklärung das Betreibungsamt ausschliesslich zuständig ist. Ein gegenüber dem Betreibungsamt erklärter Rückzug des Betreibungsbegehrens bewirkt demgegenüber **Gegensstandslosigkeit** des Bewilligungsverfahrens nach Art. 206 ZPO. Der Abstand und die Säumnis wegen Nichtbezahlung des Gerichtskostenvorschusses durch den Gläubiger haben jedoch trotzdem Auswirkungen auf die Betreuung. Diese wird zwar nicht eingestellt, denn dies würde sie streng genommen erst mit einer allfälligen Bewilligung des Rechtsvorschlags (vgl. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., Art. 181 N 3, zum analogen Verfahren in der Wechselbetreibung). Mit der Einreichung des Rechtsvorschlags durch das Betreibungsamt beim Gericht hat indessen die Tätigkeit des Betreibungsbeamten ihr Ende erreicht (vgl. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., ibid.), wobei es nun infolge Abstandes oder Säumnis wegen Nichtbezahlung des Gerichtskostenvorschusses durch den Gesuchsteller auch bleibt.

8. Kostenliquidation

Im Unterschied zur Wechselbetreibung wird im Bewilligungsverfahren nach Art. 265a SchKG nicht nur über den Fortgang der Betreuung, sondern durch die Feststellung des betragsmässigen Umfangs eines allfälligen neuen Vermögens über die Grenze für die Höhe der Betreuung befunden. Wird neues Vermögen nur in einem Teilumfang festgestellt, erscheint es deshalb entgegen der bisherigen Praxis des Schreibenden als richtig, die Kosten entsprechend anteilmässig auf die Parteien zu verteilen (vgl. Beat Gut/Felix Rajower/Brigitta Sonnenmoser, a.a.O., S. 534).

9. Schlussbemerkung

Der vorliegende Aufsatz möchte im Interesse einer einheitlichen Handhabung der aufgeworfenen Fragen auch als ein an seine Kollegen gerichtetes Plädoyer des Schreibenden verstanden werden, ihre Praxis namentlich hinsichtlich der Parteirollenverteilung und der Kostenvorschusspflicht sowie - hier wäre im Zusammenhang mit dem Feststellungsprozess auch der Appellationshof angesprochen - des für die Feststellung des hypothetischen neuen Vermögens massgeblichen Zeitraums entsprechend zu ändern. Der Aufsatz richtet sich jedoch auch als Plädoyer an die Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen für den Kanton Bern, ihr Kreisschreiben Nr. A 5 an die Betreibungs- und Konkursämter des Kantons Bern entsprechend zu berichtigen und damit auch in Übereinstimmung mit der konstanten Rechtsprechung des Appellationshofes, IV. Zivilkammer, zur Wechselbetreibung zu bringen.

NFP40 phänomenologische Aussagen zur OK im Forschungsbericht und den Medien

Michel-André Fels

Einleitung:

Zur Erfassung oder Darstellung der organisierten Kriminalität und mithin zur Erstellung des Berichtes „Organisierte Kriminalität in der Schweiz“, von Josef Estermann, der hier interessierende Teil des NFP 40¹, wurde ein qualitatives und ein quantitatives Verfahren angewandt.

Das qualitative Verfahren bestand in den folgenden Methoden:

- Interviews mit Mitgliedern von Strafverfolgungsbehörden aller Ebenen, mit Hochschullehrern, Politikern und Strafverteidigern;
- Analyse von Urteilen und Aktenanalysen
- Inhaltsanalyse von Gesetzestexten, Verordnungen, Parlamentaria oder Vernehmlassungsverfahren;
- Auswertung von Presseartikeln;
- Durchführung einer Tagung.

Das quantitative Verfahren bestand aus der Analyse der Kriminal- und der Strafurteilsstatistik.

