

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 Generalprokurator 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 St. Stucki; Oberrichter J. Sollberger, Oberrichter Ch. Herrmann, Generalprokurator-Stellvertreter F. Bänziger, Gerichtspräsidentin A. Hubschmid, Gerichtspräsidentin M. Grütter, 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: St. Stucki, juge d'appel; J. Sollberger, juge d'appel, Ch. Herrmann, juge d'appel, F. Bänziger, Procureur général suppléant, A. Hubschmid, Présidente de tribunal, M. Grütter, 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 22 / WINTER 2003

LIVRE 22 / HIVER 2003

Inhaltsübersicht

Persönliches Vor- bzw. Schlusswort	3

Conclusions personnelles en guise d'avant-propos	5

Competence Center Forensik und Wirtschaftskriminalistik CCFW	7

Jürg Sollberger zum Rücktritt	8

Kursprogramm 2004	10

Programme des cours 2004	14

Hinweise auf „auswärtige“ Weiterbildungsveranstaltungen	18

Kurzübersicht über die wesentlichen Neuerungen im materiellen Jugendstrafrecht, Jugendstaatsanwalt Marc Huber	19

Wenn Vorbezüge ein Nachspiel haben, Gerichtsschreiber Peter Eggenberger	31

Aus der Praxis der Anklagekammer in den Jahren 2000 - 2003, Oberrichter Stephan Stucki	46

Gedanken zu den Auswirkungen des neuen AT StGB auf unsere praktische Arbeit, Staatsanwalt Charles Haenni	74

Verzeichnis der bisher im Infointerne erschienenen Referate und Aufsätze	81

Persönliches Vor- bzw. Schlusswort

Liebe Kolleginnen, liebe Kollegen

Mit der Redaktion des Heftes Nr. 22, wobei Redaktion eine wohl etwas gar hochtrabende Umschreibung meiner Tätigkeit im Zusammenhang mit der Herausgabe des Infointerne sein dürfte, beschliesse ich meine Tätigkeit in der Weiterbildungskommission, zwangsläufig, denn Rentner sind in dieser Kommission nicht gefragt.

Wenn ich die Gelegenheit meines Abtretens nutze, um einen Blick auf das Wirken der Weiterbildungskommission in den letzten zehn Jahren und insbesondere auf den Beginn der Tätigkeit dieser Kommission zu werfen, dann möge man mir dies nachsehen. Die Arbeit der Weiterbildner lässt sich wie aus einem Protokoll anhand des Infointerne bestens nachzeichnen, und der ersten Ausgabe vom Sommer 1993 entnehme ich, dass damals Oberrichter François Rieder, Generalprokurator Markus Weber, Gerichtspräsident Peter Urech und Kammerschreiberin Brigitte Schibli (heute Janggen) dieser Kommission angehört haben. Der allererste Aufsatz stammt von Prof. Dr. Thomas Maurer, der uns damals die Revision des Strafverfahrens mit bildhaften Sätzen, wie dem nachfolgenden, schmackhaft machen konnte: *„Wir haben uns darum für einen Neubau (lies Totalrevision) entschlossen, und zwar möchte man die Strasse so anlegen, dass nicht gerade wieder geflickt werden muss. Diverse Serpentinien müssen begradigt und durch Kunstbauten ersetzt werden. Wo nötig müssen Galerien und Tunnels erstellt werden, damit uns Steinschlag und Grundrechtswirbeln aus Lausanne und Strassburg nicht mehr die Rechtswege zuschütten“.*

Acht Nummern später, am Vorabend der grossen Justizreform, findet sich ein Aufsatz von Kollege Rieder zum Thema „L'intérêt au recours en procédure civile“ im Infointerne, was belegt, dass auch unsere französischsprachigen Kolleginnen und Kollegen immer schon an unserem Informationsorgan mitgewirkt haben. Unser allzu früh verstorbener Ober- und Handelsgerichtspräsident Hans Jürg Naegeli überliess sein Referat „Zur Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens im allgemeinen und des Zivilprozesses im besonderen“ der Redaktion des Infointerne, Thomas Maurer befasste sich erneut mit dem Strafverfahren und den Medien, der damalige Staatsanwalt Christoph Kipfer (heute Chef Regionalpolizei Mittelland – Emmental – Oberaargau und Mitkursorientierter im Basisseminar Teil 4, künftig Forensik I, Teil 6) stellte die Frage, ob vernetzte Informationstechnologie gegen Persönlichkeitsschutz stehe und Oberrichter Marcel Cavin beklagte die Abschaffung des Amtsgerichts zu Aarwangen.

Wieder acht Nummern später orientiert Staatsanwalt (noch des Kantons Bern) Michel-André Fels über den Start des Basisseminars ESM, Frau Dr. Grace Schild Trappe referiert über „Kreditkartenmissbrauch und Urkundenfälschung“ und Prof. P.R. Gilliéron befasst sich mit einigen Problemen „en matière de faillite“.

Dem Heft 19, herausgegeben im Sommer 2002 kann entnommen werden, dass die Weiterbildungskommission eine völlig neue personelle Gestaltung erhalten hat. Angekündigt wird, dass Stephan Stucki neben seinem Präsidium in der Anklagekammer auch die Leitung der Kommission auf den 1. Januar 2003 übernehmen werde, und Gerichtspräsidentin Annemarie Hubschmid ersetzt den vor einigen Jahren als Nachfolger von Peter Urech in die Kommission gewählten Daniel Bähler. Auch die Generalprokurator ist nicht mehr durch ihren Chef sondern durch einen seiner Stellvertreter Felix Bänziger in der Kommission präsent, Christian Leu hat längst Brigitte Janggen ersetzt, welche nach ihrer Wahl zur Untersuchungsrichterin in dieser Funktion der Kommission vorerst treu geblieben ist, und Oberrichter Christian Herrmann betreut nun anstelle von François Rieder, bzw. Michel Girardin die Belange unserer französischsprachigen Kolleginnen und Kollegen. Die Kammer- und Gerichtsschreiberinnen und Ge-

richtsschreiber haben in Christian Leu ihren Repräsentanten, der sich zudem immer wieder auch als Autor von Aufsätzen im Inforterne vorteilhaft bemerkbar macht. Das Wirken der Kommission wird dabei, wie sich aus den Tätigkeitsprogrammen entnehmen lässt, stark durch die einzelnen Mitglieder der Kommission geprägt. Der Thuner Gerichtspräsident Daniel Bähler hat mit seinen Veranstaltungen zu den Folgen von Scheidung und Trennung Akzente gesetzt, a.Oberrichter Michel Girardin und sein Nachfolger Christian Herrmann haben die Kontakte zu den Magistratspersonen in unseren welschen Nachbarkantonen geknüpft, bzw. ausgebaut und die Vertreterinnen der Untersuchungsbehörden, Brigitte Janggen und deren Nachfolgerin Silvia Hänzi haben ihr Augenmerk auf den Bereich Gewalt und deren Opfer gerichtet.

Felix Bänziger, der nach seiner Wahl in die Generalität Christian Trenkel ersetzt hat, nutzt seine hervorragenden Kontakte zu Spezialisten aus Bund und Kantonen und bereichert mit interessanten Referenten zu aktuellen Themen das Weiterbildungsangebot. Erwähnenswert ist, dass einige der heute in der Kantonalen Kommission tätigen Mitglieder zuvor bereits in den Arbeitsgruppen der Landesteile wertvolle Aufbauarbeit geleistet haben, so der neue Kommissionspräsident Stephan Stucki. Es ist eben nicht nur die kantonale Kommission, die die Weiterbildungsszene belebt, es sind vielmehr auch die einzelnen Arbeitsgruppen, die immer wieder wertvolle Aufbauarbeit leisten. Erwähnenswert ist, dass sich vor kurzem auch eine spezielle Arbeitsgruppe für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter französischer Muttersprache im ganzen Kantonsgebiet gebildet hat, die mit ersten Veranstaltungen erfolgreich gestartet ist. Und schliesslich bleiben die Krattiger – Tage zu erwähnen, die unseren Urteilsredaktorinnen und Redaktoren gewidmet sind. 2004 werden wieder diejenigen aus den Kreisen an der Reihe sein. Im übrigen wird das nächste Jahr schwergewichtig im Strafbereich dem neuen Allgemeinen Teil des StGB gewidmet werden, die entsprechende Arbeitsgruppe unter Leitung von Annemarie Hubschmid hat sich da mächtig ins Zeug gelegt, und auch im Zivilbereich, dem Gerichtspräsidentin Myriam Grütter neue Impulse geben wird, ist das Angebot sehr ansprechend. Im administrativen Bereich wurde die Kommission in den letzten Jahren sehr effizient durch die Kanzleichefin der Zivilabteilung am Obergericht, Ursula Schreyer unterstützt, die mir auch in der Vorbereitung und Durchführung der inzwischen sechs Basisseminare ESM eine wertvolle Stütze war. Damit habe ich auch angedeutet, dass Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Bernischen Justiz in nationalen Organisationen der Aus- und Weiterbildung Akzente setzen, so neben dem Basiskurs ESM auch in der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft SKG und bei den Kriminologen.

Die Weiterbildung in der Bernischen Justiz hat, wie sich aus dieser Übersicht schliessen lässt, ein beachtliches Niveau erreicht und darf sich im gesamtschweizerischen Vergleich durchaus sehen lassen. Die anerkennenden Worte, die ich dem Schreiben, das ich anlässlich meiner Demission vom amtierenden Grossratspräsidenten Peter Rychiger erhalten habe, entnehmen durfte, gebe ich daher vorbehaltlos an alle diejenigen weiter, die mich in den letzten zehn Jahren im Bereich der Aus- und Weiterbildung so kompetent und engagiert unterstützt haben.

Ich bin überzeugt, dass die Weiterbildung in der Bernischen Justiz den erreichten Standard nicht nur halten sondern eher noch steigern kann, dafür garantieren diejenigen, die nun die Verantwortung übernommen haben. Ihnen allen wünsche ich insbesondere auch die notwendige Zeit, um wirkungsvoll agieren zu können. Verantwortung für Aus- und Weiterbildung kann nicht quasi beiläufig wahrgenommen werden, die Arbeit für und in der Ausbildung würde es verdienen, zumindest als gewichtige Teilzeittätigkeit anerkannt zu werden.

Jürg Sollberger

Conclusions personnelles en guise d'avant-propos

Chères et chers Collègues,

C'est par la rédaction du cahier No 22 – terme peut-être un peu prétentieux s'agissant de la description de mon activité dans le cadre de la publication d'Inforterne – que je prends congé de la Commission pour la formation continue. Ce départ s'impose, car les retraités ne sont pas recherchés dans cette commission.

Qu'on veuille bien me pardonner de profiter de mon départ pour jeter un regard sur l'activité de la Commission au cours des dix dernières années, et plus particulièrement sur ses débuts. Remplissant un rôle analogue à celui d'un procès-verbal, Inforterne permet de suivre à travers le temps le travail des personnes actives dans le domaine de la formation continue. Il ressort ainsi de la première édition, en été 1993, que la Commission était alors formée par le Juge d'appel François Rieder, le Procureur général Markus Weber, le Président de tribunal Peter Urech ainsi que la Greffière de chambre Brigitte Schibli (aujourd'hui Janggen). Le tout premier article était signé du Prof Dr Thomas Maurer. Grâce à son style très imagé, il était parvenu à rendre plaisante la révision du Code de procédure pénale. On pouvait notamment lire : *„Wir haben uns darum für einen Neubau (lies Totalrevision) entschlossen, und zwar möchte man die Strasse so anlegen, dass nicht gerade wieder geflickt werden muss. Diverse Serpentinaen müssen begradigt und durch Kunstbauten ersetzt werden. Wo nötig müssen Galerien und Tunnels erstellt werden, damit uns Steinschlag und Grundrechtlawinen aus Lausanne und Strassburg nicht mehr die Rechtswege zuschütten“.*

Huit numéros plus tard, à la veille de la grande réforme de la justice, on trouve dans Inforterne un article de notre collègue Rieder ayant pour thème „L'intérêt au recours en procédure civile“ et attestant si besoin était que nos collègues francophones ont toujours contribué à la rédaction de notre organe d'information. Hans Jürg Naegeli, décédé beaucoup trop tôt, ancien Président de la Cour suprême et du Tribunal de commerce, nous livrait son article „Zur Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens im allgemeinen und des Zivilprozesses im besonderen“. Thomas Maurer traitait à nouveau de la procédure pénale et des médias, l'ancien procureur Christoph Kipfer (aujourd'hui Chef de la police régionale Mittelland – Emmental – Oberaargau et co-responsable de cours dans la partie 4 du séminaire de base, qui sera à l'avenir intitulé « Forensik I », partie 6) se posait la question de savoir si la technologie de l'information en réseau entrainait en contradiction avec la protection de la personnalité, et le Juge d'appel Marcel Cavin déplorait la suppression du tribunal de district à Aarwangen.

A nouveau huit numéros plus tard, le procureur (encore du canton de Berne) Michel-André Fels nous donne des informations sur le lancement du séminaire de base de l'Ecole Suisse de Magistrature, Madame la Dr Grace Schild Trappe livre un article intitulé „Kreditkartenmissbrauch und Urkundenfälschung“, alors que le Professeur P.-R. Gilliéron procède à l'examen de quelques problèmes „en matière de faillite“.

La lecture du cahier No 19, paru en été 2002, permet de constater que la composition de la Commission pour la formation continue a totalement changé. On y annonce que, dès le 1^{er} janvier 2003, Stephan Stucki en sera le nouveau président, à côté de sa charge de Président de la Chambre d'accusation, et qu'Annemarie Hubschmid, présidente de tribunal, remplacera Daniel Bähler, lui-même élu à la Commission quelques années plus tôt à la place de Peter Urech. Le Ministère public n'est plus représenté par son Chef, mais par un de ses suppléants, Félix Bänziger, Christian Leu a remplacé depuis longtemps déjà Brigitte Janggen, qui était dans un premier temps restée fidèle à la Commission après son élection comme juge d'instruction, et le Juge d'appel Christian Herrmann s'occupe désormais, à la place de Fran-

gois Rieder, respectivement de Michel Girardin, des intérêts de nos collègues francophones. Les greffiers de tribunal et les greffiers de chambre ont leur représentant en la personne de Christian Leu, ce dernier s'étant très souvent fait remarquer à son avantage par la rédaction d'articles dans Infointerne. Ainsi qu'on peut s'en apercevoir à la lecture du programme des activités proposées, la Commission est fortement influencée par la personnalité de ses membres. Daniel Bähler, président de tribunal à Thoune, a, dans le cadre des manifestations qu'il a organisées, mis l'accent sur les conséquences du divorce et de la séparation, l'ancien Juge d'appel Michel Girardin et son successeur Christian Herrmann ont noué et développé des contacts avec les magistrats des cantons romands voisins, alors que, en tant que représentantes des autorités d'instruction, Brigitte Janggen et sa successeur Silvia Hänzi ont porté leur attention sur la violence et ses victimes.

Depuis son élection au Ministère public, où il a remplacé Christian Trenkel, Félix Bänziger met à profit ses excellents contacts avec des spécialistes de la Confédération et des cantons, en enrichissant l'offre en matière de formation continue par d'intéressantes conférences sur des sujets d'actualité. Il vaut la peine de mentionner que quelques uns des membres aujourd'hui actifs au sein de la Commission cantonale ont déjà effectué un précieux travail d'organisation dans le cadre des groupes de travail régionaux, à l'exemple de son nouveau président Stefan Stucki. En effet, en matière de formation continue, l'animation n'est pas assurée par la seule Commission cantonale, mais également, et de façon très importante, par les groupes régionaux, qui effectuent un travail remarquable. Dans ce cadre, on relèvera la création récente d'un groupe de travail spécial pour les collaboratrices et les collaborateurs de langue maternelle française de l'ensemble du canton, groupe qui a organisé avec succès ses premières manifestations. Mentionnons enfin les journées de travail de Krattigen dédiées à nos rédactrices et rédacteurs de jugement. En 2004, ce sera à nouveau le tour des greffiers des tribunaux d'arrondissement. Par ailleurs, dans le domaine pénal, l'année prochaine sera essentiellement consacrée à la nouvelle partie générale du CPS et le groupe de travail dirigé par Anemarie Hubschmid s'est attelé avec vigueur à cette tâche ; l'offre est également très intéressante dans le domaine du droit civil grâce aux nouvelles impulsions données par la présidente de tribunal Myriam Grütter. Dans le domaine administratif, la Commission a bénéficié ces dernières années du soutien très efficace d'Ursula Schreyer, Cheffe de la Chancellerie de la Section civile à la Cour suprême. Ursula Schreyer m'a également apporté une aide précieuse dans la préparation et la réalisation des 6 séminaires de base de l'ESM. On voit donc que des collaboratrices et des collaborateurs de la justice bernoise sont impliqués dans la formation et la formation continue au plan national : ainsi, à côté du cours de base ESM, des personnes collaborent également aux activités de la Société suisse de droit pénal et à celles des criminologues.

Ce bref tour d'horizon permet de constater que la formation continue dans la justice bernoise a atteint un niveau remarquable et qu'elle supporte tout à fait la comparaison au niveau national. C'est sans aucune réserve que je dédie à toutes les personnes qui m'ont soutenu avec tant de compétence dans ce domaine durant les dix dernières années les mots de reconnaissance exprimés dans la lettre qui m'a été remise lors de ma démission par Peter Rychiger, Président du Grand conseil en fonction.

Je suis convaincu que la formation continue dans la justice bernoise peut non seulement maintenir le niveau atteint, mais encore l'améliorer. Les responsables actuels sont les garants d'une telle évolution. Je leur souhaite à toutes et à tous d'avoir suffisamment de temps pour agir de façon efficace. La responsabilité des personnes impliquées dans ce domaine nécessite un investissement certain et leur travail mériterait pour le moins d'être reconnu comme une activité à temps partiel de première importance.

Jürg Sollberger

Competence Center Forensik und Wirtschaftskriminalistik CCFW

Im Sommer dieses Jahres wurde der Verein CCFW gegründet und zu seinem ersten Präsidenten der Zuger Regierungsrat Hanspeter Uster bestellt. Die Leitung des CCFW betreut Dr. Adrian Lobsiger, bereits bisher Studienleiter des NDS zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität an der HSW Luzern. Der Verein bezweckt die Steuerung und Förderung einer gesamtschweizerisch abgestimmten beruflichen Weiterbildung von Personen aus Staat und Privatwirtschaft, welche mit der Verhinderung, Aufdeckung, Verfolgung und Aufarbeitung von Straftaten betraut sind. Träger des Vereins sind u.a. die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren, die Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz und das Schweizerische Polizeiinstitut. Der Verein ersetzt bzw. integriert insbesondere aber auch die bisherige, unter dem Namen ESM aufgetretene Arbeitsgruppe, die in den letzten Jahren erfolgreich die sog. Basiskurse durchgeführt hat. Der Basiskurs im Herbst 2003 war damit zugleich auch der letzte dieser Art. Die Basiskurse, entstanden aus der Einsicht, dass gesamtschweizerisch unverzüglich ein Ausbildungsangebot für junge Magistratspersonen geschaffen werden müsste, finden aber eine auf den Erfahrungen der Basiskurse aufbauende und erweiterte Nachfolge und zwar in dem unter dem Dach des CCFW und der Hochschule für Wirtschaft Luzern organisierten Kurs „Forensik I“.