Nach der Auswertung der Verfahrensergebnisse sind die auf die Schweiz fokussierten phänomenologischen Thesen² ergangen, wonach

- in den der organisierten Kriminalität zugeschriebenen Deliktsfeldern in erster Linie nicht durchorganisierte Organisationen tätig seien, sondern kleingewerbliche Netzwerke und verbundene Einzelunternehmer mit ausgeprägter Spezialisierung;
- die durch die Strafverfolgungsbehörden erfasste organisierte Kriminalität keine Gewaltkriminalität sei;
- die durch die Strafverfolgungsbehörden erfasste organisierte Kriminalität geografisch schwerpunktmässig im ehemaligen Ostblock lokalisiert sei;
- in keinem Fall in der Schweiz Hintermänner oder Bosse der organisierten Kriminalität hätten verurteilt werden können;
- die durch die Strafverfolgungsbehörden erfasste organisierte Kriminalität prinzipiell aus dem Ausland komme.

¹ Estermann, pag. 12

² derselbe, pag. 190, Ziff. IV.

Gestützt auf diese Thesen wurde der Schluss gezogen, dass das Bedrohungsszenario einer gründlichen Revision bedürfe, da Art 260ter StGB damit nicht nur sein Ziel verfehlt habe, sondern er auch die rechtsstaatlichen Grundsätze gefährde. In ihrer Zusammenfassung halten die Autoren sogar fest, es bestehe guter Grund zur Annahme, dass OK in Realität in der Schweiz kaum zu finden sei, insbesondere nicht die gewalttätige OK³.

Kurzanalyse:

Art. 260ter StGB – Die Zielrichtung der Gesetzgebung:

Allgemein:

- Das Vorhandensein von OK kann heute ebenso wie damals nur über Indizien und indirekte Hinweise erschlossen werden, weil deren auf Geheimhaltung angelegte Strukturen eine unmittelbare Betrachtung des Phänomens ja gerade verunmöglichen. Insofern sind die Aussagen der NFP-Forscher mit den gleichen Vorbehalten zu würdigen wie die seinerzeitigen Prämissen der OK-Gesetzgebung.
- Anders als es in den Forschungsberichten dargestellt wird, wurde im Vorfeld der OK-Gesetzgebung das Bestehen einer Mafia-Gefahr in der Schweiz nur mit grösster Zurückhaltung eingeschätzt („darf das Problem nicht dramatisiert werden“, Botschaft vom 30.6.1993, BBl 1993 III 284 f.). Eine - mafiatypische - Einflussnahme auf Politik und Wirtschaft wurde im übrigen klar verneint (a.a.O.)
- Als wesentlich gravierender wurde dagegen der befürchtete Missbrauch des Finanzplatzes Schweiz als mögliche Drehscheibe und logistisches Zentrum für das organisierte Verbrechen beurteilt. „Dagegen hat sich das ... ‚Zweite Massnahmenpaket gegen das organisierte Verbrechen‘ primär zu richten,“ (a.a.O.).
- In diesem Sinn stand Art. 260ter StGB nie für sich allein, sondern war stets Bestandteil eines Gesamtkonzepts zur Bekämpfung komplexer und zumeist grenzüberschreitender Verbrechensformen. Zu diesem Instrumentarium gehören namentlich auch die Geldwäscherei-Strafnorm, das spätere Geldwäschereigesetz und die verschärften Einziehungs-Bestimmungen.

³ Bulletin Nr. 6, S. 43

Zum Missbrauch von Art. 260ter StGB:

- Der von den Forschern erhobene Vorwurf der „Umgehung rechtsstaatlicher Prinzipien,“ wird kaum substantiiert, ebensowenig wie das Schlagwort der „Verlegung der Repression auf das Vorfeld der Straftaten,“, das übrigens auch schon als Kritik gegenüber der künftigen Schweizerischen StPO aufgetaucht ist.

Zur rechtsstaatliche Präzision von Art. 260ter StGB:

- Die Hauptschwierigkeit bei der Schaffung von Art. 260ter StGB bestand in der hinreichend klaren Umschreibung der kriminellen Organisation.
- Anders als die umliegenden Länder kannte die Schweiz bisher keine allgemeine Strafnorm gegen Unterstützungshandlungen zugunsten eines kriminellen Zusammenschlusses (a.a.O., S. 295), betrat also mit der Legiferierung zur OK in besonderem Masse Neuland.
- Die gewählte Definition gründet auf den weithin anerkannten (und v.a. auf kriminologischen Studien zurückgehenden) Merkmalen einer kriminellen Organisation (Geheimhaltung, Gewaltverbrechen als Zweck oder Bereicherung durch Verbrechen). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, damit von organisiertem Verbrechen im Sinne des StGB gesprochen werden kann.
- Der Tatbestand wurde im übrigen so präzisiert, „dass nicht Gesinnung, sondern handfeste Unterstützung zweifelsfrei gefährlicher Organisationen,“ mit Strafe bedroht wird (a.a.O., S. 296).
- Mit der Beschränkung von Art. 260ter StGB auf die vorsätzliche Begehungsvariante wird einer ausufernden Verwendung des Tatbestands wirkungsvoll vorgebeugt.

Der Forschungsbericht:

Die einzelnen qualitativen und quantitativen Vorgehensweisen tragen als einzelne Massnahmen sicher dazu bei, einen Ist-Zustand zu erheben. Zu bemängeln ist aber, dass im Bericht nirgends auch nur ansatzweise Hinweise zu finden sind, wonach Quervergleiche zwischen den von den verschiedenen Interviewpartnern erwähnten und den aus den Statistiken zu Grunde gelegten Fällen gemacht worden sind. Mit anderen Worten wurde z.B. nicht abgeklärt, ob der Tatkomplex des Kantons Genf mit demjenigen im Wallis oder in Bern einen Zusammenhang hat und wie dieser qualitativ zu würdigen ist.

Organisierte Kriminalität ist gemäss Legaldefinition per se komplex und verästelte. Die Ermittlungsarbeit im Bereich der OK zeichnet sich dadurch aus, dass man an einem Fadenende zu ermitteln beginnt und den Faden durch minutiöse Ermittlungsarbeit vollständig aufrollt. Dazu gehören u.a. Geduld, Fachkenntnis und der Mut, aus der kantonalen Perspektive heraus je nach Informationsstand Kontakte mit den anderen Kantonen zu knüpfen, gemeinsam und organisiert weiter zu arbeiten und das System der internationalen Polizei- und Justizzusammenarbeit auf den Prüfstein zu stellen.

Im Gegensatz zur normalen Arbeit der Polizei- und Strafverfolgungsbehörden ist die Ermittlungstätigkeit bei OK unvergleichlich viel stärker durch das strukturelle, interkan-

tonale und internationale Element geprägt: Strukturelle Ermittlung bedingt daher eine weitsichtige, offene und partnerschaftliche Vorgehensweise und den Mut, sich nicht damit zu begnügen, nur einen strafbaren Teilbereich zur Anklage zu bringen (weil man sich so des Erfolges sicher ist), sondern den Gesamtzusammenhang anzugreifen. Diese Arbeit fordert insbesondere die Polizeiorgane, welche die notwendigen Kontakte im In- und Ausland knüpfen und sensibel auf mögliche OK-Anzeichen reagieren müssen. Auf der justiziellen Ebene bedeutet dies die beim Bund vereinigte Nutzung der internationalen Kontakte und die Beherrschung der internationalen Strafrechtshilfe aus der Sicht des unabhängigen Strafverfolgers.

Dass wie von Prof. Pieth dargelegt (Bund, 19.10.02) keine Statistiken darüber bestehen, zu wievielen Urteilen im Ausland die Schweizer Rechtshilfe geführt hat, ist richtig und bedauerlich zugleich. Nicht vergessen werden darf indessen, dass gerade die Internationale Rechtshilfe eine wertvolle Quelle für Erkenntnisse ist, ob zwischen mehreren Ersuchen ein Sachzusammenhang besteht und ob die dort geschilderten Sachverhalte in nationale Verfahren eingebunden werden müssen, damit das Puzzle vervollständigt werden kann und damit die Bekämpfung des internationalen Verbrechens ein Schritt weiterkommt.