Dieser sechsteilige Kurs wird am 22. Januar 2004 gestartet und anschliessend halbjährlich durchgeführt. Der Gesamtkurs steht unter Leitung von Untersuchungsrichter Christoph ILL, der sein Pensum bei der Staatsanwaltschaft St. Gallen reduziert und teilzeitlich dem CCFW zur Verfügung steht. Der Kurs umfasst die Teile

- juristische Einführung in das Thema des ersten Angriffs und in die nachfolgenden Kursteile (Prof. Dr. J.B. Ackermann, Uni Luzern, in Luzern)
- Kriminaltechnik und Kriminalistik (Dr. P. Pfefferli, Kapo Zürich, in Zürich)
- Zwangsmittel, Pikett, Arbeitstechnik, Medien, OHG (Dr. Th. Hansjakob, Staatsanwaltschaft St. Gallen, in Luzern)
- Einvernahme, Polizeirecht, Verhältnis Polizei – Justiz und Verteidigung (Chr. ILL, St. Gallen, in Luzern)
- Forensische Medizin und Psychiatrie (Prof. Dr. U. Zollinger, Uni Bern, in Bern) und
- Einsatzübungen (a.Oberrichter Dr. J. Sollberger, Bern, in Zollikofen)

Wie in den bisherigen Kursen werden Teilprüfungen vorgenommen und das erfolgreiche Bestehen des Kurses mit einem Abschlussdiplom ausgezeichnet. In verschiedenen Kantonen ist der Besuch des Kurses für neu bestellte Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter bzw. Mitglieder der Staatsanwaltschaft bereits als obligatorisch erklärt worden, in der Bernischen Justiz wird erwartet, dass neu gewählte Magistratspersonen am Kurs teilnehmen und die Kosten werden denn auch vollumfänglich übernommen und die Ausbildungszeit als Weiterbildung angerechnet. Der Kurs ersetzt auch den bisherigen Untersuchungsrichterkurs. Die Weiterbildungskommission wird die neu gewählten Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter direkt ansprechen und zur Kursteilnahme einladen. Weitere Interessentinnen und Interessenten können sich an den Präsidenten der Weiterbildungskommission, Oberrichter Stephan Stucki, bzw. an das Sekretariat der WBK wenden.

Nebst der Realisierung des Kurses „Forensik I“ treibt das CCFW die Entwicklung der Ausbau- und Vertiefungsstufe „Forensik II“ voran. Der heutige Stand der Planung sieht vor, dass die umfassende Ausbau- und Vertiefungsstufe Forensik II im Sommer 2005 erstmals angeboten wird. Die beiden Nachdiplomkurs Forensik I und Forensik II werden sich zu einem Nachdiplomstudium ergänzen.

CCFW / Weiterbildungskommission

Jürg Sollberger zum Rücktritt

„Lasst ab von der Vorstellung, dass Gerechtigkeit und Justiz ein und dasselbe sind oder zu sein haben. Sie können es nicht sein. Es liegt ausserhalb menschlicher und irdischer Möglichkeit.“

Diesen Satz, den JAKOB WASSERMANN uns in seinem grossartigen Roman „Der Fall Maurizius“ durch den Oberstaatsanwalt von Andergast an den Kopf werfen lässt, hat Richter Sollberger als Vorwort seiner Doktorarbeit über das Opportunitätsprinzip im Strafrecht vorangestellt. Er könnte durchaus auch seiner ganzen Juristenlaufbahn als Motto dienen: Im täglichen Kampf ums Recht hat sich der Demissionär nie Illusionen gemacht, die ideale und gerechte Gesellschaft könnte geschaffen werden; er hat aber auch nie resigniert, sondern stets daran geglaubt und dafür gearbeitet, das *ius criminale* mit kleinen Schritten zu verändern und zu verbessern. Dabei bewies er eine bernburgerlich - emmentalische Hartnäckigkeit, die mit seinem Herkommen ebenso zusammenhängt wie mit seiner äusserlichen Erscheinung. Er ist der „rocher de bronze“ in der Bernischen Justiz, und als solcher hat er seine Reformideen in all seinen Urteilen, Aufsätzen, Reden, in Kommissionen, Konferenzen und im täglichen Diskurs mit viel Verve verfochten und in die Tat umzusetzen versucht. Wenn dereinst der neue Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches in Kraft tritt, wird Oberrichter Sollberger ihn nicht mehr in Amt und Würden anwenden können, wohl aber die Genugtuung empfinden dürfen, dass er den Kampf gegen die kurzfristigen Freiheitsstrafen gewonnen und mich geschlagen hat.

Am 18. November 1967 patentiert, hat Fürsprecher Sollberger volle 36 Jahre lang die früher klassisch genannte Berner Justizkarriere durchlaufen: Im Schloss Trachselwald genoss er zunächst das Gerichtsschreiberdasein, bis er mit 29 Lenzen auf den 6. Januar 1970 zum Gerichtspräsidenten von Bern gewählt wurde. Richter Sollberger hat nicht nur leidenschaftlich gern gerichtet, auch gern leidenschaftlich. Er war als Untersuchungsrichter entsprechend der Definition von BÄNZIGER in ZStrR 110/119ff. Ein Glücksfall, mit besonderer Begeisterung aber Strafeinzelrichter, und als solcher hat er nationale Berühmtheit erlangt, weil er den Prozess „Nestlé tötet Babies“ souverän präsidierte. Eine Unzahl von Akten mit menschlichen Schicksalen ging in all den Jahren über seinen Richtertisch. Seine stupende Arbeitskraft (um nicht zu sagen: Arbeitswut) erlaubte ihm nach Uebernahme des Präsidiums im Zivilamtsgericht sogar noch im gestandenen Mannesalter 1989 magna cum laude zu promovieren. Weil nur die Besten zu Richtern gut genug sind, wählte denn auch der Grosse Rat Dr. Sollberger zum 7. Januar 1991 endlich ins Obergericht, wo er in der damaligen Kriminalkammer seine eigentliche strafrechtliche Berufung fand. Als letzter Präsident des Bernischen Geschworenengerichts, dieses eigentlichen Flaggschiffs der Bernischen Justiz (wie er es nannte) hat Jürg Sollberger die diskretionäre Gewalt des Gerichtsvorsitzenden zu seltener Vollendung gebracht, sicher gesamthaft mehr als 120 Jahre Zuchthaus ausfällen müssen und der von ihm geschätzten und geliebten Institution aus den Anfängen des jungen Bernischen Rechtsstaats der Regeneration letztlich auch ein wissenschaftliches Denkmal gesetzt (ZStrR 114/125 ff). Wenn er nun sein oberinstanzliches Wirken als Präsident der für die Beurteilung von Sexualdelikten zuständigen III. Strafkammer und als Mitglied des Wirtschaftsstrafgerichts beschliesst, darf er auf ein langes und erfolgreiches Richten zurückblicken. „Jeder Richter, der urteilt, fällt auch einen Urteilsspruch über sich selbst- und dieser kommt auf die Nachwelt“. Diese Wahrheit des Nobelpreisträgers JOHNSON wirst Du, lieber Brätsch (so Dein für sich sprechendes Cerevis aus Studentenverbandstagen) sicher nicht zu fürchten haben.

Diese Laudatio wäre ungerecht und unvollständig, würde sie hier nur vom Richter Sollberger handeln. Genauso interessant und vielseitig ist der Mensch Sollberger, mit all seinem gewichtigen Durchsetzungsvermögen, etwelchen Ecken und Kanten und einer gewissen, schön bernischen Eigensinnigkeit. Ich will jetzt nicht vom Heerespolizei-Oberst, vom Zunftrat zu Schiffleuten, vom höchsten Zollikofner Gemeindeparlamentspräsidenten, vom Curlingmeister oder

Fussballschiedsgerichtsobmann reden, sondern vom unermüdlichen Förderer der Bernischen Weiterbildung in der Justiz. Ohne ihn wäre der Aus- und Weiterbildungsstandard unseres Gerichtspersonals, der Gerichtsschreiber und Sekretäre, der RichterInnen und Staatsanwälte niemals so hoch, ja vielleicht kaum über Minima hinaus existent. Seit Jürg Sollberger vor mehr als zehn Jahren noch gemeinsam mit mir das Erbe Prof. AESCHLIMANN'S in der Weiterbildung angetreten hat, rief er nicht nur das INFOINTERNE ins Leben und redigierte es, sondern konstituierte und präsidierte die kantonale Weiterbildungskommission als erster und prägte jede ihrer Veranstaltungen, schuf den Basiskurs der Ecole Suisse de la Magistrature ESM, leitete diesen wesentlich, institutionalisierte die Krattiger Seminare usw usw. Es kann nicht genug betont werden, was für eine Arbeit hinter all diesen trockenen Fakten steckt. Der Dank der Republik ist gewöhnlich dürr, deine Kollegen aber werden dein grundlegendes Wirken für uns alle und unsern Berufsstand nie vergessen. Und dass die Krönung deiner Weiterbildungstätigkeit, die ESM, sich nun in einem eigentlichen Competence Center Forensik und Wirtschaftskriminalität CCFW in Zusammenarbeit mit der UNI Luzern wieder findet, mit Dir als Dozenten und mitverantwortlichem Leiter, diesen Uebertritt ins „otium cum dignitate“ gönnen wir Dir von Herzen. Du wirst hoffentlich noch lange dort für Bern Ehre einlegen.

Gibt man in der Datei www.admin.ch der Bibliothek Alexandria den Suchbegriff Jürg Sollberger ein, erscheinen im Thesaurus nicht weniger als zwei Seiten mit 14 Titeln. Sie alle zeugen vom Schrifttum des Demissionärs, das mit dem „Dilemma des Richters beim Strafen“ in ZBJV 116 (1980) S.361 ff begann und in „Besondere Aspekte der Geldstrafe“ (ZStrR 121 Heft 3) seinen sicher nur vorläufigen Abschluss fand. Greifen Sie zu diesen oder andern Publikationen etwa in den Veröffentlichungen der Arbeitsgruppe für Kriminologie (zB „Gemeingefährliche Straftäter“, Zürich 2000) und lesen Sie diese wertvollen und leicht geschriebenen Anregungen eines begnadeten Praktikers wieder. Sie werden sie geniessen.

„Den Strafrechtspraktikern in der Schweiz wartet eine nicht einfach zu lösende Aufgabe. Sie sehen sich in der täglichen Arbeit, bei der Wahl und Zumessung der Strafen nämlich, vom sicheren Festland der unbestrittenen Normen und der gefestigten Praxis auf die schwankenden Schiffsplanken einer neuen, ihnen fremden und erst noch wenig geglückten Neuregelung der massgebenden gesetzlichen Vorgaben (scil. des AT/StGB) versetzt, und das löst – nicht unbegründet – allerhand Befürchtungen aus.“(SOLLBERGER in ZStrR 121/244).

Daher zum Schluss mein Stossgebet: Hilf uns weiter, lieber Brätsch, damit wir mit Dir in den AT/StGB-Himmel kommen, sonst bleibst du als einer der mitverantwortlichen Experten noch im Fegefeuer aller neuen Strafen sitzen.

Herzlich Dein MARKUS WEBER, Generalprokurator

Kursprogramm 2004

- Kurs 1: Fortsetzungsveranstaltung zur Revision AT StGB**
 offen für die Mitglieder der bernischen Justiz sowie des BAV und Angehörige der Organe der Bundesstrafverfolgungsbehörde
 Gerichtspräsidentin Annemarie Hubschmid
- Kursleitung: Gerichtspräsidentin Annemarie Hubschmid
 Referenten:
- Dr. iur. Grace Schild Trappe
 Allgemeines: u.a. Geltungsbereich, Unterlassung, Sachverhaltsirrtum, Rücktritt/tätige Reue, Antrag, Notwehr/Notstand, Unternehmensstrafrecht, Uebertretungen, Verjährung, Strafbefreiung.
 - Oberrichter Georges Greiner
 Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung
 - Oberrichterin Renate Binggeli
 Die Geldstrafe
 - Oberrichter Christian Trenkel
 Gemeinnützige Arbeit und das System der Umwandlungen
 - Jugendgerichtspräsident Dieter Hebeisen
 Ueberblick über die Aenderungen des Jugendstrafrechts
 - Generalprokurator-StV Felix Bänziger
 Die Anpassung der bernischen Gesetze
- Dauer: 1 Tag
 Termin: Mittwoch, 25. Februar 2004
 Kursort: Auditorium Uni Bern
 Kosten: 150.-- für die Mitglieder des BAV sowie der Organe der Bundesstrafverfolgungsbehörde
- Bemerkung: Die Teilnehmer der Einführungsveranstaltung gelten für die Fortsetzungsveranstaltung als angemeldet.
- Kurs 2 a & b: Kolloquium zur Revision AT StGB**
 offen für die Mitglieder der bernischen Justiz sowie des BAV und Angehörige der Organe der Bundesstrafverfolgungsbehörde
 Gerichtspräsidentin Annemarie Hubschmid mit Unterstützung von 12 ÜbungsleiterInnen
- Kursleitung: Gerichtspräsidentin Annemarie Hubschmid mit Unterstützung von 12 ÜbungsleiterInnen
 Dauer: 1 Tag
 Termin: Dienstag, 17. August 2004
 Wiederholung: Mittwoch, 18. August 2004
 Kursort: Uni Tobler, Bern
 Kosten: 150.-- für die Mitglieder des BAV sowie der Organe der Bundesstrafverfolgungsbehörde
- Kurs 3: Besondere Themen zum neuen Allgemeinen Teil des StGB**
 offen für die Mitglieder der bernischen Justiz sowie des BAV
- Kursleitung: aOberrichter Jürg Sollberger, Competence Center für Forensik und Wirtschaftskriminalistik CCFW Luzern
- Referenten:
- Prof. Dr. Volker Dittmann, Basel
 - Prof. Dr. K.L. Kunz, Bern
 - Prof. Dr. Günter Stratenwerth, Basel
 - Prof. Dr. Stefan Trechsel, Zürich
- Dauer: ½ Tag, Nachmittag
 Termin: Mittwoch, 28. April 2004
 Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal
 (Verlegung in ein grösseres Lokal bleibt vorbehalten)
 Kosten: Fr. 100.-- für die Mitglieder des BAV

- Kurs 4: Unterhaltsbeitragsrecht/Güterrecht**
 offen für die Mitglieder der bernischen Justiz sowie des BAV
- Inhalt: Referate anhand von Beispielen aus der Praxis mit Problemen namentlich im Bereich der Bilanzanalyse und Bewertung (Selbständigerwerbende)
- Kursleitung: Oberrichter Peter Kunz
- Referenten: - Gerichtspräsident Daniel Bähler
 - BDO Visura Bern: André Fässler + Fritz Rüfenacht
- Dauer: ½ Tag, Nachmittag
- Termin: Donnerstag, 29. April 2004
- Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal
- Kosten: Fr. 100.-- für die Mitglieder des BAV
- Kurs 5: Die künftige eidgenössische ZPO - ein erster Überblick,**
 Referat und anschliessende Fragerunde
 offen für die Mitglieder der bernischen Justiz sowie des BAV
- Kursleitung: Kammerschreiber Christian Leu
- Referent: Fürsprecher Dominik Gasser, Bundesamt für Justiz
- Dauer: 14.00 - ca. 16.00 Uhr
- Termin: Mittwoch, 19. Mai 2004
- Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal
- Kosten: Fr. 50.-- für die Mitglieder des BAV
- Bemerkung: Es wird erwartet, dass die TeilnehmerInnen den Entwurf der eidgenössischen ZPO lesen und mitbringen (Zugang unter <http://www.ofj.admin.ch/d/index.html>, „Rechtsetzung“ [links], „Vereinheitlichung Zivilprozess“, „Materialien und Dokumentation“ [unten]). Fragen zum Entwurf können vor der Veranstaltung schriftlich eingereicht (Adresse: christian.leu@jgk.be.ch) oder am Termin mündlich gestellt werden.
- Kurs 6: deutsch und deutlich - Sprache vor Gericht**
 offen für die Mitglieder der bernischen Justiz
- Kursleitung: Gerichtspräsidentin Myriam Grütter
- Referent: Heinz Däpp, Journalist, Autor „Schnappschüsse“
- Dauer: ½ Tag, Vormittag
- Termin: Mittwoch, 13. Oktober 2004
- ev. Wiederholung: Donnerstag, 14. Oktober 2004
- Kursort: Obergericht Bern, Plenumsaal
- Bemerkung: Die Teilnehmerzahl ist beschränkt auf max. 15 Personen.
- Kurs 7: Probleme beim Beweisen im Zivilprozess**
 (Übungsfälle, keine Referate)
 offen für die Mitglieder der bernischen Justiz sowie des BAV
- Kursleitung: - Gerichtspräsident Philippe Chételat
 - Fürsprecher Samuel Lemann
 - Kammerschreiber Christian Leu
- Dauer: ½ Tag, Nachmittag
- Termin: Mittwoch, 20. Oktober 2004
- Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal
- Kosten: Fr. 80.-- für die Mitglieder des BAV
- Bemerkung: Die Teilnehmerzahl ist begrenzt; die Kursleitung behält sich eine Auswahl der TeilnehmerInnen und allfällige Wiederholung des Kurses vor.

Kurs 8: **Der mittlere Wirtschaftsstraftall** - Vorankündigung
Termin: 2. Hälfte 2004
Bemerkung: Details folgen im Inforterne Nr. 23

GS-Ausbildung in Krattigen:

Kursleitung: Oberrichter Stephan Stucki
Termin: 10./11. Juni 2004
Kursort: Hotel Bellevue-Bären, Krattigen
Bemerkung: Die Betroffenen werden persönlich eingeladen

Anmeldungen an das Sekretariat der Weiterbildungskommission,
Frau U. Schreyer, Kanzlei Appellationshof,
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:

- | | | | |
|--------------------------|---------|------------|--|
| <input type="checkbox"/> | Kurs 1 | 25.02.2004 | Fortsetzung AT StGB |
| <input type="checkbox"/> | Kurs 2a | 17.08.2004 | Kolloquium AT StGB |
| <input type="checkbox"/> | Kurs 2b | 18.08.2004 | Kolloquium AT StGB |
| <input type="checkbox"/> | Kurs 3 | 28.04.2004 | Besondere Themen AT StGB |
| <input type="checkbox"/> | Kurs 4 | 29.04.2004 | Unterhaltsbeitragsrecht/Güterrecht |
| <input type="checkbox"/> | Kurs 5 | 19.05.2004 | ZPO |
| <input type="checkbox"/> | Kurs 6 | 13.10.2004 | deutsch und deutlich - Sprache vor Gericht |
| <input type="checkbox"/> | Kurs 7 | 20.10.2004 | Probleme beim Beweisen im Zivilprozess |
| <input type="checkbox"/> | Kurs 8 | ?? | der mittlere Wirtschaftsstraffall |

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

Name: _____

Vorname: _____

Funktion: _____

Amtsstelle: _____

Programme des cours pour 2004

- Cours 1: Révision de la partie générale du Code pénal suisse (suite)**
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:
- Dr Grace Schild Trappe
généralités: notamment champ d'application, omission, erreur sur les faits, désistement, plainte, légitime défense / état de nécessité, droit pénal de l'entreprise, contraventions, prescription, exemption de peine
 - Georges Greiner, Juge d'appel
peines avec sursis ou sursis partiel, mesure de la peine
 - Renate Binggeli, Juge d'appel
la peine pécuniaire
 - Christian Trenkel, Juge d'appel
le travail d'intérêt général et le système des conversions
 - Dieter Hebeisen, Président de tribunal des mineurs
aperçu des modifications en matière de droit pénal des mineurs
 - Félix Bänziger, Suppléant du Procureur général
l'adaptation des lois bernoises
- Durée: 1 jour
Date: mercredi, 25 février 2004
Lieu: Auditorium de l'Université de Berne
Coût: 150.-- pour les membres de l'AAB et des organes des autorités fédérales de poursuite pénale.
- Remarque: Les personnes ayant participé à la journée introductive sont considérées comme inscrites à la présente journée.
- Cours 2 a & b: 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, avec le soutien de 12 directeurs d'exercice
- Durée: 1 jour
Date: mardi, 17 août 2004
Répétition : mercredi, 18 août 2004
Lieu: Uni Tobler, Berne
Coût: Fr. 150.-- pour les membres de l'AAB et des organes des autorités fédérales de poursuite pénale
- Cours 3: Thèmes choisis en relation avec la révision de la partie générale du Code pénal suisse**
ouvert aux membres de la justice bernoise et aux membres de l'AAB
- Direction du cours: Jürg Sollberger, ancien Juge d'appel, Competence Center für Forensik und Wirtschaftskriminalistik CCFW Lucerne
- Conférenciers:
- Prof Dr Volker Dittmann, Bâle
 - Prof Dr K.L. Kunz, Berne
 - Prof Dr Günther Stratenwerth, Bâle
 - Prof Dr Stefan Trechsel, Zurich
- Durée: ½ journée (après-midi)
Date: mercredi, 28 avril 2004

Lieu: Amthaus Berne, salle des assises
(sous réserve de déplacement dans un local plus grand)
Coût: Fr. 100.-- pour les membres de l'AAB

Cours 4: Entretien et régime matrimonial

ouvert aux membres de la justice bernoise et aux membres de l'AAB
Contenu: Exposés en relation avec des exemples tirés de la pratique, plus particulièrement dans le domaine de l'analyse de bilan et de l'évaluation
Direction du cours: Peter Kunz, Juge d'appel
Conférenciers: - Daniel Bähler, Président de tribunal
- André Fässler et Fritz Rüfenacht, BDO Visura Berne
Durée: ½ journée (après-midi)
Date: jeudi, 29 avril 2004
Lieu: Amthaus Berne, salle des assises
Coût: Fr. 100.-- pour les membres de l'AAB

Cours 5: La future Loi de procédure civile fédérale – un premier aperçu

Exposé et questions
ouvert aux membres de la justice bernoise et aux membres de l'AAB
Direction du cours: Christian Leu, greffier
Conférencier: Dominik Gasser, avocat, Office fédéral de la Justice
Durée: de 14h00 à env. 16h00
Date: mercredi, 19 mai 2004
Lieu: Amthaus Berne, salle des assises
Coût: Fr. 50.-- pour les membres de l'AAB
Remarque: On attend des participantes et des participants qu'ils apportent avec eux, après l'avoir lu, l'avant-projet de la Loi de procédure civile fédérale (accès sur le site <http://www.ofj.admin.ch/f/index.html>, „Législation“ [à gauche], „Unification de la procédure civile“, „Documentation“ [en bas]). Des questions peuvent être posées par écrit avant la manifestation à l'adresse suivante : christian.leu@jgk.be.ch ou par oral le jour même.

Cours 6: deutsch und deutlich – Sprache vor Gericht

pour info., cf. version alémanique du programme des cours

Cours 7: Problèmes liés à l'établissement de la preuve en procédure civile (cas d'exercices, pas de conférences)

ouvert aux membres de la justice bernoise et aux membres de l'AAB
Direction du cours: - Philippe Chételat, Président de tribunal
- Samuel Lemann, avocat
- Christian Leu, Greffier
Durée: ½ journée (après-midi)
Date: mercredi, 20 octobre 2004
Lieu: Amthaus Berne, salle des assises
Coût: Fr. 80.-- pour les membres de l'AAB
Remarque: Le nombre de participants est limité ; la direction du cours se réserve la possibilité d'opérer un choix et, cas échéant, de répéter le cours.

Cours 8: Le cas ordinaire de criminalité économique – annonce

Date: 2^{ème} moitié de l'année 2004
Remarque: Les détails suivront dans Infointerne No 23

Formation des greffiers à Krattigen:

Direction du cours: Stefan Stucki, Juge d'appel
Date: 10 et 11 juin 2004
Lieu: Hotel Bellevue, Krattigen
Remarque: Les participants seront invités personnellement

**Cours dans le
canton du Jura:**

Les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne et son incidence pratique sur les décisions judiciaires civiles, pénales et administratives

Tribunal cantonal du Jura

Conférenciers:
- M. Michel Hottelier, Professeur à l'Université de Genève
- M. Philippe Boillat, Sous Directeur à l'Office fédéral de la Justice, Berne

Durée: 1 jour
Date: vendredi, 23 avril 2004
Lieu: Delémont
Remarque: de plus amples informations vous seront communiquées ultérieurement.

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, 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:

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

- | | | | |
|--------------------------|----------|------------|--|
| <input type="checkbox"/> | Cours 1 | 25.02.2004 | Révision de la partie générale du Code pénal suisse (suite) |
| <input type="checkbox"/> | Cours 2a | 17.08.2004 | Révision de la partie générale du Code pénal suisse |
| <input type="checkbox"/> | Cours 2b | 18.08.2004 | Révision de la partie générale du Code pénal suisse |
| <input type="checkbox"/> | Cours 3 | 28.04.2004 | Thèmes choisis en relation avec la révision de la partie générale du Code pénal suisse |
| <input type="checkbox"/> | Cours 4 | 29.04.2004 | Entretien et régime matrimonial |
| <input type="checkbox"/> | Cours 5 | 19.05.2004 | La future Loi de procédure civile fédérale |
| <input type="checkbox"/> | Cours 6 | 13.10.2004 | deutsch und deutlich - Sprache vor Gericht |
| <input type="checkbox"/> | Cours 7 | 20.10.2004 | Problèmes liés à l'établissement de la preuve en procédure civile |
| <input type="checkbox"/> | Cours 8 | ?? | Le cas ordinaire de criminalité économique |
| <input type="checkbox"/> | Cours JU | 23.04.2004 | Les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne et son incidence pratique sur les décisions judiciaires civiles, pénales et administratives |

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

Nom: _____

Prénom: _____

Fonction: _____

Lieu: _____

Hinweise auf "auswärtige" Weiterbildungsveranstaltungen

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 (www.iudex.ch)

p.m.

Schweizerischer Juristenverein (www.juristentag.ch)

p.m.

Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter (www.svr-asm.ch)

p.m.

Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft

p.m.

Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

p.m.

Berner Forum für Kriminalwissenschaften (www.bfk.unibe.ch)

p.m.

BAV (www.bav-aab.ch)

p.m.

Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich (www.justizzh.ch)

p.m.

Verband bernischer GerichtsschreiberInnen

p.m.

KURZÜBERSICHT ÜBER DIE WESENTLICHEN NEUERUNGEN IM MATERIELLEN JUGENDSTRAFRECHT

VERFASSER: MARC HUBER, JUGENDSTAATSANWALT

z.H. STAATSANWALTSKONFERENZ VOM 28. MAI 2003 IN THUN¹

EINLEITUNG

1. WARUM EIN NEUES JUGENDSTRAFRECHT?

Zitat aus der Botschaft des Bundesrates: „Die geltende, vom Gedanken der Integration des jugendlichen Straftäters geleitete Regelung hat sich im allgemeinen bewährt. Einige wesentliche Mängel sind aber nicht zu übersehen. Das Jugendstrafrecht wurde deshalb in die Gesamtrevision des Allgemeinen Teils des StGB einbezogen und gründlich überarbeitet“. Nach meiner Einschätzung hat der Gesetzgeber jedoch bei seinem gut gemeinten Vorhaben über das Ziel hinausgeschossen. Es wurde ein überdifferenziertes, zu kompliziertes Instrumentarium geschaffen, welches die Gefahr in sich birgt, die AnwenderInnen zu überfordern und die Rechtssicherheit zu beeinträchtigen.

2. STAND DER REVISION

Das neue Jugendstrafrecht ist in den eidgenössischen Räten durchberaten; die Referendumsfrist ist am 9. Oktober 2003 abgelaufen.

Das Inkrafttreten (zusammen mit dem AT StGB) ist für den 1. Januar 2006 vorgesehen.

¹ Nach dem Differenzbereinigungsverfahren zwischen National- und Ständerat (Sommer session 2003) überarbeitete Fassung des Referates

3. EIGENES BUNDESGESETZ

Das Jugendstrafrecht wird aus dem AT StGB herausgebrochen und in einem selbständigen „BG über das Jugendstrafrecht“² (JStG) geregelt. Dadurch soll die Spezialität des Jugendstrafrechts hervorgehoben werden.

Im JStG werden neu die analog anwendbaren Bestimmungen des AT StGB aufgezählt (Art. 1 Abs. 2 JStG).

Obschon (in Anlehnung ans Zivilrecht) neu von „Schutzmassnahmen“ die Rede ist, handelt es sich nicht um ein allgemeines Jugendwohlfahrtsgesetz, welches auch nicht straffällige Jugendliche mit abweichendem Verhalten mitumfasst. Das JStG bleibt eine strafrechtliche Ordnung.

DIE NEUERUNGEN IM EINZELNEN

1. ALTERSGRENZEN

Das Strafmündigkeitsalter wird von sieben **auf zehn Jahre** angehoben, wodurch die heutige Unterscheidung zwischen Kindern und Jugendlichen entfällt. Grund: Kinder unter zehn Jahren beschäftigen die Jugendstrafbehörden selten, und wenn, dann in der Regel wegen Bagatelldelikten. Zudem kann bei Fahrlässigkeitsdelikten (z.B. bei Verstössen gegen das Strassenverkehrsgesetz oder bei Verursachung einer Feuersbrunst) in diesem Alter oft kaum von einem Verschulden gesprochen werden. Das JStG nähert sich damit dem Jugendstrafrecht anderer europäischer Länder an, welche ein noch höheres Strafmündigkeitsalter kennen.

Begeht ein Neunjähriger eine Straftat, hat die zuständige Behörde den Eltern Meldung zu erstatten. Das Ergreifen angemessener Massnahmen als Reaktion auf Straftaten von unter zehn Jährigen soll den gesetzlichen Vertretern überlassen werden. Liegen Anzeichen vor, wonach ein noch nicht strafmündiges Kind besonderer Hilfe bedarf, ist die Vormundschaftsbehörde zu benachrichtigen.

Die **Unterscheidung zwischen Kinder- und Jugendstrafrecht wird aufgehoben**; beibehalten werden hingegen Altersgrenzen für bestimmte Strafen. So sind Bussen – wie bisher – erst für Jugendliche ab 15 Jahren vorgesehen, und die verschärfte Form der Freiheitsstrafe (bis vier Jahre) kann erst bei Jugendlichen ab 16 Jahren ausgesprochen werden.

² Vgl. BBl 2003 4445.

Die obere Alterslimite des Jugendstrafrechts bleibt bei 18 Jahren. Für sog. **Übergangstäter** (Delikte vor und nach dem 18. Altersjahr) gilt Art. 3 Abs. 2 JStG. Danach ist das Jugendgericht für die Verfolgung und Beurteilung nur dann zuständig, wenn

- a) der Täter massnahmebedürftig ist und
- b) beim Jugendgericht bereits ein Verfahren hängig ist.

Formell wird nach dem Jugendrechtspflegegesetz (JRPG) verfahren, materiell ist die geeignete Massnahme nach JStG oder StGB anzuordnen.

Dank dieser differenzierten Regelung können die in ihrer Persönlichkeitsentwicklung zurückgebliebenen Rechtsbrecher nach wie vor vom täterbezogenen Jugendstrafrecht profitieren.³

2. DUALISMUS

Vom geltenden richterlichen Monismus wird zum Dualismus, genauer gesagt zum sog. dualistisch-vikariierenden System übergegangen. Eine Strafe als ausschliessliche Sanktion wird gegenüber Jugendlichen ausgesprochen, die ein Verschulden trifft, die aber nicht massnahmebedürftig sind. Massnahmebedürftige Minderjährige werden zusätzlich zur Schutzmassnahme bestraft, sofern sie schuldhaft gehandelt haben. Die Schutzmassnahmen können ohne Verschulden der TäterInnen angeordnet werden. Eine Schutzmassnahme als alleinige Rechtsfolge ist gegenüber Jugendlichen zu verhängen, die massnahmebedürftig aber nicht schulfähig sind.

Die Härte des dualistischen Systems kann dadurch gemildert werden, dass auf eine zusätzliche Bestrafung verzichtet wird, falls der Zweck der Massnahme sonst gefährdet würde (Art. 21 in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 JStG).

Neu kann an Stelle einer (an sich gebotenen) Schutzmassnahme eine Strafe ausgesprochen werden, wenn die Minderjährigen keinen gewöhnlichen Aufenthalt in unserem Land haben. Zu denken ist an abgewiesene Asylbewerber und „Kriminaltouristen“, welche an sich massnahmebedürftig wären.

³ Ursprünglich sollte allein das Erwachsenenstrafrecht Anwendung finden

3. SCHUTZMASSNAHMEN

Neu wird von „Schutzmassnahmen“ statt wie bisher von „Erziehungsmassnahmen“ gesprochen.

Diese Schutzmassnahmen lehnen sich eng an die Kindesschutzmassnahmen des ZGB an und haben auch Beschränkungen der Befugnisse der Eltern zum Inhalt. Die neuen Schutzmassnahmen sind (mit zunehmender Intensität des Eingriffs in die Freiheit des Jugendlichen und in die Kompetenz der Eltern):

- die Aufsicht
- die persönliche Betreuung
- die ambulante Behandlung
- die Unterbringung.

3.1 AUFSICHT

Sie ist die mildeste Form der ambulanten Betreuung und ist vorgesehen für Fälle, wo anzunehmen ist, dass die Eltern im Stande sind, das Notwendige für das Wohl des Kindes vorzukehren. Um dies zu überprüfen, ernennt die urteilende Behörde (analog zu Art. 307 Abs. 3 ZGB) eine geeignete (fachlich ausreichend qualifizierte) Person oder Stelle als Aufsicht. Die urteilende Behörde kann ferner den Eltern Weisungen erteilen.

3.2 PERSÖNLICHE BETREUUNG

Hier wird eine natürliche Person als HelferIn eingesetzt. Es geht nicht bloss um Beaufsichtigung der Eltern; die mit der Betreuung beauftragte Person hat bei der Erziehung der Jugendlichen durch Beratung und Unterstützung der Inhaber der elterlichen Gewalt mitzuwirken und die Jugendlichen persönlich zu betreuen. Die urteilende Behörde kann das elterliche Sorgerecht einschränken.

Die Aufsicht und die persönliche Betreuung ersetzen die geltende Erziehungshilfe.

Nach Erreichen des Mündigkeitsalters darf die Aufsicht und die persönliche Betreuung nur mit Einverständnis der Betroffenen angeordnet werden. Die Anordnung der Unterbringung bedarf dieser Zustimmung nicht (siehe „Unterbringung“, Ziff. 3.4). Wurde eine der ambulanten Massnahmen bereits vor dem 18. Altersjahr angeordnet, kann sie ohne Einverständnis der Betroffenen weitergeführt werden.

Sind Jugendliche bevormundet, darf keine Aufsicht oder persönliche Betreuung angeordnet werden. Vormundschaftsbehörden kleinerer ländlicher Gemeinden werden wohl bedauern, dass ihnen von Seiten des jugendgerichtlichen Sozialdienstes bei der ambulanten Betreuung der Jugendlichen keine Unterstützung mehr geboten wird.

Alle Massnahmen enden mit Vollendung des 22. Altersjahres.

3.3 AMBULANTE BEHANDLUNG

Die „besondere“ Behandlung heisst neu „ambulante“ Behandlung (die „stationäre“ Form wird neu unter der „Unterbringung“ geregelt).

3.4 UNTERBRINGUNG

Auf die Nennung von Sondereinrichtungen (Therapieheim, Anstalt für Nacherziehung, Arbeitserziehungsanstalt, geregelt in Art. 93 bis und ter StGB), wird künftig verzichtet. Der urteilenden Behörde obliegt es, festzulegen, ob Jugendliche (ausserhalb der eigenen Familie) bei Privatpersonen untergebracht oder in eine Erziehungs- oder Behandlungseinrichtung eingewiesen werden. Die Wahl des konkreten Vollzugsortes (Wohngemeinschaft X, Jugendheim A etc.) bleibt der Vollzugsbehörde (wie heute) überlassen.

Die Verankerung von Sondereinrichtungen im Gesetz hat sich als unnötig oder sogar als falsch erwiesen. Heute weiss man, dass sich längst nicht alle in Sondereinrichtungen untergebrachten Jugendlichen in ihrer Persönlichkeit oder ihrer Entwicklung wesentlich von Minderjährigen in anderen Erziehungsheimen unterscheiden. Auch macht es wenig Sinn, die bestehenden Heime mit ihren vielfältigen erzieherischen Ausrichtungen und therapeutischen Angeboten von Gesetzes wegen in starre Kategorien einzuteilen.

Das neue Recht unterscheidet zwischen normaler und **geschlossener** Unterbringung. Leider umschreibt das Gesetz nicht näher, was unter „geschlossener“ Unterbringung zu verstehen ist. Jugendheime führen nämlich häufig sowohl geschlossene als auch offene Abteilungen, in denen der Massnahmenvollzug stufenweise erfolgt.

Die geschlossene Unterbringung kann nicht nur zum Selbstschutz des Jugendlichen, sondern **auch** bei schwerwiegender **Gefährdung Dritter** verfügt werden.

Vor einer geschlossenen Unterbringung ist neu eine medizinische oder psychologische **Begutachtung** unumgänglich. Den PraktikerInnen geht dies zu weit: Clevere Jugendliche werden die Begutachtung zu sabotieren wissen und

damit die geschlossene Unterbringung verunmöglichen. Ein Jugendrichter oder eine Jugendrichterin ist auch ohne Expertenhilfe durchaus in der Lage zu beurteilen, ob die geschlossene Unterbringung angezeigt ist (so sollten wiederholte Fluchten aus offenen Einrichtungen als Tatbeweis für die Notwendigkeit geschlossener Unterbringung genügen). Im übrigen könnten sich praktische Probleme ergeben, weil ungewiss ist, ob eine ausreichende Zahl an forensisch erfahrenen Kinder- und JugendpsychiaterInnen zur Verfügung steht.

Die qualifizierte Heimunterbringung bis zum Höchstalter 25 Jahre (Art. 91 Ziff. 2 StGB), gibt es im neuen Recht nicht mehr. Die Unterbringung dauert – ob offen oder geschlossen vollzogen – längstens bis zum 22. Altersjahr. Es ist neu auch keine Mindestaufenthaltsdauer (ein Jahr nach Art. 94 StGB) mehr vorgesehen.