Die Studie berücksichtigt offensichtlich nicht, dass die Kantone bis anhin eben gerade diese Denkweise nicht priorisiert haben; es fehlt ihr der Hinweis, dass ebendiese Querverbindungen wie auch internationale Strukturen i.d.R. weder explizit gesucht noch abgeklärt wurden. Vielmehr lässt die Nummer 3 der allgemeinen Thesen⁴ zu Art. 260ter StGB, wonach „(...) *gerichtliche Verfahren selten seien, weil die Staatsanwaltschaften selten und ungern Anklagen wegen Verletzung des Art. 260ter StGB an die Gerichte überweisen, da die Gefahr des Scheiterns allzu gross sei*“, erahnen, dass es in der eigenen, kantonalen Zuständigkeit vorgezogen wurde, in OK-Fällen auf der sicheren Seite zu bleiben und höchstens einzelne kriminelle Tätigkeiten zu stoppen und anzuklagen. Eine andere Vorgehensweise hätte den Aufbau von zusätzlichen und kostspieligen personellen und materiellen Ressourcen innerhalb der Kantone zur Folge gehabt. Dies ist jedoch nicht erfolgt. Demgegenüber haben die gleichen Kantone im Rahmen der Ist-Analyse im Projekt EffVor die Anzahl der bei ihnen hängigen OK-Fälle zu Händen des Bundes geliefert, welche für die Weiterentwicklungsprognose und damit auch für den Ausbau der Strafverfolgungsbehörden des Bundes eine wichtige Grundlage bildeten.

Gerade bei den Querverbindungen und den internationalen Strukturen greift die Strafverfolgung des Bundes ein. Gestützt auf die auch in der Studie nicht bestrittene Tatsache, dass OK im Ausland, namentlich im ehemaligen Ostblock, in Asien wie auch in Ländern wie Italien oder auch in Südamerika, durchaus besteht, soll die Strafverfolgung des Bundes den Graben überqueren und nicht nur die in die Schweiz hineinhängenden Äste der Organisierten Kriminalität kappen, sondern vor allem in Zusammenarbeit mit den ausländischen Strafverfolgungsbehörden das Ziel verfolgen, den eigentlichen Baum zu fällen, der über den Horizont eines einzelnen Kantons resp. Landes ragt

⁴ derselbe, pag. 188, Ziff. I/3

Aus diesem Grund resp. wegen ihrer eingeschränkten Betrachtungsweise greift die Studie zu kurz und setzt ein falsches Signal. Dazu im einzelnen:

- Es ist falsch, sich auf die Schweiz fokussiert damit zu begnügen, dass bei uns keine Mafiabosse sitzen und es sich in der Schweiz lediglich um „kleingewerbliche Netzwerke und verbundene Einzelunternehmer mit ausgeprägter Spezialisierung,, handle. Dies mag teilweise so sein, die Richtigkeit steht jedoch unter Vorbehalt der bis anhin gepflegten kantonalen Strafverfolgungspolitik resp. Betrachtungsweise. Umfassend richtig ist, dass die Schweiz im Rahmen der der OK eigentümlichen Transnationalität und Mehrphasigkeit sehr wohl von der OK betroffen ist. Das schweizerische Bankensystem sowie die weiteren Finanzintermediäre in der Schweiz können (und werden) für die mit der OK verbundenen Geldwäsche missbraucht; die Nachfrage für Produkte bzw. für die illegale Tätigkeit von kriminellen Organisationen wie Drogen oder sonstige Suchtmittel, Waffen etc. ist gross und die Schweiz ist für die Akteure wegen ihres gut funktionierenden Finanzsystems, ihres Rufes als „sicheres Land,, mit hohem Lebensstandard, ihrer gut ausgebauten Infrastruktur und ihrer Lage im Zentrum von Europa interessant.
- Es ist weiter kurzfristig, in der Schweiz den Mafiaboss oder den Drogenbaron finden zu wollen. Dies dürfte eher die Ausnahme sein. Nicht die Ausnahme ist es jedoch, dass in der beschriebenen Transnationalität, der Vielzahl von Akteuren und dem mehrphasigen Vorgehen der Organisationen in der Schweiz, die Untersuchung von strafrechtlichen Teilnahmeformen an der OK an erster Stelle stehen muss. Dies erwähnt der Bericht in keinem Punkt: Wer ist hier in der Schweiz etwa der Mittäter, die Gehilfin oder das Werkzeug, der mit dafür sorgt, dass harte Drogen - etwa die, die in spektakulären Polizeioperationen kiloweise sichergestellt werden – in der Schweiz ihren Abnehmer finden, dass Waffen für die italienische Mafia in der Schweiz beschafft und exportiert werden können, dass unrechtmässige Gewinne in die Schweiz gelangen und nach mehreren Waschgängen sauber ihren geplanten Weg finden und ihr Ziel erreichen? Reicht sich nicht der in den Medien erwähnte und von Prof. Mark Pieth als „real,, bezeichnete Fall der Geldwaschaktionen aus den GUS-Staaten in diesen Zielbereich ein (Bund, 19.10.02)? Was ist mit denjenigen illegalen Migrantinnen im schweizerischen Sex-Gewerbe, welche eben aus der Regel fallen und nicht „freiwillig kommen,, (Bund, 19.10.02)?
- Es ist gefährlich, die hiesige Szene als kleinkariert zu deklarieren und lediglich das kleinste Rad im Gefüge zu entfernen, eben den Strassendealer oder die aus Furcht systematisch schweigende rumänische Prostituierte, resp. bei den wissenschaftlichen Verfahren die von der Bevölkerung wahrnehmbaren „kleinen Kriminellen,, miteinzubeziehen. Es muss vielmehr darum gehen, gerade diese Teilbereiche nach rechtsstaatlichen Grundsätzen zu untersuchen und – sofern vorhanden - in Zusammenarbeit mit dem Ausland das Hauptziel der Zerschlagung der organisierten kriminellen Struktur als Gesamtes zu erreichen. Von den Medien werden genügend Namen von Personen und auch Organisationen sowie derer Exponenten in der Schweiz oder mit Bezug zur Schweiz genannt, die in der organisierten Kriminalität aktiv sein sollen. Diese werden in keiner Art und Weise in irgendwelchen wissenschaftlichen Studien des Projektes mit berücksichtigt.

So hält gemäss den Medien auch Prof. Mark Pieth dafür, dass die Schweiz „*die Organisierte Kriminalität stärker in ihrer internationalen Dimension ansprechen sollte*„ (BaZ, 19.10.02). Genau in dieser Richtung verstehen die Strafverfolgungsbehörden des Bundes den OK-Tatbestand und auf dieser bereits in der Botschaft zur Effizienzvorlage (EffVor) dargelegten offenen und international geprägten Erkenntnis fusst deren Ausbau im Rahmen des Projektes EffVor. Ein weiterer Zweckeder neuen „EffVor“-Strukturen ist es, mehr und bessere Erkenntnisse über das Vorliegen von Organisierter Kriminalität zu gewinnen.

Dass Art. 260ter StGB somit sein Ziel schlicht verfehlt ist kurzfristig und steht im Widerspruch zu den (ebenfalls nicht untersuchten⁵) Erfahrungen des Auslandes, welches über eine solche Strafnorm verfügt. Diese Schlussfolgerung ist das Resultat einer zu engen, lediglich auf die Schweiz konzentrierten Betrachtungsweise, eine Betrachtungsweise die durchaus in bezug auf die Problematik der häuslichen Gewalt ihre Berechtigung haben mag.

⁵ Estermann, S. 22 (Pauschalbegründung)

Verzeichnis der bisher im Infointerne 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

Bähler Daniel, Gerichtspräsident

- Erste Erfahrungen mit dem neuen Scheidungsrecht
aus der Sicht eines erstinstanzlichen Scheidungsrichters Heft 17, S. 27

Bertolf Alexander, Chef Kriminal-Kommissariat Basel-Stadt

- Erfahrungen der Strafverfolgungsbehörden von
Basel-Stadt mit häuslicher Gewalt Heft 18, S. 40 - 48

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

Brun Alex, Kammerschreiber

- Die Zahlungsfähigkeit Heft 11, S. 27 - 32

Burri Michael, Handelsgerichtsschreiber

- Unlauterer Wettbewerb und Medienberichterstattung Heft 11, S. 33 - 41

Cavin Marcel, Oberrichter

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

Feller Klaus, Staatsanwalt

- Vortrag über das Unmittelbarkeitsprinzip Heft 2

Fels Michel-André

- Internationale akzessorische Rechtshilfe in Strafsachen Heft 14, S. 67 - 79
- NFP40, phänomenologische Aussagen zur OK im
Forschungsbericht und den Medien Heft 20, S. 40 - 45

Flotron Pascal, Staatsanwalt

- Et la victime...