Die **bedingte Entlassung** als erste Stufe in Richtung Beendigung der stationären Massnahmen wird **abgeschafft**. Die allmähliche Lockerung der Betreuungsintensität soll neu durch die Abänderung einer stationären in eine ambulante Schutzmassnahme erfolgen. Die gut gemeinte gesetzgeberische Absicht wird in der Praxis die Frage aufwerfen, ob die Ablösung einer vor dem 18. Altersjahr angeordneten Unterbringung durch eine ambulante Schutzmassnahme (Aufsicht oder persönliche Betreuung) nach erreichtem 18. Altersjahr einer Zustimmung der Betroffenen bedarf.

M.E. begrüssenswert ist die Neuerung, wonach sinn- und zwecklos gewordene Massnahmen aufgehoben werden können. Das geltende Recht fragt nur nach der Massnahmebedürftigkeit, das neue Recht auch nach der Beeinflussbarkeit.

Neu muss die Vollzugsbehörde jährlich – in einem beschwerdefähigen Entscheid – prüfen, ob und wann eine Schutzmassnahme aufgehoben werden kann. Mit diesem m.E. übertriebenen Formalismus wird unnötig Unruhe gestiftet, denn BetreuerInnen, KlientInnen und gesetzliche Vertreter sind während des Massnahmevollzuges im Gespräch über Fortschritte und Misserfolge, somit auch über die voraussichtliche Dauer der Massnahme informiert (wiederkehrende formelle Beschlüsse sind bei dieser Sachlage überflüssig). Im übrigen können die Betroffenen jederzeit ein Gesuch um Aufhebung der Schutzmassnahme stellen, welches in einem förmlichen Verfahren beurteilt werden muss.

3.5 VORSORGLICHE ANORDNUNG VON SCHUTZMASSNAHMEN

Alle Schutzmassnahmen können (wie bereits im Kanton Bern im JRPG vorgesehen) schon vor dem Urteil vorsorglich angeordnet werden. Dies drängt sich auf, weil bei akuter Gefährdung eines Jugendlichen sofort gehandelt werden muss (Krisenintervention).

4. STRAFEN

4.1 STRAFBEFREIUNG

Der Katalog der Strafbefreiungsgründe wird ausgedehnt.

Liegen Strafbefreiungsgründe bereits im Stadium der Untersuchung vor, wird das Verfahren eingestellt. Vorausgesetzt wird, dass keine Schutzmassnahmen erforderlich sind.

Die Strafbefreiung ist neu obligatorisch vorgeschrieben und liegt nicht mehr im Ermessen der Jugendstrafbehörde. Weil ein Anspruch auf Strafbefreiung besteht, werden die Jugendgerichte z.B. auch abzuklären und zu beurteilen haben, ob der Jugendliche wegen seiner Tat von den Eltern „schon genug bestraft worden ist“ oder ob der Jugendliche „eine besondere Anstrengung unternommen hat“, um das von ihm begangene Unrecht auszugleichen.

Erst in der parlamentarischen Beratung eingeführt wurde das fakultative **Mediationsverfahren**, das im Falle einer Verständigung zwischen Täter und Opfer die **definitive Einstellung** des Verfahrens zur Folge hat. Die Durchführung eines Mediationsverfahrens setzt kumulativ voraus:

- a) Es sind keine Schutzmassnahmen erforderlich,
- b) die Voraussetzungen für eine Strafbefreiung sind nicht erfüllt,
- c) die Tatumstände sind im wesentlichen geklärt,
- d) es liegt kein gravierendes Verbrechen vor,
- e) neben dem Angeschuldigten ist auch der Geschädigte einverstanden.

Meine Vorbehalte gegenüber einem Täter-Opfer-Ausgleich-Verfahren:

Gefahr der Rechtsungleichheit, weil voraussichtlich nur sog. „Sonntagsfälle“ für diese Erledigungsform ausgewählt werden (können).
Z.B. werden Gruppen- oder Serientäter von Mediationsbemühun-

gen ausgeschlossen und bestraft, weil hier wegen der Vielzahl von Tätern oder Geschädigten eine Mediation nicht praktikabel ist.

Befürchtung, dass Jugendliche, welche eine „reine Weste“ behalten möchten, selber und/oder die gesetzlichen Vertreter im Mediationsverfahren Druck auf die Opfer ausüben.

Gefahr, dass MediatorInnen, die sich unter Erfolgszwang wähnen, die Parteien in ungehöriger Weise zu einem Vergleich drängen könnten.

Zeitverlust, wenn das Mediationsverfahren nicht zum Ziel führt, so dass die Strafe nicht mehr als unmittelbare Reaktion auf die Straftat erlebt wird.

4.2 VERWEIS

Mit dem Verweis können neu eine Probezeit und Weisungen auferlegt werden mit der Konsequenz, dass bei Rückfall oder Missachtung von Weisungen eine andere Strafe ausgesprochen werden kann. Bei nachträglich festgestellter Massnahmebedürftigkeit ist die Anordnung einer Schutzmassnahme allerdings ausgeschlossen. Der Verweis in dieser neuen Form soll den bisherigen Aufschub der Anordnung einer Strafe oder Massnahme (Art. 97 StGB) ersetzen. Abgeschafft wird auch der Schularrest als Sanktion.

4.3 PERSÖNLICHE LEISTUNG

Sie tritt an die Stelle der heutigen Arbeitsleistung. Neu wird deren Höchstdauer festgelegt. Mit der geänderten Formulierung „persönliche Leistung“ lassen sich auch Verpflichtungen zum Besuch von Kursen (Verkehrsunterricht, Drogenpräventionsveranstaltungen usw.) sowie Arbeitseinsätze in Lagern mit auswärtigem Übernachten vereinbaren. Für den Fall der Nichterbringung der persönlichen Leistung sind nunmehr Ersatzsanktionen vorgesehen, wodurch eine bestehende Gesetzeslücke geschlossen wird.

In Zukunft soll es den bedingten Strafvollzug auch bei der persönlichen Leistung geben.

4.4 BUSSE

Sie wird neu nach oben auf Fr. 2'000.- limitiert. Ein Tagessatzsystem kennt das Jugendstrafrecht nicht, weil Jugendliche sehr oft über kein oder nur geringes persönliches Einkommen verfügen und sich folglich dieses System nicht eignet.

Eingeführt wird die Möglichkeit der Umwandlung in eine persönliche Leistung. Für die Umwandlung der Busse in Freiheitsentzug wegen Nichtbezahlung liefert der Gesetzgeber leider keinen Umwandlungsschlüssel.

4.5 FREIHEITSENTZUG

Die Einschliessung heisst im JStG „Freiheitsentzug“. Für die Ahndung blosser Übertretungen ist die neue Freiheitsstrafe ausgeschlossen. Minderjährige, die wiederholt geringfügige Vermögensdelikte verüben, werden nicht mehr mit Freiheitsstrafe belegt werden können. Die normale Höchstdauer des Freiheitsentzuges beträgt wie bei der Einschliessung ein Jahr. Gegenüber Jugendlichen, die zur Tatzeit das 16. Altersjahr zurückgelegt haben, kann neu ein Freiheitsentzug bis zu vier Jahren ausgesprochen werden, wenn sie ein schweres Verbrechen gemäss Aufzählung im JStG begangen haben.

Mit dieser Heraufsetzung der Strafdauer auf vier Jahre soll laut bundesrätlicher Botschaft auf schwerste Straftaten Jugendlicher angemessen reagiert werden können.

Die Verschärfung des Jugendstrafrechts (erweiterter Strafrahmen) erweist sich bei näherem Hinsehen als relativ, denn die Voraussetzungen für die Anwendung des qualifizierten Freiheitsentzuges sind streng: So muss es sich

- a) entweder um eine Straftat handeln, für welche das StGB eine Mindeststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe vorsieht oder es muss
- b) bei schwerer Körperverletzung, qualifiziertem Raub (Art. 140 Ziff. 3 StGB) oder Freiheitsberaubung unter erschwerenden Umständen (Art. 184 StGB) besonders skrupelloses Vorgehen vorliegen.

Zufolge des dualistischen Sanktionensystems ist bei Massnahmebedürftigkeit zusätzlich eine Schutzmassnahme anzuordnen. In einem solchen Fall hat die Unterbringung (stationäre Schutzmassnahme) Vorrang gegenüber dem Freiheitsentzug. Nach Aufhebung der Massnahme ist noch über den nachträglichen Strafvollzug zu befinden (siehe nachstehend „Zusammentreffen von Schutzmassnahmen und Freiheitsentzug“).

Dass nach JStG ein Freiheitsentzug auf Gesuch der Betroffenen in eine persönliche Leistung umgewandelt werden kann, halte ich für abwegig, denn das Jugendgericht, welches eine Freiheitsstrafe verhängt hat, erachtete eben gerade diese Sanktion als sinnvoll.

Der Vollzug der Freiheitsstrafen soll möglichst nach erzieherischen Gesichtspunkten erfolgen.

Die gesetzlichen Anforderungen an solche Vollzugseinrichtungen bezüglich Ausbildungs- und Betreuungsangebot sind dermassen hoch, dass Probleme bei der Schaffung dieser Einrichtungen unschwer vorauszusehen sind. Es ist fraglich, ob PolitikerInnen und Bevölkerung bereit sind, hohe Investitionen zu tätigen, nachdem noch nicht einmal alle für den Vollzug des bereits geltenden StGB erforderlichen Einrichtungen erstellt worden sind.

Neu eingeführt wird der „sursis partiel“.

Ausdrücklich geregelt wird nunmehr die Halbgefängenschaft und der tagesweise Vollzug.

Die bedingte Entlassung ist nach JStG bereits nach der Hälfte (zur Zeit: 2/3) des verbüssten Freiheitsentzuges möglich.

5. ZUSAMMENTREFFEN VON SCHUTZMASSNAHMEN UND FREIHEITSENTZUG

Mit der Abkehr vom System des Monismus und dem Übergang zum Dualismus sind Regeln über das Zusammentreffen von Sanktionen im Vollzug notwendig geworden.

Es gelten folgende Grundsätze:

- a) Die Unterbringung geht dem Freiheitsentzug vor.
- b) Die Freiheitsstrafe wird nicht mehr vollzogen, wenn die Unterbringung erfolgreich war.
- c) Die mit der Unterbringung verbundene Freiheitsbeschränkung ist an die nachträglich zu vollziehende Freiheitsstrafe anzurechnen.
- d) Der Freiheitsentzug kann auch zugunsten einer ambulanten Schutzmassnahme aufgeschoben werden.

Die Anwendung von Art. 32 JStG wird den PraktikerInnen wohl Kopfzerbrechen beschern, weil die Dauer der ausgefallten Strafe regelmässig erheblich kürzer sein wird als diejenige der Unterbringung. Hat der Jugendliche die „Strafdauer“ im Massnahmenvollzug bereits hinter sich gebracht und lässt er die Massnahme scheitern, hat er wegen der Anrechnungsvorschriften keinen Strafvollzug mehr zu gewärtigen. In welchem Mass ist im übrigen die Dauer einer abgebrochenen ambulanten Schutzmassnahme auf die zu vollziehende Freiheitsstrafe anzurechnen?

Leider enthält das JStG keine Kollisionsnormen betreffend Zusammentreffen von Sanktionen des Jugendstrafrechts mit solchen des StGB - bedauer-

lich, weil junge Erwachsene oft noch im Vollzug einer jugendrechtlichen Massnahme stehen, wenn sie rückfällig werden⁴.

6. VERFAHRENSRECHTLICHE BESTIMMUNGEN

Das JStG sieht neu für das von den Kantonen zu regelnde Jugendstrafverfahren gewisse Rahmenbedingungen vor, um den rechtsstaatlichen Minimalanforderungen betreffend der strafprozessualen Stellung der betroffenen Jugendlichen und ihrer Eltern Nachachtung zu verschaffen.

Ausserdem ist zur Zeit eine eidg. Jugendstrafprozessordnung in Bearbeitung, welche die prozessualen Vorschriften des JStG ablösen wird.

6.1 ÖRTLICHE ZUSTÄNDIGKEIT

Wie bisher werden Übertretungen am Tatort (nicht am Wohnort) verfolgt. Drängen sich Schutzmassnahmen auf, hat das Jugendgericht am Begehungsort das Verfahren an die Behörden des Ortes des „gewöhnlichen Aufenthaltes“ zu übertragen. Diese Regelung erlaubt, z.B. bei chronischem Betäubungsmittelkonsum oder Ladendiebstahl im Rückfall am Wohnort Persönlichkeitsabklärungen vorzunehmen und allenfalls Schutzmassnahmen anzuordnen.

6.2 ÖFFENTLICHE/GEHEIME RICHTSVERHANDLUNG

Nach den zur Zeit geltenden kantonalen Regelungen sind Jugendgerichtsverhandlungen in der Regel geheim. Auch nach JStG wird das Jugendstrafverfahren grundsätzlich nicht öffentlich sein. Jugendliche können aber verlangen, dass die Gerichtsverhandlung öffentlich durchgeführt wird. Die Gefahr, dass Jugendliche den Gerichtssaal als Bühne zur Selbstdarstellung vor Publikum missbrauchen, ist nicht von der Hand zu weisen. Weiter ist denkbar, dass Jugendliche von Medienvertretern, welche Anteilnahme am Schicksal des Jugendlichen vorgeben, missbraucht werden.

6.3 UNTERSUCHUNGSHAFT

Das JStG sieht weder ein Mindestalter noch eine Höchstdauer vor. Vorgeschieden wird von Bundesrechts wegen die Trennung der Jugendlichen von

⁴ Laut Auskunft des Bundesamtes für Justiz sollen Regeln in einer Verordnung aufgestellt werden, die zur Zeit in Bearbeitung steht.

erwachsenen Häftlingen. Dabei genügt die Einrichtung einer Spezialabteilung in einem Untersuchungsgefängnis. Der Grundsatz der Trennung ist m.E. zwar richtig, doch sollte es ausnahmsweise erlaubt sein, einen 17 ½ Jahre alten Jugendlichen mit einem 19-jährigen Erwachsenen zusammen zu tun, um eine als bedrückend empfundene Isolation zu vermeiden.

Vorgeschrieben wird die Betreuung während der Haftdauer.

6.4 NOTWENDIGE VERTEIDIGUNG

Das JStG schreibt die Verteidigung vor, wenn die Untersuchungshaft länger als 24 Stunden dauert. Ferner ist ein amtlicher Verteidiger bei Anordnung vorsorglicher Schutzmassnahmen zu ernennen. Fragwürdig wird die Vorschrift in jenen, nicht seltenen, Fällen, in denen eine vorsorgliche Fremdplatzierung im Einverständnis aller Beteiligten erfolgt, denn das Regime, dem ein vorsorglich platzierter Jugendlicher unterworfen ist, lässt sich nicht mit der Haftsituation vergleichen (z.B. vorsorgliche Unterbringung bei einer örtlich abgelegenen Bauernfamilie). Die Verteidigung ist ebenfalls notwendig, wenn es die Schwere der Tat erfordert. Schliesslich auch dann, wenn der Jugendliche oder die gesetzlichen Vertreter nicht in der Lage sind, ihre Rechte gehörig wahrzunehmen.

6.5 WEITERE VORSCHRIFTEN

Das JStG enthält neu:

- a) (kürzere) Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährungsfristen,
- b) das Gebot an die Kantone, gerichtliche Rechtsmittelinstanzen vorzusehen für Entscheide und Verfügungen, welche auf Grund des JStG ergehen,
- c) die Pflicht, Vorschriften betreffend Aktenaufbewahrung bzw. -vernichtung zu erlassen,
- d) die Verpflichtung, das Akteneinsichtsrecht zu regeln.

6.6 STRAFREGISTER

Die Eintragungspflicht wird auf das kriminalpolitisch sinnvolle Mass beschränkt: Ambulante Schutzmassnahmen werden nicht mehr eingetragen; registriert werden nur mehr die geschlossene Unterbringung und der Freiheitsentzug bei über 15 Jahre alten Jugendlichen. Die Regelung bleibt allerdings im StGB.

WENN VORBEZÜGE EIN NACHSPIEL HABEN - ODER: DIE BEHANDLUNG VON VORBEZÜGEN DER BERUFLICHEN VORSORGE FÜR WOHN-EIGENTUM IM RAHMEN VON SCHEIDUNGSVERFAHREN; VERSUCH EINER ANNÄHERUNG IN 8 AKTEN

VERFASSER: PETER EGGENBERGER, GS GK X THUN

Prolog	31
1. Akt: Gesetzliche Grundlagen	31
2. Akt: Vorsorgerechtlich begünstigte Personen nach Art. 30e Abs. 1 BVG	32
3. Akt: Aufgabe der Eigennutzung, insbesondere Vermietung	33
4. Akt: Vorbezug und Teilung der Freizügigkeitsleistungen	34
Zwischenspiel: Güterrecht	35
5. Akt: Übertragung der Rückzahlungsforderung	35
6. Akt: Grundbuchliche Aspekte	37
7. Akt: Steuerliche Aspekte	39
8. Akt: Musterklauseln und Berechnungsbeispiele	39
Epilog: Literaturverzeichnis	45

„Es hilft nichts, das Recht auf seiner Seite zu haben. Man muss auch mit der Justiz rechnen.“
(Dieter Hildebrandt)

Prolog

Diese Darstellung ist entstanden aus einem konkreten Verfahren am Gerichtskreis X Thun. Sie wurde zuerst für interne Zwecke angefertigt und für diesen Beitrag überarbeitet.⁵ Sie soll als Übersicht und Orientierung dienen und gewisse Anregungen vermitteln. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Weitergehende Erläuterungen finden sich teilweise in der am Schluss zitierten Literatur.

Im Einzelfall wird sich eine Anfrage bei den involvierten Stellen empfehlen (Vorsorgeeinrichtungen der Parteien, Grundbuchämter, Steuerverwaltungen). Zudem kann das Bundesamt für Sozialversicherung [im folgenden: BSV], Bereich berufliche Vorsorge, in schwierigen Fällen oft auch weiterhelfen. Erfahrungsgemäss sind die Juristinnen und die Juristen des BSV bereit, einem Gericht bei der Lösung einer im Bereich berufliche Vorsorge schwierigen Ehescheidung zu helfen.

1. Akt: Gesetzliche Grundlagen

Art. 30c Abs. 1 des **Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge** (SR 831.40, im folgenden: BVG) sieht vor, dass eine versicherte Person bis 3 Jahre vor Entstehung des Anspruchs auf Altersleistungen von ihrer Vorsorgeeinrichtung einen Betrag für Wohneigentum zum eigenen Bedarf geltend machen kann. Der bezogene Betrag muss von der versicherten Person oder ihren Erbinnen und Erben an die Vorsorgeein-

⁵ Der Autor dankt allen Scheidungsrichtern und -richtern des Gerichtskreises X Thun für ihre Anregungen.

richtung zurückbezahlt werden, wenn das Wohneigentum veräussert wird oder Rechte an diesem Wohneigentum eingeräumt werden, die wirtschaftlich einer Veräusserung gleichkommen (Art. 30d Abs. 1 lit. a und b BVG).

Nicht als Veräusserung gilt die Übertragung des Wohneigentums an eine **vorsorgerechtlich begünstigte Person** (Art. 30e Abs. 1 BVG), die allerdings nach Übernahme des veräusserten Objekts derselben Veräusserungsbeschränkung wie zuvor der Verkäufer bzw. die Verkäuferin unterliegt (Art. 30e Abs. 1 BVG letzter Satz).

Die vorbezogenen Mittel dürfen verwendet werden für Erwerb und Erstellung von Wohneigentum, Beteiligungen am Wohneigentum und die Rückzahlung von Hypothekendarlehen (Art. 1 Abs. 1 Verordnung über die Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge, SR 831.411, im folgenden: WEFV). Nicht zulässig ist dagegen die Amortisation von Darlehen, die zwar für die Finanzierung von Wohneigentum eingeräumt worden sind, aber nicht grundpfandlich gesichert sind⁶.

Zulässige Formen des Wohneigentums sind das Eigentum, das Miteigentum, das Stockwerkeigentum, das Gesamteigentum sowie das selbständige und dauernde Baurecht (Art. 2 Abs. 2 WEFV). Bei **Miteigentum** ist die Höhe des Vorbezugs auf den Wert des Miteigentumsanteils beschränkt, während bei **Eigentum zu gesamter Hand** der Vorbezug in der Höhe des Werts der Gesamtliegenschaft getätigt werden kann, da die versicherte Person juristisch gesehen Gesamteigentümerin ist (vgl. Art. 652 ZGB).

Der Mindestbetrag für einen Vorbezug beträgt Fr. 20'000.00 (Art. 5 Abs. 1 WEFV), ebenso der Mindestbetrag für eine (freiwillige) Rückzahlung (Art. 7 Abs. 1 WEFV).

Bei Veräusserung des Wohneigentums beschränkt sich die **Rückzahlungspflicht** auf den Erlös. Als Erlös gilt der Verkaufspreis abzüglich der hypothekarisch gesicherten Schulden sowie der dem Verkäufer vom Gesetz auferlegten Abgaben (Art. 30d Abs. 5 BVG). Für diese Berechnung werden die innerhalb von 2 Jahren vor dem Verkauf des Wohneigentums eingegangenen Darlehensverpflichtungen nicht berücksichtigt, es sei denn, die versicherte Person weise nach, dass diese zur Finanzierung ihres Wohneigentums notwendig gewesen sind (Art. 15 WEFV). Die Pflicht und das Recht zur Rückzahlung bestehen bis drei Jahre vor Entstehung des Anspruchs auf Altersleistungen, bis zum Eintritt eines anderen Vorsorgefalls oder bis zur Barauszahlung (Art. 30e Abs. 6 BVG).

2. Akt: Vorsorgerechtlich begünstigte Personen nach Art. 30e Abs. 1 BVG

Weil die angesparten Vorsorgeleistungen erst mit der Scheidung geteilt werden, ist grundsätzlich nicht massgebend, ob der Ehegatte zu den vorsorgerechtlich begünstigten Personen gehört. Es ist vielmehr entscheidend, ob der **geschiedene Ehegatte** einen Anspruch hat. Soweit das Reglement einer Vorsorgeeinrichtung nicht über das Gesetz hinausgeht, steht einer geschiedenen Frau ein Anspruch auf Hinterlassenenrente nur zu, wenn die Ehe mindestens 10 Jahre gedauert hat und der geschiedenen Frau im Scheidungsurteil eine Rente oder eine Kapitalabfindung für eine lebenslange Rente zugesprochen worden ist (Art. 20 Abs. 1 Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, BVV 2, SR 831.441.1).

Man könnte sich indessen auch auf den Standpunkt stellen, durch die Aufnahme von **Art. 122 ZGB** in das Gesetz habe der Gesetzgeber die geschiedene Frau in jedem einzelnen Fall zur

⁶ Nussbaum, 63.

vorsorgerechtlich begünstigten Person erklärt, weshalb die 10-Jahres-Frist ohne Bedeutung wäre. Soweit ersichtlich, hat sich das **Bundesgericht** zu dieser Frage noch nicht geäußert. Hier erscheint es angebracht, im Einzelfall das einschlägige **Reglement** der betreffenden Vorsorgeeinrichtung anzufordern bzw. nachzufragen, wie die Praxis bei der geschilderten Konstellation aussieht.

Beabsichtigen die Parteien im Rahmen einer Scheidung, eine Liegenschaft mit einem Vorbezug auf die Ehefrau zu übertragen und hat die Ehe im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens die Dauer von 10 Jahren fast erreicht, kann es unter Umständen im Interesse der Parteien liegen, das Scheidungsverfahren bis zum Ablauf der 10 Jahre auf gemeinsamen Antrag **sistieren** zu lassen. Bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien kann evt. auch das Gericht selbst einen solchen Hinweis geben, wobei das Gericht sich natürlich nicht zum Rechtsberater der Parteien machen kann und soll.

Eine Witwerrente kennt das BVG nicht, wobei auch hier im Einzelfall das Reglement der betreffenden Vorsorgeeinrichtung zu beachten ist. Als Beispiel sei die Publica, die Vorsorgeeinrichtung des Bundes, erwähnt, die eine geschlechtsunabhängige Ehegattenrente vorsieht.⁷ Man könnte hier zugunsten des Ehemanns argumentieren, er werde in Art. 15 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 der Verordnung über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (FZV, SR 831.425) als begünstigte Person im Todesfall erwähnt, womit die Veräusserung einer Liegenschaft, auf der Vorbezüge der beruflichen Vorsorge lasten, an ihn ebenfalls keinen Rückzahlungs-Tatbestand darstellen würde.

Die Übertragung eines Grundstücks an einen Ehegatten noch während der jüngeren als 10jährigen Ehe, aber bei hängigem Scheidungsverfahren müsste sonst als **Umgehung** der Vorschriften über die Rückzahlungspflicht angesehen werden. Wenn der übernehmende Ehegatte keinen Anspruch auf Hinterlassenenleistungen hat, scheidet das Grundstück nach Rechtskraft der Scheidung aus dem Vorsorgebereich aus, womit die Rückzahlungspflicht eintritt und den Ehemann als Eigentümer oder die Ehefrau als Eigentümerin des belasteten Grundstücks trifft.

3. Akt: Aufgabe der Eigennutzung, insbesondere Vermietung

Ob die **Vermietung** von mit Vorbezügen der beruflichen Vorsorge finanziertem Eigentum einen Veräusserungs-Tatbestand darstellt, ist kontrovers. Gemäss Mitteilungen des BSV Nr. 55, S. 11⁸, führt nicht jede Aufgabe der Eigennutzung zur Verpflichtung, den Vorbezug zurückzuzahlen. Bei der Einräumung einer Nutzniessung oder auch einem langjährigen, unkündbaren, im Grundbuch angemerkten Mietvertrag mit einem eher symbolischen Mietzins geht das BSV aber von einem Veräusserungs-Tatbestand aus.

Im Zusammenhang mit dem definitiven Auszug eines Ehegatten aus einer Liegenschaft im Gesamteigentum, deren Aufteilung in Miteigentum vor der Scheidung und Weiterbenützung nur noch durch einen Ehegatten und die Tochter unter gemeinsamem Sorgerecht (mit Mietvertrag zwischen den Ehegatten) sah das BSV für den Miteigentumsanteil der ausgezogenen Ehefrau den Veräusserungs-Tatbestand in einem Thuner Fall erfüllt. Das BSV stützt sich dabei vor allem auf den Text von Art. 4 Abs. 2 WEFV, der lediglich eine **vorübergehende Aufgabe der Eigennutzung** zulasse.

⁷ Vgl. www.publica.ch, Broschüre „Die Folgen einer Scheidung für die berufliche Vorsorge“, Ziff. 5.1.

⁸ Dieses Merkblatt ist, im Gegensatz zu den meisten Merkblättern des BSV, nicht über das Internet abrufbar, kann aber beim BSV gratis bestellt werden (Telefon 031/322 91 51).

Anderer Meinung als das BSV ist z.B. SCHÖBI, der die spätere Vermietung einer ursprünglich zu Eigenbedarf übernommenen Wohnung generell nicht als Veräusserungs-Tatbestand ansieht⁹. Für die geschilderte Konstellation (Begründung von Miteigentum, Auszug eines Ehegatten aus seinem Miteigentumsanteil, Vermietung dieses Miteigentumsanteils) zu einem anderen Schluss als das BSV kommt auch MOSER. Nach seiner Meinung entsteht eine Rückzahlungspflicht ebenfalls erst dann, wenn der dem Vorsorgenehmer bzw. der Vorsorgenehmerin verbliebene Miteigentumsanteil veräussert wird. Als Ausnahme davon erwähnt MOSER den Fall, wo das vorbezogene Kapital aus der beruflichen Vorsorge den Wert des verbleibenden Miteigentumsanteils übersteigt.¹⁰

Verwiesen sei auch auf das zweite Beispiel einer Konventionsklausel hinten in diesem Beitrag¹¹; dort zog ebenfalls einer der Ehegatten aus einer Liegenschaft im Miteigentum und mit BVG-Vorbezügen aus, und die Parteien vereinbarten einen baldigen Verkauf. Diese Klausel wurde schon mehrmals gerichtlich genehmigt, mithin entgegen der vom BSV geäußerten Meinung. In der Praxis wird es nicht immer möglich sein, hier eingehend zu kontrollieren, wie die Nutzung des Eigentums ausgestaltet ist, so dass den Parteien ein gewisser Spielraum verbleibt (hiermit sei aber nicht etwa angeregt, die Parteien auf dieses „Schlupfloch“ aktiv aufmerksam zu machen!).

4. Akt: Vorbezug und Teilung der Freizügigkeitsleistungen

Werden Ehegatten vor Eintritt eines Vorsorgefalls geschieden, gilt der Vorbezug als Freizügigkeitsleistung und wird nach den Art. 122 f. und 141 ZGB sowie Art. 22 Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, SR 831.42 (im folgenden: FZG) geteilt (Art. 30c Abs. 6 BVG). Gemäss BGE 128 V 230 muss auch ein **vorehelicher Vorbezug** von Geldern aus der beruflichen Vorsorge in die Berechnung des während der Ehe angesparten Guthabens der beruflichen Vorsorge aufgenommen werden. Gemäss dieser Bundesgerichtsentscheid wird der als Freizügigkeitsleistung betrachtete Vorbezug zu der im Zeitpunkt der Eheschliessung bestehenden Austrittsleistung hinzugezählt. Im Unterschied zur Austrittsleistung behält der Vorbezug zum Erwerb von Wohneigentum seinen Nennwert bis zur Scheidung. Er ist somit wie generell alle Vorbezüge, auch jene während der Ehe, nicht i.S.v. Art. 22 Abs. 2 Satz 2 FZG zu verzinsen¹².

Steht ein **Wertverlust der Liegenschaft** fest, in die der Vorbezug aus Geldern der beruflichen Vorsorge investiert worden ist, schlagen verschiedene Autoren vor, bei der Berechnung nicht den gesamten Vorbezug aufzurechnen und zu teilen, sondern z.B. nur jene Summe, die der Vorsorgeeinrichtung bei einer Veräusserung der Liegenschaft an Dritte gemäss Art. 30d Abs. 5 BVG zurückbezahlt werden müsste¹³. Wie bei der Aufrechnung der ganzen Vorbezugs-summe ist auch bei der Aufrechnung nur eines Teils auf die Aufrechnung eines Zinses während der Ehedauer zu verzichten.

⁹ Schöbi, 51.

¹⁰ Moser, Anwendungsfragen, 18.

¹¹ 8. Akt.

¹² Diese Frage ist indessen kontrovers, vgl. die Diskussionen von Brunner, Aebi-Müller und Koller in der ZBJV 2000 und 2001.

¹³ Aebi-Müller, 136; Koller, 138 Fn. 7; Wolf 255 f. Fn. 45; Geiser, 89.

Zwischenspiel: Güterrecht

Im Zusammenspiel mit dem ehelichen Güterrecht wird die Behandlung von Vorbezügen derart komplex, dass eine eingehende Behandlung den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde. Es soll deshalb lediglich auf einige Grundsätze hingewiesen werden.¹⁴

Aus der gesetzlichen Verweisung auf Art. 22 FZG in Art. 30c Abs. 6 BVG ergibt sich, dass während der Ehe vorbezogene Beträge nicht im Sinne von „Leistungen von Personalfürsorge-Einrichtungen“ nach Art. 197 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB zu qualifizieren und folglich nicht als Errungenschaft im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigen sind, obwohl die Liegenschaft, in die der Vorbezug investiert worden ist, in die Vorschlags- bzw. Rückschlagsberechnung einbezogen wird. Andernfalls würden die Vorbezüge bei der Scheidung zweimal berücksichtigt, nämlich einmal in der güterrechtlichen Auseinandersetzung und einmal beim Vorsorgeausgleich. Die investierten Vorsorgegelder sind güterrechtlich grundsätzlich wie **Drittmittel** zu behandeln¹⁵. Es handelt sich sozusagen um eine Schuld des ehelichen Vermögens an den Vorsorgeausgleich. Es ist somit nach den allgemeinen Grundsätzen des Güterstands aufgrund des Zeitpunkts des Erwerbs des Grundeigentums und der darin investierten Mittel zu entscheiden, ob es sich dabei um Eigengut oder Errungenschaft handelt.

Als Faustregel kann immerhin gesagt werden, dass bei einem Vorbezug für den Erwerb von Wohneigentum das Risiko eines Wertverlusts bzw. die Chance einer Wertvermehrung grundsätzlich auf die versicherte Person, die den Vorbezug getätigt hat, übergeht¹⁶. Falls nur der Erlös gemäss Art. 30d Abs. 5 BVG geteilt wird, trägt auch der andere Ehegatte ein Verlustrisiko; andererseits profitiert der andere Ehegatte dann von Wertvermehrungen, wenn die Liegenschaft Errungenschaft ist und ein Vorschlag resultiert.

5. Akt: Übertragung des Rückerstattungsanspruchs

Kann der verpflichtete Ehegatte (in aller Regel der Ehemann) die aufgrund von Art. 122 ZGB geschuldete Summe nicht bezahlen, weil sein Konto der beruflichen Vorsorge aufgrund eines Vorbezugs zuwenig Deckung aufweist, besteht die Möglichkeit, durch **Gestaltungsurteil** (sei es aufgrund der Überführung der Konvention ins Scheidungsurteil oder durch Richterspruch im Fall einer nicht einvernehmlichen Scheidung) die **Übertragung des Rückerstattungsanspruchs aus dem Vorbezug** ganz oder teilweise an die Vorsorgeeinrichtung des anderen Ehegatten anzuordnen.¹⁷ Durch eine solche Übertragung geht das für den Veräusserungsfall im Grundbuch angemerkte Rückforderungsrecht der Vorsorgeeinrichtung des zum Vorbezug berechtigten Versicherungsnehmers, sprich des einen Ehegatten, an die Vorsorgeeinrichtung des anderen Ehegatten über.¹⁸ Damit ist der Anspruch dieses Ehegatten nach Art. 122 ZGB im Umfang der Übertragung **erfüllt**. Ein gewisser Nachteil dieser Lösung liegt darin, dass auf der so übertragenen Summe kein Zins geäufnet werden kann, doch ist dieser Nachteil im Vergleich zur Situation, wo die Liegenschaft sonst verkauft werden müsste, wohl meist das kleinere Übel.

¹⁴ Eingehendere Hinweise bei Geiser, 93 f.

¹⁵ Wolf, 255.

¹⁶ Schwenger, Praxiskommentar Scheidungsrecht, N 49 zu Art. 122.

¹⁷ Da nicht eine Zession im technischen Sinn gemäss Art. 164 OR vorliegt, sollte von Übertragung und nicht von Zession gesprochen werden.

¹⁸ Moser, Anwendungsfragen, 16 f.

Gerade im Zusammenhang mit solchen Übertragungen ist auf die **Bestätigung** der beteiligten Einrichtungen der beruflichen Vorsorge über die Durchführbarkeit der getroffenen Regelung besonderes Augenmerk zu richten, um Vollzugsprobleme zu vermeiden; diese Bestätigung ist im Einigungsfall gemäss Art. 141 Abs. 1 ZGB ja ohnehin stets zu erbringen.¹⁹

Hatte der berechnete Ehegatte bis anhin keine eigene Vorsorgeversicherung, d.h. ist das übertragene (rechnerische) Kapital der beruflichen Vorsorge sein einziges Vorsorgeguthaben, ist das Vorsorgeverhältnis dieser Partei auf der Leistungsseite faktisch suspendiert, solange nicht eine (mindestens teilweise) Rückzahlung getätigt oder eine **Zusatzversicherung für den Todes- oder Invaliditätsfall** abgeschlossen wird. Es dürfte in einem Fall, wo der berechnete Ehegatte noch keiner Vorsorgeeinrichtung angeschlossen ist, notwendig sein, vor der Übertragung des Rückerstattungsanspruchs ein Freizügigkeitskonto einzurichten. Ob eine Zusatzversicherung abgeschlossen werden kann, wenn noch gar kein effektives Vorsorgeguthaben vorhanden ist, müsste bei einer Freizügigkeitseinrichtung eruiert werden. Es könnte sich allenfalls empfehlen, mindestens einen gewissen, eher symbolischen Betrag vom Vorsorgekonto des anderen Ehegatten tatsächlich zu übertragen, um dieses Problem zu vermeiden.

Der Vorsorgenehmer der übertragenden Vorsorgeeinrichtung kann sich nach einer Übertragung gestützt auf Art. 22 Abs. 3 FZG **wiedereinkaufen**, was für ihn steuerlich vorteilhaft sein kann.

Zu beachten ist, dass eine solche Übertragung bei einer Liegenschaft im **Gesamteigentum** nicht möglich ist, da die Belastung interner Anteile am Gesamteigentum nicht zulässig ist (vgl. Art. 800 Abs. 2 ZGB) und in der Praxis der Grundbuchämter nur bei Ehepaaren, nicht aber bei geschiedenen Eheleuten akzeptiert wird. Es muss deshalb zuerst das Gesamteigentum in Miteigentum umgewandelt werden. Das Gericht kann und sollte die beteiligten Vorsorgeeinrichtungen anweisen, die Anmerkung im Grundbuch entsprechend der Übertragung anpassen zu lassen. Die Anmerkung wird in einem solchen Fall auf dem Miteigentumsanteil desjenigen Ehegatten eingetragen werden müssen, an dessen Vorsorgeeinrichtung die Rückzahlungsforderung übertragen worden ist. Bei einer Aufteilung in **Miteigentum** kann ein bestehendes **Gesamtpfandrecht** nach Art. 798 Abs. 1 ZGB im übrigen weiterbestehen, wenn die Ehegatten **solidarische Haftung** übernehmen.

Als Nachteil dieser Lösung könnte sich erweisen, dass die Ehegatten nicht endgültig auseinandergesetzt werden; sie bleiben über das Miteigentum miteinander verbunden, was auch bei im Zeitpunkt der Scheidung gleichgesinnten Eheleuten später eine Streitquelle darstellen kann. Will man diesen Nachteil vermeiden und ist ein Transfer von Guthaben der beruflichen Vorsorge, aus welchen Gründen auch immer, nicht möglich, wird den Eheleuten in aller Regel nichts anderes übrig bleiben, als die Liegenschaft, auf der einer oder mehrere Vorbezüge lasten, zu **verkaufen**.