Heft 6, S. 41 - 47

Gilléron Pierre-Robert, Prof.

- De quelques problèmes en matière de faillite

Heft 16, S. 58 - 74

Girardin Michel, Oberrichter

- Procédure de recours en matière de tutelle et d'adoption

Heft 14, S. 11 - 32

Greber Franziska, Psychotherapeutin SPV/Supervisorin

- Der Ambivalenzkonflikt bei häuslicher Gewalt

Heft 18, S. 49 - 61

Greiner Georges, Staatsanwalt

- Die formell und inhaltlich korrekt abgefasste Anzeige im Jagdwesen

Heft 6, S. 12 - 19

Haenni Charles, Staatsanwalt

- Kurze Darstellung des Waffengesetzes
- Zu den neuen Doping-Strafbestimmungen

Heft 14, S. 45 - 66

Heft 19, S. 58 - 82

Haenssler Rolf, Oberrichter

- Verhandlungsvorbereitung und Urteilsberatung beim Kreisgericht in Strafsachen

Heft 6, S. 20 - 26

Hartmann K., Zollinger U.

Ärztliche Melderechte und Meldepflichten gegenüber Justiz und Polizei

Heft 18, S. 31 - 39

Jäggi Andreas, Oberrichter

- Die fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE)

Heft 12, S. 13 - 20

Jester Hansjürg, Staatsanwalt

- Fahren unter Drogen-/Medikamenteneinfluss FUD
- Die Vernehmung
- Aspekte des Arztrechts
- Die Glaubwürdigkeitslehre

Heft 4

Heft 6, S. 27 - 33

Heft 9, S. 56 - 70

Heft 12, S. 21 - 43

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
- Rechtsöffnungsprobleme bei schuldbrieflich gesicherten Forderungen, Teil I Heft 12, S. 44 - 58
- Rechtsöffnungsprobleme bei schuldbrieflich gesicherten Forderungen, Teil II Heft 14, S. 33 - 44

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, Oberrichter

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

Oberle Balz, Gerichtspräsident

- Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens Heft 20, S. 24 - 39

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
- La loi fédérale sur les fors en matière civile et les modifications du Code de procédure civile bernois Heft 19, S. 17 - 57

Schild Grace, Dr.

- Kreditkartenmissbrauch und Urkundenfälschung Heft 16, S. 36 - 57

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
- Opportunitätsprinzip und Legalitätsprinzip und die polizeiliche Generalklausel Heft 13, S. 15 - 43

Staatsanwaltschaft des Kantons Bern

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

Trenkel Christian, Generalprokurator-Stellvertreter / Oberrichter ab 2001

- Einsichtnahme in und Herausgabe von Akten hängiger und abgeschlossener Strafverfahren an Parteien, Dritte, Versicherungen, Behörden etc. Heft 11, S. 9 - 26
- Gerichtsstandsprobleme - formelle und materielle Fragen Heft 17, S. 11

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

Weber Markus, Generalprokurator

- Erwartungen an ein psychiatrisches Gutachten aus der Sicht der Justiz Heft 13, S. 44 - 61
- der Beweis aus rechtlicher Sicht Heft 18, S. 18 - 30

Zinglé Jürg, Untersuchungsrichter

- Beschränkung des Verfahrens auf den Scheidungspunkt? Heft 2
- Juristische Aspekte bei sexueller Ausbeutung Heft 15, S. 12 - 37

Zollinger U., Hartmann K.

- Ärztliche Melderechte und Meldepflichten gegenüber Justiz und Polizei Heft 18, S. 31 - 39