Bei der Übertragung solcher Rückerstattungsansprüche an die Vorsorgeeinrichtung des anderen Ehegatten spielt es nur dann eine Rolle, ob der Vorbezug allein oder gleichzeitig damit

¹⁹ Im Nichteinigungsfall kann das Scheidungsgericht nur festlegen, in welchem Verhältnis die Austrittsleistungen zu teilen sind, und muss nachher den Fall der Sozialversicherungsgerichtsbarkeit überweisen (vgl. Art. 142 Abs. 1 und 2 ZGB).

auch das Wohneigentum übertragen wird, wenn man bei den vorsorgerechtlich begünstigten Personen darauf abstellt, ob sie einen Anspruch auf Hinterlassenenrenten haben²⁰.

Bei einem **Wertverlust einer Liegenschaft mit BVG-Vorbezügen** sollten im weiteren die Höhe des in die Berechnung der Teilung der Austrittsleistungen einbezogenen Vorbezugs und die Höhe der an die Vorsorgeeinrichtung des anderen Ehegatten übertragenen Rückerstattungsanspruchs so festgelegt werden, dass ein billiger Ausgleich der Interessen der Ehegatten möglich ist. Je höher der in die Berechnung der Austrittsleistung eingesetzte Vorbezug ist, desto niedriger sollte die übertragene Rückzahlungsforderung festgelegt werden. Spielraum besteht auch bei einer allfälligen güterrechtlichen Ausgleichszahlung.

Dies soll an einem **Beispiel** verdeutlicht werden: Der Ehemann hat auf einer in seinem Eigentum stehenden Liegenschaft einen Vorbezug von Fr. 80'000.00 getätigt und Fr. 360'000.00 Hypothekendarlehen aufgenommen. Die Liegenschaft ist nur noch Fr. 420'000.00 wert. Es sei angenommen, dass beide Ehegatten bei Heirat kein Vorsorgeguthaben hatten. Bei der Scheidung beträgt die Austrittsleistung des Ehemanns inklusive Vorbezug Fr. 100'000.00, jene der Ehefrau immer noch Fr. 0. Die Ehefrau hätte somit *Fr. 50'000.00* als hälftige Austrittsleistung zugute. Weil der Ehemann Fr. 80'000.00 vorbezogen hat, kann er mit den restlichen, auf dem Vorsorgekonto noch vorhandenen Fr. 20'000.00 diesen Anspruch nicht erfüllen. Eine mögliche Lösung bestünde nun darin, den Vorbezug nur mit Fr. 60'000.00 in die Teilungsrechnung einzubeziehen, mithin jener Summe, die der Vorsorgeeinrichtung des Ehemanns nach Art. 30d Abs. 5 BVG aktuell noch geschuldet wäre (Fr. 420'000.00 Verkehrswert minus Hypothek Fr. 360'000.00).²¹ In diesem Fall betrüge der Anspruch der Ehefrau theoretisch noch *Fr. 40'000.00* (Hälfte von Fr. 20'000.00 Guthaben des Ehemanns plus Hälfte von Fr. 60'000.00 Vorbezug). Diesen Anspruch könnte der Ehemann mit seinem aktuellen Guthaben von Fr. 20'000.00 immer noch nicht erfüllen; es wäre aber z.B. möglich, vom Vorsorgekonto des Ehemanns auf jenes der Ehefrau Fr. 10'000.00 zu transferieren (mit Verzinsung) und Fr. 30'000.00 des Rückerstattungsanspruchs aus dem BVG-Vorbezug an die Vorsorgeeinrichtung der Ehefrau (ohne Verzinsung).

6. Akt: Grundbuchliche Aspekte

Eine **Veräusserungsbeschränkung** aufgrund eines Vorbezugs von BVG-Kapital ist im Grundbuch anzumerken (Art. 30e Abs. 2 BVG). Da damit kein Pfandrecht begründet wird²², müssen in der Grundbuchanmeldung weder Höhe noch Datum des Vorbezugs angegeben werden. Es obliegt der Vorsorge-Einrichtung, diese Anmerkung dem Grundbuchamt gleichzeitig mit der Auszahlung des Vorbezugs anzumelden. Die Anmerkung hat zur Folge, dass das Eigentum an diesem Wohnobjekt nur an einen Dritten übertragen werden kann, wenn der bisherige Eigentümer oder die bisherige Eigentümerin nachweist, dass der Vorbezug an eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge zurückbezahlt worden ist.

Die Anmerkung wirkt direkt auf die Verfügungsbefugnis der versicherten Person und hat so einen relativen, **personenbezogenen Charakter**. Dritten gegenüber kommt ihr nur eine deklaratorische Bedeutung zu. Die Anmerkung wirkt aus diesem Grund nicht wie ein Pfandrecht

²⁰ Vgl. vorne, 2. Akt.

²¹ Vgl. dazu vorne, 4. Akt.

²² Der Gesetzgeber hat bewusst auf die Sicherung des Vorbezugs durch ein Pfandrecht verzichtet und den administrativ einfacheren Weg der Anmerkung gewählt.

und kann auch keine Rangwirkungen begründen. Es können trotz Bestehen einer solchen Anmerkung neue Pfandrechte begründet werden.

Bei der geschilderte Übertragung eines Teils oder des ganzen Rückerstattungsanspruchs von einer Vorsorgeeinrichtung an eine andere Vorsorgeeinrichtung im Rahmen einer einvernehmlichen Ehescheidung könnte die **praktische grundbuchliche Abwicklung** wie folgt aussehen.²³

Schritt 1: Einigung der Ehegatten vor Einreichung des Scheidungsverfahrens oder im Rahmen einer Gerichtsverhandlung über die zu übertragende Summe²⁴.

Schritt 2: Einholen der Durchführbarkeitserklärungen beider Vorsorgeeinrichtungen.

Schritt 3: Scheidungsurteil mit Anweisungen an beide Vorsorgeeinrichtungen, beim Grundbuchamt die Anmerkungen anpassen zu lassen.²⁵

Schritt 4: Nach Rechtskraft des Urteils Mitteilung des Gerichts an das Grundbuchamt, bei dem die Anmerkung zugunsten der übertragenden Vorsorgeeinrichtung eingetragen ist.

Schritt 5: Nach Rechtskraft des Scheidungsurteils Anweisung des Gerichts an beide beteiligten Vorsorgeeinrichtungen.

Schritt 6: Überwachung des Vollzugs durch das Gericht.

Zur **Löschung der Anmerkung** bedarf es immer einer schriftlichen Erklärung der Vorsorgeeinrichtung in ihrer Eigenschaft als durch den zu löschenden Eintrag berechnigte Partei (vgl. Art. 964 Abs. 1 ZGB). Zu beachten ist, dass das Gericht das Grundbuchamt nicht selbst anweisen kann, eine solche Anmerkung zu löschen. Wird das Eigentum an einer Liegenschaft im Rahmen der Scheidung an den anderen Ehegatten übertragen, hat das Grundbuchamt die gemäss Anmerkung berechnigte Vorsorgeeinrichtung gestützt auf Art. 969 ZGB selbständig und unabhängig vom Scheidungsgericht zu avisieren.

Werden vorgängig die Durchführbarkeitserklärungen der beteiligten Vorsorgeeinrichtungen eingeholt, sollte es beim grundbuchlichen Vollzug eigentlich keine Probleme mehr geben. Sollte sich tatsächlich eine der beteiligten Vorsorgeeinrichtungen weigern, die Anmerkung im Grundbuch anzumelden, anzupassen oder zu löschen, müsste der daraus berechnigte Ehegatte als Versicherungsnehmer wohl den Weg der **Sozialversicherungsgerichtsbarkeit** beschreiten und die sich weigernde Vorsorgeeinrichtung auf Vollzug verklagen.

Weitere Informationen können zwei **Weisungen des Eidg. Amts für Grundbuch- und Bodenrecht** vom 29.12.1994 bzw. 28.02.1995 an die Grundbuchämter betreffend Anmerkung

²³ Der Autor dankt Dr. Roland Pfäffli, Kreisgrundbuchamt X Thun, für seine Hinweise. Wird gleichzeitig auch das Eigentum an der Liegenschaft übertragen, hat das Gericht nach Rechtskraft des Scheidungsurteils natürlich das Grundbuchamt noch anzuweisen, den Eigentumsübergang vorzunehmen.

²⁴ Zur Formulierung einer entsprechenden Klausel vgl. hinten, 8. Akt.

²⁵ Es werden bei teilweiser Übertragung des Rückerstattungsanspruchs zwei Veräusserungsbeschränkungen im Grundbuch angemerkt sein (zwei Vorsorgeeinrichtungen als Gläubigerinnen). Bei vollständiger Übertragung ist die Anmerkung zugunsten der ursprünglich berechnigten Vorsorgeeinrichtung durch diese selbst im Grundbuch löschen zu lassen.

und Löschung einer Veräusserungsbeschränkung entnommen werden, die im Internet abrufbar sind²⁶.

7. Akt: Steuerliche Aspekte

Wie bei jeder rechtlichen Transaktion gilt es auch im Zusammenhang mit Vorbezügen der beruflichen Vorsorge die steuerliche Seite im Auge zu behalten, wobei das Gericht hier selbstverständlich wiederum nicht die Rolle eines (Steuer-)Beraters übernehmen kann, im Rahmen der richterlichen Entscheidungsfindung die Auswirkungen der Transaktionen aber zumindest summarisch prüfen sollte.

Das gesamte vorbezogene Vorsorgeguthaben kommt im Zeitpunkt des Vorbezugs als Kapitalleistung aus Vorsorge zur Besteuerung.²⁷ Bei der **Rückzahlung des Vorbezugs** wird der auf der Auszahlung erhobene Steuerbetrag ohne Zins zurückerstattet (Art. 14 Abs. 2 WEFV). Für die Rückerstattung des Steuerbetrags ist ein schriftliches Gesuch an diejenige Behörde zu richten, die ihn erhoben hat (Art. 14 Abs. 3 WEFV). Die Rückerstattung muss innerhalb einer **Verwirkungsfrist von 3 Jahren** ab Datum der Rückzahlung geltend gemacht werden (Art. 83a Abs. 3 BVG). Der Abzug des wieder einbezahlten Vorbezugs vom steuerbaren Einkommen ist wegen der Rückerstattung des Steuerbetrags nicht möglich.²⁸

Ob die **Übertragung einer Rückzahlungsforderung** an die Vorsorgeeinrichtung des anderen Ehegatten Steuerfolgen auslöst, ist soweit ersichtlich noch nicht entschieden worden. Hier könnte sich allenfalls eine Nachfrage bei den involvierten Steuerverwaltungen lohnen. Gemäss erster Einschätzung der Eidg. Steuerverwaltung sollte eine solche Transaktion steuerneutral abgewickelt werden können.²⁹

Nebenbei sei aus praktischer Sicht noch angemerkt, dass eine **Verpfändung** des Anspruchs auf Vorsorgeleistungen nach Art. 30b BVG unter Umständen die vorteilhaftere Lösung als ein Vorbezug sein kann. Die Verpfändung ist steuerlich interessant, weil im Gegensatz zum Vorbezug keine Steuern anfallen und die Darlehenszinsen in vollem Umfang steuerlich abzugsfähig sind. Zudem schmälert eine Verpfändung im Gegensatz zum Vorbezug den Vorsorgeanspruch im Zeitpunkt der Pensionierung nicht.

8. Akt: Musterklauseln und Berechnungsbeispiele

Im Folgenden finden sich zwei gerichtlich genehmigte Klauseln für die Formulierung von Ehescheidungskonventionen, in denen es um Liegenschaften mit Vorbezügen aus der beruflichen Vorsorge ging. Zu beachten ist, dass Konventionsklauseln sehr genau auf den konkreten Fall abzustimmen sind, weshalb die nachfolgenden Formulierungen als blosse Anregungen zu verstehen sind.

²⁶ www.grundbuchverwalter.ch, Rubrik Infos.

²⁷ Kreisschreiben Nr. 23 der Eidg. Steuerverwaltung vom 05.05.1995, Ziff. 2.1, abrufbar im Internet unter www.estv.admin.ch/data/dvs/druck/kreis/d/w95-023d.pdf.

²⁸ A.a.O., Ziff. 2.3.

²⁹ Telefon des Autors mit der Eidg. Steuerverwaltung vom 03.11.2003.

Ausgangslage für **Klausel 1**³⁰: Liegenschaft Eigengut des Ehemanns; Verkehrswert im Scheidungszeitpunkt tiefer als Kaufpreis; BVG-Vorbezug des Ehemanns; keine Hypothekarerhöhung möglich; vollständige Übertragung des Rückerstattungsanspruchs an die Vorsorgeeinrichtung der Ehefrau ohne Übertragung der Liegenschaft selbst; keine ausreichenden Mittel zur vollständigen direkten vorsorgerechtlichen Abfindung der Ehefrau vorhanden.

„Ehegatte X erklärt sich damit einverstanden und ist dafür besorgt, dass der auf der Liegenschaft Grundbuchblatt-Nr. ... angemerkte Rückerstattungsanspruch zugunsten seiner Vorsorgeeinrichtung A (Vorbezug von Fr. ... im Jahr ...) durch die Vorsorgeeinrichtung A an die Vorsorgeeinrichtung des Ehegatten Y (Vorsorgeeinrichtung B) abgetreten wird und die entsprechende Anmerkung im Grundbuch gelöscht wird. Ehegatte Y erklärt sich damit einverstanden, dass auf der Liegenschaft Grundbuchblatt-Nr. ... eine entsprechende Veräusserungsbeschränkung zugunsten der Vorsorgeeinrichtung B angemerkelt wird.“

Ausgangslage für **Klausel 2**³¹: Ehegatten mit Miteigentum; nur Ehemann hat Vorsorgeguthaben; definitive Aufteilung seiner Austrittsleistung nach Art. 122 ZGB unter Berücksichtigung des Vorbezugs nicht möglich, da bestehendes Guthaben ohne Vorbezug kleiner als Anspruch Ehefrau.

„Die Parteien einigen sich, vom Vorsorgekonto des Ehemannes bei der Vorsorgeeinrichtung A die Hälfte der per Datum X bestehenden Austrittsleistung auf das Freizügigkeitsguthabekonto der Ehefrau bei der ... zu übertragen.

Die Durchführbarkeit der Übertragung wurde von der Vorsorgeeinrichtung des Ehemanns mit Schreiben vom Datum Y bestätigt.

Die Rückzahlung an die Vorsorgeeinrichtung gemäss Art. 30d BVG beim Verkauf der ehelichen Liegenschaft hat je zur Hälfte auf die Vorsorgekonten der Parteien zu erfolgen.

Die Liegenschaft Gbbl-Nr. Z, die je im hälftigen Eigentum der Ehegatten steht, wird so rasch als möglich verkauft.

Beim Verkauf werden vorgängig folgende Beträge abgezogen:

- die dazumalige Hypothekarschuld (zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der vorliegenden Konvention beträgt sie Fr. ...)
- Handänderungsgebühren und Spesen, Kosten Immobilienmakler
- gegebenenfalls Liegenschaftsgewinnsteuern
- Rückzahlung an die Vorsorgekonten der Parteien (Vorbezug im Rahmen der Wohneigentumsförderung am Datum T im Betrag von Fr. ...)

Nach Abzug der obgenannten Beträge haben die Parteien Anspruch auf die Hälfte des dann zumaligen Nettoverkaufserlöses.

Liegt der Verkaufspreis tiefer, wird auch der Verlust zwischen den Parteien je zur Hälfte aufgeteilt.

³⁰ Mit Ehescheidungs Urteil des Gerichtspräsidenten 4, Gerichtskreis X Thun, vom 12.08.2003 genehmigte Konventionsklausel.

³¹ Diese Klausel verdankt der Autor RA Beatrice Abegglen, Solothurn. Sie wurde mehrmals gerichtlich genehmigt. Eine ähnlich lautende Konventionsklausel, wo der Verkauf aber erst für das Jahr 2008 vorgesehen ist, wird derzeit vom BSV im Rahmen eines kantonalen Appellationsverfahrens auf ihre Zulässigkeit geprüft, weil eine Transaktion, die erst in 5 Jahren stattfinden soll, als problematisch angesehen wird, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Überwachung des Vollzugs.

Bis zum Verkauf der Liegenschaft wird sie vom Ehegatten S bewohnt, der auch sämtliche damit zusammenhängenden Kosten (ausgenommen die Zwangsamortisation, die von den Parteien je hälftig getragen wird) alleine trägt.“

Im Folgenden finden sich **Beispiele mit Berechnungen und Lösungsmodellen**, die freundlicherweise von Gerichtspräsident Hans Ulrich Gerber, Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, zur Verfügung gestellt worden sind.³²

Ausgangslage:

Mann	Noch vorhandene Mittel	60'000	
	Vorbezug	150'000	
	Vorehelich aufgezinnt	20'000	
	Total massgeblich für Ausgleich	190'000	
Frau	Vorhandene Mittel		30'000
	Vorehelich aufgezinnt		20'000
	Total massgeblich für Ausgleich		10'000
	Ausgleichsanspruch		90'000

Fallbeispiele A:

Liegenschaft ist und bleibt im Alleineigentum des Mannes

Keine Rückzahlungspflicht

Lösungsvariante 1:

Teilrückzahlung von mindestens 40'000

- durch Aufstockung Hypothek
- oder aus anderen liquiden Mitteln

dann normale Anweisung nach 122 ZGB

Lösungsvariante 2:

Anweisung von 50'000 gemäss 122 ZGB
plus Entschädigung von 40'000 gemäss 124 ZGB

Lösungsvariante 3:

Anweisung von 50'000 gemäss 122 ZGB
plus Übertragung des Rückerstattungsanspruchs von 40'000 mit Anweisung, die Anmerkung im Grundbuch zu veranlassen

Nachteil: Frau hat kein Eigentum und trägt Wertrisiko mit, die übertragene Forderung bleibt unverzinst

³² Erste Präsentation an einer Weiterbildungsveranstaltung vom 29.05.2002.

Fallbeispiele B:

Liegenschaft steht im Miteigentum der Ehegatten zu je $\frac{1}{2}$

Variante B 1:

Übertrag der Liegenschaft ins Alleineigentum des Mannes

Keine Rückzahlungspflicht, wenn Mann vorsorgerechtlich begünstigt

Lösungsvariante 1:

Teilrückzahlung von mindestens 40'000

- durch Aufstockung Hypothek
- oder aus anderen liquiden Mitteln, z.B. Güterrecht

dann normale Anweisung nach 122 ZGB

Lösungsvariante 2:

Anweisung von 50'000 gemäss 122 ZGB

plus Entschädigung von 40'000 gemäss 124 ZGB

Lösungsvariante 3:

Anweisung von 50'000 gemäss 122 ZGB

Plus Übertragung des Rückerstattungsanspruchs von 40'000 mit Anweisung, die entsprechende Anmerkung im Grundbuch zu veranlassen

Nachteil: Frau hat kein Eigentum und trägt Wertrisiko mit, die übertragene Forderung bleibt unverzinst

Variante B 2:

Übertrag der Liegenschaft ins Alleineigentum der Frau

Keine Rückzahlungspflicht, wenn Frau vorsorgerechtlich begünstigt

Lösungsvariante 1:

Volle Rückzahlung des Vorbezuges

- durch Aufstockung Hypothek
- oder aus anderen liquiden Mitteln, z.B. Güterrecht

dann normale Anweisung nach 122 ZGB

Lösungsvariante 2:

Übertragung des Rückerstattungsanspruchs von 90'000 an Einrichtung der Frau mit Anweisung, die entsprechende Anmerkung zu veranlassen

Nachteil: Mann hat kein Eigentum und trägt Wertrisiko mit, der Restvorbezug von 60'000 bleibt unverzinst

Untervariante: Baranweisung von 15'000 und Übertragung von 75'000

Vorteil: beide haben gleich viel Vorsorgegeld am Zins

Nachteil: Mann hat kein Eigentum und er trägt Wertrisiko mit, der Restvorbezug von 75'000 bleibt unverzinst

Lösungsvariante 3:

Übertrag des Rückerstattungsanspruchs von 90'000 an Einrichtung der Frau und Anweisung, die entsprechende Anmerkung im Grundbuch zu veranlassen

Plus Teilrückzahlung von 60'000

- durch Aufstockung Hypothek
- oder aus anderen liquiden Mitteln, z.B. Güterrecht

Variante B 3:

Liegenschaft bleibt im Miteigentum zu je $\frac{1}{2}$ auch nach der Scheidung

Keine Rückzahlungspflicht

Lösungsvariante 1:

Baranweisung von 15'000 und Übertragung von 75'000

Vorteil: beide haben gleiches Risiko und gleich viel Vorsorgegeld am Zins

Lösungsvarianten 2 bis 4:

wie bei Fallbeispiel A

Fallbeispiele C:

Liegenschaft steht im Gesamteigentum beider Ehegatten

Variante C 1: Übertragung ins Alleineigentum des Mannes

Lösungsvarianten: vgl. Fall A

Variante C 2: Übertragung ins Alleineigentum der Frau

Lösungsvarianten: vgl. Fall B 2

Variante C 3: Verbleib im Gesamteigentum beider

Lösungsvarianten: vgl. Fall A 1 und 2.

Achtung: Keine Übertragung des Rückerstattungsanspruchs, da Anmerkung der Veräußerungsbeschränkung nur möglich bei Ehegatten, nicht bei Geschiedenen

Variante C 4: Aufteilung in Miteigentum zu je $\frac{1}{2}$

Lösungsvarianten: vgl. Fall B 3

Epilog: Literaturverzeichnis (Stand 14.11.2003)

Regina Aebi-Müller, Vorbezüge für Wohneigentum bei Scheidung: Wer trägt den Zinsverlust?, ZBJV 2001, S. 132 ff.

Rolf Brunner, Die Berücksichtigung von Vorbezügen für Wohneigentum bei der Teilung der Austrittsleistung nach Art. 122 ZGB, ZBJV 2000, S. 525 ff.

Thomas Geiser, Vorsorgeausgleich: Aufteilung bei Vorbezug für Wohneigentumserwerb und nach Eintreten eines Vorsorgefalls, FamPra 2002, S. 83 ff.

Thomas Koller, Vorbezüge für den Erwerb von Wohneigentum und Vorsorgeausgleich bei der Scheidung: wer trägt den Zinsverlust? – Ein weiterer Diskussionsbeitrag, ZBJV 2001, S. 137 ff.

Markus Moser, Die Anforderungen des neuen Wohneigentumsförderungsgesetzes, SZS 1995, S. 115 ff., 200 ff. (zitiert: Moser, Anforderungen)

Markus Moser, Aktuelle Anwendungsfragen im Zusammenhang mit dem Wohneigentumsförderungsrecht der beruflichen Vorsorge, SJZ 1998, S. 15 ff. (zitiert: Moser, Anwendungsfragen)

Werner Nussbaum, Wohneigentumsförderung mit den Mitteln der beruflichen Vorsorge, in Hans Schmid (Hrsg.), Berufliche Vorsorge – Freizügigkeit und Wohneigentumsförderung, Bern 1995, S. 43 ff.

Felix Schöbi, Die Wohneigentumsförderung mit den Mitteln der beruflichen Vorsorge, recht 1995, S. 45 ff.

Ingeborg Schwenzer, Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel/Genf/München 2000

Stephan Wolf, Grundstücke in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung, ZBJV 2000, S. 241 ff.

Im Januar 2004 wird zudem ein Buch von Katerina Baumann und Margareta Lauterburg mit dem Titel „Evaluation Vorsorgeausgleich“ herauskommen, in dem die Praxis von 7 Scheidungsgerichten zum Bereich berufliche Vorsorge dargestellt wird; anhand des vorab dazu in FamPra 2003, 745 ff. erschienen Artikels „Teilen? Teilen!“ ist jedoch offen, ob sich die Autorinnen im Buch zur Problematik von BVG-Vorbezügen eingehend äussern werden.

AUS DER PRAXIS DER ANKLAGEKAMMER IN DEN JAHREN 2000 - 2003

VERFASSER: OBERRICHTER STEPHAN STUCKI

Inhalt

Vorbemerkungen

1. Eröffnungspflicht	46
2. Die Konstitution als Privatkläger	47
3. Zur Zulässigkeit der Privatklage (Legitimation)	50
4. Rekurslegitimation der Staatsanwaltschaft (Art. 272 StrV)	54
5. Beschwerderecht Angehöriger bei Obduktion	55
6. Rechtliches Gehör vor Kostenaufgabe	56
7. Mitwirkungs- und Teilnahmerechte der Parteien bei Untersuchungshandlungen	57
8. Anklagegrundsatz und Informationspflicht über die Anschuldigung	58
9. Beschlagnahme und Vernichtung von Hanf	59
10. Fragen beim Beweisrekurs	61
11. Vorzeitiger Strafantritt / Kollusionsgefahr	64
12. Zwangsmassnahmen / Sitzungspolizei	65
13. Zum Begriff Strafverfolgungsbehörde	68
14. Verfahren vor dem Strafeinzelgericht	69
15. Akteneinsicht und Datenschutz	70

Vorbemerkungen

Die nachfolgende Darstellung ist eine Auswahl und damit willkürlich. Es wurde versucht, vorzutragen, was für die Strafverfolgungsorgane und urteilenden Gerichte in der täglichen Praxis von Interesse sein kann. Die Darstellung ist nach Themen gegliedert, nimmt vereinzelt Bezug auf frühere Entscheide oder feststehende Praxis der Anklagekammer und enthält pro Thema ein oder mehrere Entscheidungen. Auf die Wiedergabe von Fällen, welche materielles Strafrecht beschlagen, wird verzichtet, ebenso auf die Darstellung der Genehmigungsentscheidungen nach BÜPF, des Haftrechts und der Ablehnungspraxis.

Bekanntlich wird in den Fällen von Art. 322 Ziffer 1 StrV (Nichteintreten/Nichteröffnung/Aufhebung der Strafverfolgung) von der Generalprokuratur Antrag gestellt (Art. 326 Abs. 1 StrV). Folgt die Kammer dem Antrag, kommt dies eingangs der Entscheidung durch die Wendung „nach Antrag des Generalprokurators“ (bzw. Stellvertreters) zum Ausdruck; bei Abweichung von diesem Antrag heisst es (selten) „nach Anhörung des Generalprokurators.“ Die Generalprokuratur hat somit wesentlichen Anteil an der Rechtsprechung der Anklagekammer.

1. Eröffnungspflicht

AK Nr. 521/2003 i.S. B. (Eröffnungspflicht; besonderes Gewaltverhältnis)

B. machte geltend, sie sei anlässlich einer unbewilligten Demonstration von Polizeibeamten gepackt, weggerissen und/oder -getragen, auf den Boden gedrückt und in Handschellen ge-

legt worden, wobei sie verletzt worden sei. Sie erstattete wegen Körperverletzung Strafanzeige und legte ein Arztzeugnis bei, welches an Handgelenk, Ringfinger und Fussknöchel Verletzungszeichen auflistete. Untersuchungsbehörde und Staatsanwaltschaft beschlossen Nichteröffnung der Strafverfolgung. Zwar seien die Verletzungen von B. geeignet, den objektiven Tatbestand von Art. 123 StGB zu erfüllen. Dagegen sei zweifelhaft, ob die verdächtigten Polizeibeamten vorsätzlich gehandelt hätten. Vielmehr sei der Einsatz von körperlichem Zwang zur Auflösung der unbewilligten Demonstration gesetz- und verhältnismässig gewesen, weshalb die Beamten, selbst wenn sie überhaupt ausfindig hätten gemacht werden können, durch ihre Berufspflicht im Sinne von Art. 32 StGB gerechtfertigt gehandelt hätten. Gegen diesen Entscheid führte B., welche sich als Privatklägerin konstituiert hatte, Rekurs.

Die Anklagekammer erwog, der objektive Tatbestand der Körperverletzung sei durch das Arztzeugnis ausgewiesen. Ferner sei nicht auszuschliessen, dass diese Verletzungen der B. durch die sie anhaltenden Polizeifunktionäre zugefügt worden seien. Die Untersuchungsbehörde habe aber die Strafverfolgung zwingend zu eröffnen, wenn wie hier Anzeige erstattet worden sei und kein Fall des Nichteintretens im Sinne von Art. 227 StrV vorliege (MAURER, Das bernische Strafverfahren, S. 348; AK Nr. 326/01 i.S. A.Q.). Insbesondere könne auch nicht, abgestützt auf die seit 1. August 2003 geltende Fassung von Art. 227 StrV, gesagt werden, die Strafanzeige sei offensichtlich unbegründet. Wie die Anklagekammer im Fall Nr. 451/2003 entschieden habe, gelte die Eröffnungspflicht namentlich und gerade in Fällen von Delikten gegen die körperliche Integrität, die sich in Gefängnissen, Bewachungsstationen oder ähnlichen Institutionen mit staatlichen besonderen Gewaltverhältnissen gegenüber Rechtsunterworfenen wie hier bei der Polizei ereignet haben sollen. Der angefochtene Beschluss wurde deshalb aufgehoben und die Sache zur Eröffnung der Strafverfolgung gegen unbekannte Täterschaft wegen einfacher vorsätzlicher, ev. fahrlässiger Körperverletzung, ev. Tötlichkeit an die Untersuchungsbehörde zurückgewiesen. Diese werde Dienst- und Einsatzpläne der Polizei zu edieren haben etc. Erst nach diesen Ermittlungen werde geklärt werden können, ob die Strafverfolgung mangels Ermittlung der Täterschaft nach Art. 235 einzustellen sei, oder ob gegen bestimmte Personen zu eröffnen sei, in welchem Verfahren dann die Fragen von Vorsatz und Rechtfertigungsgrund zu prüfen wären.

2. Die Konstitution als Privatkläger

Allgemeines

Die Thematik wird hier vorweggenommen und etwas ausführlicher behandelt, weil in der Praxis in diesem Bereich offensichtlich - nach wie vor - Unsicherheit herrscht.

Beim Rekurs gegen Nichteintretens-, Nichteröffnungs- oder (seltener) Aufhebungsbeschlüssen stellt sich immer wieder die Frage, ob sich der Privatkläger gültig als solcher konstituiert hat. Das ist im Rekurs als Vorfrage zu prüfen. Zum Rekurs gemäss Art. 322 Ziffer 1 StrV ist unter anderem legitimiert die Privatklägerschaft sowie Opfer im Sinne des Opferhilfegesetzes, die sich noch nicht als Privatkläger konstituiert haben, indem sie die Eröffnung der Strafverfolgung oder die Überweisung an das urteilende Gericht beantragen können (Art. 323 Abs. 1 Ziff. 2 StrV).

Die Konstituierung als Privatkläger erfolgt gemäss Art. 47 StrV schriftlich oder mündlich zu Protokoll

(1.) durch eine Erklärung zuhanden der Strafverfolgungs- oder Gerichtsbehörden, man verlange Bestrafung einer angeschuldigten Person **und** wolle im Verfahren Parteirechte ausüben (also eine Doppelvoraussetzung!) , oder aber

(2.) durch Einreichen einer Zivilklage aus strafbarer Handlung bei den gerichtlichen Behörden.

Gemäss langjähriger Praxis der Anklagekammer wird eine **Konstituierung erst im Rekursverfahren als verspätet** erachtet, was Nichteintreten auf den Rekurs zur Folge hat (ZBJV 121/1985 523, 117/1981 457). Diese Praxis ist nach Auffassung des Bundesgerichts verfassungsrechtlich grundsätzlich haltbar (BGE 119 Ia 6 E. 2b; vgl. AESCHLIMANN, Einführung in das Strafprozessrecht, N 570). Die Strafverfolgungs- und Gerichtsbehörden sind im Allgemeinen auch nicht verpflichtet, einen Geschädigten auf die Möglichkeit der Privatklage hinzuweisen. Ist die Abhörung des Verletzten - habe er selber Anzeige eingereicht oder nicht - im Verfahren ohnehin nötig, hat ihn die einvernehmende Behörde indessen darüber zu befragen, ob er als Privatkläger oder Zeuge abgehört werden wolle und ihm Gelegenheit zu geben, sich zur Frage der Privatklägerschaft zu äussern. Hat sich jemand in der Anzeige die Konstituierung als Privatkläger vorbehalten, ist ihm von der Untersuchungsbehörde die Möglichkeit einzuräumen, eine vorbehaltlose Erklärung abzugeben (AESCHLIMANN, N 569). In all diesen Fällen besteht somit eine gewisse Ab- bzw. Aufklärungspflicht der Untersuchungsbehörde.

Ist eine Einvernahme nicht notwendig, besteht zudem - aufgrund des Gebots von Treu und Glaube im Verfahren und des Verbots des überspitzten Formalismus - eine **Rückfragepflicht** der Untersuchungsbehörde, wenn die schriftlichen Eingaben, insbesondere von Laien, Zweifel darüber aufkommen lassen, ob die als verletzt bezeichnete Person am Verfahren teilnehmen will; diesfalls ist ihr Gelegenheit zu einer eindeutigen Willenserklärung zu verschaffen. Bereits im erwähnten Entscheid 119 Ia 4 ff (1993) hatte das Bundesgericht erklärt, dass eine Konstituierung auch noch in der Rekurschrift zugelassen werden müsse, wenn die Strafanzeige oder eine spätere Eingabe des Verletzten an die Untersuchungsbehörden Elemente enthalten habe, die nach den Fallumständen als Willenserklärung zu einer Privatklage hätten verstanden werden können, für sich allein aber nicht eindeutig gewesen seien.

BGE 1P 199/2002 vom 13. Juni 2002 (ad. AK Nr. 066/2002; Rückfragepflicht betreffend Wille zur Privatklage) :

In diesem Entscheid hat das Bundesgericht die oben wiedergegebene Rechtslage bestätigt und präzisiert :

Dem Verfahren lag eine Anzeige wegen Betruges bei einer Kreditvermittlung sowie eine Gegenanzeige wegen falscher Anschuldigung und Irreführung der Rechtspflege zu Grunde. Die Beschwerdeführer, welche den Betrug zur Anzeige gebracht hatten, gaben keine formelle Privatklage-Erklärung ab. In ihrer Anzeige sicherten sie jedoch der Untersuchungsbehörde ihre Zusammenarbeit zu und boten an, den Sachverhalt eingehender zu erläutern, sobald sie dazu aufgeboten würden. Zudem baten sie, über den Stand des Verfahrens informiert zu werden, und schickten der Untersuchungsbehörde Schriftproben zu, nachdem diese ihnen mitgeteilt hatten, es würden demnächst Schriftvergleiche durchgeführt.

Der Untersuchungsrichter teilte nach Einvernahme der Beschwerdeführer als Auskunftsperson und als Angeschuldigte diesen den Schluss der Voruntersuchung mit und gab ihnen Gelegenheit, sich zum Ausgang des Verfahrens zu äussern, worauf die Beschwerdeführer Fristverlängerung wegen sprachlicher Schwierigkeiten und Beiordnung eines französischsprachigen Verteidigers verlangten. Bereits zuvor hatten die Beschwerdeführer verlangt, dass Bankkonten der Gegenpartei überprüft würden. Hinsichtlich Betrugsvorwurf erging ein Nichteröffnungsbeschluss von Untersuchungsrichter und Staatsanwalt, welcher von den auf Grund des behaupteten Betruges angeblich Geschädigten mit Rekurs angefochten wurde. Im Rekursverfahren gaben die Geschädigten, nunmehr vertreten durch einen Anwalt, eine Privatklage-Erklärung ab. Die Anklagekammer trat - in Befolgung der weiter oben erwähnten Praxis - auf den Rekurs nicht ein mit der Begründung, die Konstitution als Privatkläger erst im Rekursverfahren sei verspätet.

Die dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde hiess das Bundesgericht mit folgender Begründung gut : Die Beschwerdeführer hätten in ihrer (Laien-) Strafanzeige anboten, ihre Vorwürfe zu erläutern, wenn sie vorgeladen würden. Im Lauf der Untersuchung hätten sie

sich mehrmals nach dem Stand der Dinge erkundigt und auch Anträge zu Untersuchungshandlungen gestellt. Dadurch hätten sie sich war nicht explizit als Privatkläger konstituiert, doch hätten sie mit ihrem Verhalten unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, als Verfahrenspartei Mitwirkungsrechte ausüben zu wollen. Damit, dass der Untersuchungsrichter ihnen Gelegenheit gegeben habe, sich zum Ausgang des Verfahrens und namentlich zur beabsichtigten Nichteröffnung der Strafverfolgung wegen Betruges zu äussern, habe er zum Ausdruck gebracht, dass er sie als Partei bzw. Privatkläger betrachtet habe.

Wichtig erscheint die Fortsetzung dieser Begründung : Sollte der Untersuchungsrichter die Beschwerdeführer nicht als Verfahrenspartei betrachtet haben, so wäre er gemäss Bundesgericht auf Grund der Umstände nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, sich zu vergewissern, ob die Geschädigten sich als Privatkläger konstituieren wollten. Die Laieneingaben, auch wenn möglicherweise mit juristischem Beistand verfasst, hätten genügend Anlass zum Nachfragen gegeben. Und schliesslich : Unter diesen Umständen wäre auch noch die Anklagekammer des Obergerichts des Kantons Bern gehalten gewesen, die allfälligen Zweifel ausräumen zu lassen, oder den Parteien die vom mittlerweile beigezogenen Vertreter in der Rekurschrift nachgeholte Konstituierung als Privatkläger zu gewähren. Es komme überspitztem Formalismus und damit einer Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV gleich, den Beschwerdeführern die Stellung als Privatkläger und damit die Legitimation zum Rekurs zu verweigern. Entsprechend hat die Anklagekammer die Beschwerdeführer bei der Neu beurteilung als Privatkläger zugelassen und ist auf den Rekurs eingetreten.

Kommentar

Die Anklagekammer hat gelernt, und mit ihr zusammen lernen auch die Untersuchungsbehörden :

Strafanzeigen, erst recht solche mühsamer oder gar querulatorisch anmutender Qualität, bei welchen die Beteiligung des Anzeigers und Verletzten am Verfahren nicht besonders erwünscht ist, gilt es in formeller Hinsicht besondere Beachtung zu schenken. Zwar gilt nach wie vor, dass die Untersuchungsbehörde (oder das Gericht) den Geschädigten nicht auf die Möglichkeit der Privatklage hinweisen muss. Gibt der Anzeiger und Verletzte aber zu erkennen, dass er vom Ausgang des Verfahrens Kenntnis haben will, worauf er, abgesehen von den Opferhilfefällen, keinen Rechtsanspruch hat, und / oder stellt er sinngemäss Beweisanträge oder macht sonstwie Mitwirkungsrechte geltend, hat die Untersuchungsbehörde eine **Rückfragepflicht**. Damit ist praktisch folgerichtig auch eine **gewisse Aufklärungspflicht** verbunden, indem - jedenfalls bei Laien - die Untersuchungsbehörde den Anzeiger und Verletzten über die Möglichkeit der Privatklage orientieren und von ihm eine Erklärung verlangen muss, ob er sich im Verfahren als Privatkläger stellen will. Das kann beispielsweise durch eine briefliche Anfrage geschehen.

Unklare Verhaltensweise der Untersuchungsbehörde, wie etwa das Zustellen eines Nichteintretens- /Nichteröffnungs- oder Aufhebungsbeschlusses an einen Anzeiger, den die Untersuchungsbehörde selber nicht als Privatkläger ansieht, ist zu unterlassen. In zweifelhaften Fällen wird die Anklagekammer ihrerseits noch im Rekursverfahren zu klären haben, ob der Rekurrent Privatkläger sein will oder nicht, und eine nachträgliche formgerechte Konstitution erst im Rekursverfahren zulassen müssen.

AK Nr. 468/2002 (Konstitution als Privatkläger, Rückfragepflicht)

Im Entscheid W.B. gegen X. ist die Anklagekammer diesen Überlegungen folgend auf den Rekurs des W.B. eingetreten, obwohl dieser sich im Verfahren vor der Untersuchungsbehörde nicht formgültig als Privatkläger gestellt hatte :

W.B. hatte den Gerichtspräsidenten X. wegen Beschimpfung und Amtsmissbrauch angezeigt und sich „Parteirechte und Zivilansprüche vorbehalten“. Gegen den ergangenen Nichteintre-

tensentscheid führte er Rekurs. Die Anklagekammer hielt fest, der in der Strafanzeige enthaltene Hinweis, der Anzeiger werde sich Parteirechte und Zivilansprüche vorbehalten, stelle keine genügende Konstituierung als Privatkläger dar. Vom Untersuchungsrichter sei W.B. aber als solcher behandelt worden, indem dieser ihm den Nichteintretensentscheid eröffnet habe. Zu eröffnen sei ein solcher Entscheid aber nur den Parteien und dem Opfer im Sinne des OHG, sowie dem Anzeiger, sofern ihm Verfahrenskosten auferlegt worden seien, und schliesslich anderen Beteiligten, sofern sie mit Massnahmen gemäss Art. 144 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 254 StrV beschwert worden seien. Verfahrenskosten seien dem Rekurrenten aber keine auferlegt worden, sodass die Eröffnung an ihn nur einen Sinn machen könne, wenn er als Privatkläger akzeptiert worden sei. Vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach eine Rückfragepflicht der Behörden bestehe, wenn es auf Grund von Laieneingaben unklar sei, ob sich jemand als Privatkläger am Verfahren beteiligen wolle, wäre es bei vorliegender Sachlage überspitzt formalistisch, dem Rekurrenten die Stellung als Privatkläger zu verweigern. Folglich wurde auf den Rekurs eingetreten.

AK Nr. 557/2002 (Konstitution als Privatkläger im Zivilpunkt)

In die gleiche Richtung geht der Entscheid I.R. gegen P. A. AK Nr. 557/2002, wobei hier die Frage beantwortet werden musste, ob sich die Rekurrentin als Privatklägerin im **Zivilpunkt** gestellt hat:

R.I. hatte gegen P.A. Strafanzeige wegen Veruntreuung ev. Diebstahls ihres Mercedes erstattet, und der Anzeige Beweismittel (Fotos etc.) beigelegt. In der Anzeige selber sagte sie nichts über ihre Parteistellung. Von einer Privatklage im Strafpunkt konnte nicht ausgegangen werden; zwar verlangte sie mit der Strafanzeige implizite Bestrafung, machte aber keine Mitwirkungsrechte im Verfahren geltend. Dagegen beantragte sie in der Anzeige „Rückgabe ihres Eigentums“. Damit machte sie hinreichend klar und unbedingt einen Zivilanspruch geltend, was für die Konstitution als Privatklägerin genügte. Die Konstitution als Privatklägerin bloss im Zivilpunkt genügt für die Rekurslegitimation, und sie setzt -im Gegensatz zur Konstitution im Strafpunkt - nicht voraus, dass gleichzeitig die Erklärung abgegeben wird, man wolle Parteirechte ausüben. Somit war auf den Rekurs einzutreten.

3. Zur Zulässigkeit der Privatklage (Legitimation)

Die Frage, ob eine Person zur Privatklage legitimiert ist, ist von derjenigen der gültigen Konstitution (vgl. oben) zu unterscheiden. Nachfolgend einige Entscheide zur Frage, ob eine Person als Privatkläger zugelassen werden kann oder nicht.

Beweisrekurs C.H. c. S.Y. AK Nr. 009/2002 (Legitimation eines einzelnen Mitgliedes einer Erbengemeinschaft)

C.H. reichte gegen eine Amtsvormundschaftsverwaltung sowie gegen eine Vormundschaftskommission Strafanzeige ein wegen (ua.) Urkundenfälschung im Amt. Der Vorwurf lautete, eine Beistandschaftsrechnung sei falsch erstellt und genehmigt worden, weshalb die Eltern von C.H. geschädigt worden seien. Da diese Eltern in der Zwischenzeit verstorben waren, sei die Erbengemeinschaft - bestehend aus mehreren Geschwistern - sowie damit auch C.H. geschädigt worden. Gegen die Ablehnung eines Beweisantrages führte C.H. (Beweis-) Rekurs. Die Anklagekammer hatte zunächst vorfrageweise zu prüfen, ob C.H. sich als Einzelperson als Privatklägerin konstituieren könne. Sie erwog dabei folgendes :

„Der Straftatbestand der Urkundenfälschung schützt gemäss Praxis ebenfalls die Interessen derjenigen Person, zu deren Nachteil eine Urkunde gefälscht worden ist (vgl. Maurer, Das bernische Strafverfahren, S. 126 ff., mit weiteren Hinweisen).

Zu prüfen ist, ob die Rekurrentin als *einzelnes* Mitglied einer Erbengemeinschaft (diese umfasst die fünf Nachkommen der Eheleute G.H. sel. und V.H. sel.) zur Konstituierung als Pri-

vatklägerin legitimiert ist. Diese Frage ist zu bejahen. Die Rekurrentin ist nach dem Tode ihrer Eltern einerseits als deren Erbin gestützt auf Art. 48 Ziff. 1 StrV zur Privatklage berechtigt. Andererseits ist sie aber ebenfalls aus eigenem Recht (Art. 47 StrV), und zwar auch als *einzelnes* Mitglied der Erbgemeinschaft, legitimiert, weil es sich rechtfertigt, die Berechtigung zur Privatklage im Strafpunkt in Analogie zur Strafantragsberechtigung als unteilbares höchstpersönliches Recht zu betrachten, und gemäss Praxis und Lehre sind auch einzelne Mitglieder eines Gesamthandverhältnisses strafantragsberechtigt. Nach Ansicht der Kammer ergibt sich aus dieser Analogieüberlegung die Berechtigung eines einzelnen Erben, sich im Strafpunkt als Privatkläger zu konstituieren. Dass derjenige, welcher zum Strafantrag berechtigt ist, sich auch als Privatkläger konstituieren kann, ergibt sich übrigens direkt aus dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StrV). Wenn aber ein einzelner Erbe als Mitglied der gesamthänderischen Erbgemeinschaft bei einem Antragsdelikt, welches sich gegen den Erblasser oder die Erbgemeinschaft richtet, zur Privatklage legitimiert gilt, so muss diese Berechtigung des einzelnen Erben zur Privatklage auch bei einem Officialdelikt gelten, welches Rechte der Erbgemeinschaft verletzt bzw. nach den Sachbehauptungen der Privatklägerschaft verletzen soll.

Anders verhält es sich einzig in Bezug auf die Frage der Legitimation zur Privatklage im Zivilpunkt: Im Falle einer notwendigen Streitgenossenschaft sind nur sämtliche Gesamthänder gemeinsam aktivlegitimiert. Das ist indessen vorliegend ohne Belang.“
Dementsprechend war auf den Beweisrekurs einzutreten.

S.R. u. H. c. Krankenkassenverband X. AK Nr. 69/2003 („Verbandsklage“)

Gegen S.R. und S.H. war eine Voruntersuchung wegen betrügerischen Konkurses (Art. 163 StGB) und Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung (Art. 164 StGB) hängig. In diesem Strafverfahren stellte sich ein Krankenkassenverband an Stelle und für direkt geschädigte 23 Krankenkassen als Privatkläger. Der Untersuchungsrichter liess den Krankenkassenverband als Privatkläger zu. Gegen die entsprechende Verfügung führten die Angeschuldigten Beschwerde.

In formaler Hinsicht steht dem Angeschuldigten, der sich gegen die Zulassung einer Person als Privatkläger zur Wehr setzen will, die aus seiner Sicht fehlerhaft ist, nur das Rechtsmittel der Beschwerde zur Verfügung. Kein Problem hätte sich für die Legitimation der Krankenkassen als Privatkläger ergeben: Nach der seit längerer Zeit feststehenden Rechtsgüterschutztheorie (Plenum Strafkammer 18. 04.97 ZBJV 133 1997 S. 578) setzt die Privatklage die unmittelbare Verletzung eigener, strafrechtlich geschützter Interessen voraus. Als Gläubiger von Forderungen aus öffentlichem Recht (Rückforderung zu Unrecht bezahlter Krankenkassenleistungen) waren sie durch die konkursrechtlichen Strafnormen in ihren eigenen Rechten geschützt. Zur Frage stand, ob der Krankenkassenverband, deren Mitglied die Krankenkassen waren und dessen statutarischer Zweck die Wahrung der Interessen der diesem Verband angehörenden Krankenkassen waren, aus eigenem Recht Privatkläger sein konnten. Der Wortlaut von Art. 47 StrV (...“unmittelbar...verletzt“) sprach dagegen. In BGE 127 V 281 entschied das Bundesgericht indessen, dass die Krankenkassenverbände bei Rückforderungen zu Unrecht bezahlter Krankenkassenleistungen gestützt auf Art. 56 KVG das Recht hätten, diese Krankenkassen in solchen Forderungsprozessen gestützt auf öffentliches (Krankenversicherungs-) Recht zu vertreten. Es fügte bei, dass eine kantonale Vorschrift, welche eine Kollektivklage der Krankenkassen, vertreten durch deren kantonalen Verband, verhindern würde, eidgenössisches Recht verletzen würde.

Die Anklagekammer war nun der Ansicht, der Strafprozess gegen die Aerzte S.R. und S.H. sei nichts weiter als die Fortsetzung eines solchen Forderungsstreites auf der Vollstreckungsebene, weshalb der Krankenkassenverband als Privatkläger zugelassen werden müsse.

AK Nr. 116/2003 Agentur L. (Mehrheit von “entgegengesetzten” Privatklagen)

Die Firma M. übersandte der Agentur L. per Post-Wertsendung Banknoten im Betrag von EURO 120 000.--. Unbekannte Täterschaft gab sich bei der Post als Angestellter der Agentur L. aus, erhielt die Sendung ausgehändigt und ward nicht mehr gesehen. Die Untersuchungsrichterin wies die Agentur L., welche Privatklage eingereicht hatte, aus dem Verfahren mit der Begründung, geschädigt sei die Post. Gleichzeitig wies sie in der Beschwerdevernehmlassung darauf hin, dass die Absenderin M. ebenfalls beabsichtige, sich als Privatklägerin zu stellen. Die Anklagekammer fand, auf Grund der Aktenlage könne nicht schlüssig entschieden werden, wer unmittelbar Geschädigter des Deliktes (Betrug, Urkundenfälschung) sei. Obligationenrechtliche wie sachenrechtliche Gesichtspunkte lagen miteinander im Widerstreit, zudem hing die rechtliche Beurteilung von der beweismässigen Klärung von Sachverhalten, namentlich vertraglichen Abmachungen, ab. Nach der Aktenlage schien jedenfalls sowohl der Absender wie der Empfänger möglicherweise unmittelbar geschädigt, wobei das eine das andere (je wechselseitig) ausschloss. Entscheiden darüber soll nach Ansicht der Anklagekammer gegebenenfalls das urteilende Gericht nach Durchführung aller Beweismassnahmen. Dieses wird zugleich materiell - via Bejahung oder Verneinung der Aktivlegitimation zur Forderungsklage - entscheiden müssen ; in einer solchen Situation einen Ansprecher, der mit guten Gründen behauptet, die Voraussetzungen als Privatkläger zu erfüllen, aus dem Verfahren zu weisen hiesse, dem Hauptverfahren allzu stark vorzugreifen.

Fazit : Wird von einem Privatkläger eine in sich geschlossene Sachdarstellung abgegeben, welche, sofern zutreffend, ihn rechtlich als unmittelbar geschädigt erscheinen lässt, so ist er als Privatkläger zuzulassen, auch wenn an der behaupteten Sachverhaltsgrundlage (noch) Zweifel bestehen, und insbesondere dann, wenn mit der Zulassung oder Verweigerung gleichzeitig der materielle Anspruch als solcher entschieden würde (sog. doppelrelevante Tatsachen, vgl. nachfolgend AK 500/2003). Dabei ist in Kauf zu nehmen, dass gegebenenfalls zwei Privatkläger in einem Strafverfahren teilnehmen, deren Privatklagen sich gegenseitig (logisch gesehen) ausschliessen.

Beschwerde Sch.H. AK Nr. 500/2003 (gleichgeschlechtlicher Partner als Privatkläger im Verfahren wegen fahrlässiger Tötung des Partners)

Z. wurde - offenbar nach einem Fenstersturz - am Boden vor dem Haus, in dem er wohnte, schwer verletzt aufgefunden und verstarb wenige Tage später. Sch. reichte gegen Mitarbeiter der psychiatrischen Dienste, welche den Z. betreut hatten, Strafanzeige wegen fahrlässiger Tötung ein. Er stellte den Antrag, er sei als Privatkläger mit Opferstatus zu behandeln, weil er der beste Freund des Getöteten und eng mit ihm bekannt gewesen sei. In einem Nachtrag zur Anzeige deutete er an, dass zwischen ihm und dem Verstorbenen eine intime Beziehung bestand und dass er DER Freund des Getöteten gewesen sei. Der Untersuchungsrichter wies Sch. als Privatkläger aus dem Verfahren. Ihm komme die Opfereigenschaft nicht zu, weil er nicht als Person eingestuft werden könne, welche dem Opfer in ähnlicher Weise nahegestanden sei wie ein Ehegatte, Kind oder Elternteil, und ihm würden deshalb keine Zivilansprüche zustehen.

Mittels Beschwerde trug Sch. nun (deutlich) vor, zwischen ihm und Z. habe eine gleichgeschlechtliche, auf Dauer angelegte Lebenspartnerschaft und Liebesbeziehung bestanden, welche neben der seelischen Tiefe auch Körperlichkeit, Intimität und Zärtlichkeit umfasst habe. Diese Sachbehauptung untermauerte er mit einer Reihe von Einzelumständen und legte dazu Belege vor. Ein gemeinsamer Wohnsitz sei wiederholt erwogen worden, jedoch nicht möglich gewesen, weil die psychische Situation des Verstorbenen die Betreuung in einer therapeutischen Wohngemeinschaft erfordert habe.

Verfahren/Kognition : Gegen die Nichtzulassung als Privatkläger steht nach der abschliessenden Aufzählung in Art. 322 StrV der Rekurs nicht zur Verfügung. Mit der Beschwerde (Art-327 ff) kann offensichtliche Rechtsverletzung einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch

des Ermessens sowie Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung gerügt werden (Art. 328 StrV). In Beschwerdeverfahren hat die Anklagekammer somit im Regelfall (erster Satzteil von Art. 328) eine deutlich eingeschränkte Kognition, während dies für Rechtsverweigerungs- oder -verzögerungsbeschwerden nach dem Wortlaut nicht der Fall ist. Falls eine Person, die an einem Verfahren als Partei teilnehmen will, in diesem Verfahren nicht zugelassen wird, liegt darin eine Rechtsverweigerung. Ob eine solche tatsächlich gegeben ist oder nicht, prüft die Anklagekammer deshalb - sowohl was die tatsächlichen wie rechtlichen Voraussetzungen angeht - in freier Kognition.

Zulässigkeit von Noven : In diesem Entscheid erhielt die Kammer zugleich Gelegenheit, sich zur Zulässigkeit von Noven im Beschwerdeverfahren zu äussern, weil der Untersuchungsrichter geltend machte, für die Beurteilung der Beschwerdegründe könne nur die Aktenlage im Zeitpunkt des angefochtenen Beschlusses massgebend sein. Die Anklagekammer hielt fest, der Beschwerde komme gemäss dem seit 1997 geltenden Strafverfahren kein Disziplinarcharacter mehr zu. Abgeklärt werde nicht, ob einer Gerichtsperson Fehlverhalten vorzuwerfen sei. Der Beschwerde komme die Funktion zu, Amtshandlungen oder Unterlassungen zu korrigieren, wenn der gerügte Mangel nicht auf anderem Rechtsweg geltend gemacht werden könne. Die Aufklärungs- und Wahrheitserforschungspflicht im Strafprozess lasse die grundsätzliche Möglichkeit von Nova auch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens als sachgerecht erscheinen, umso mehr, als die Anklagekammer selbst bei Abweisung eines Rechtsmittels gestützt auf Art. 27 StrV ungesetzliche Amtshandlungen aufheben und Weisungen erteilen könne, womit dann ein Entscheid auf Grund nachträglich eingereichter Beweismittel dennoch korrigiert werden könne. Das Beschleunigungsgebot im Strafverfahren spreche zusätzlich für diese Lösung.

An diesen Gedanken anschliessend kann ergänzt werden : Im Vorverfahren geht es darum, rasch und prozessökonomisch das Verfahren voranzutreiben. Bei der Überprüfung prozessleitender Verfügungen (darum geht es ja zumeist) ist ein einfaches und rasches Verfahren einzuschlagen. Eine Beschwerde abzuweisen oder einen Entscheid bloss zu kassieren, im Wissen darum, dass die Untersuchungsbehörde umgehend selber neu entscheiden muss und wiederum eine Beschwerde riskiert, erscheint als unnötiger Umweg, der soweit möglich vermieden werden muss. Ihren Standpunkt kann die Untersuchungsbehörde dafür im Beschwerdeverfahren in der Vernehmlassung, welche regelmässig eingeholt wird, einbringen. Es geht ja auch nicht darum, ob der Untersuchungsrichter recht gehabt hat, sondern darum, ob in der Sache richtig entschieden worden ist. Die Beschwerde hat heute praktisch reinen Rechtsmittelcharakter mit Devolutiveffekt (MAURER, Das bernische Strafverfahren, 2. Auflage, S. 506).

Zulässigkeit der Privatklage : Gemäss Art. 2 Abs. 2 OHG werden der Ehegatte des Opfers, dessen Kinder und Eltern sowie andere Personen, die ihm in ähnlicher Weise nahe stehen, dem Opfer bei der Geltendmachung von Verfahrensrechten (Art. 8 OHG) gleichgestellt, soweit ihnen Zivilansprüche gegenüber dem Täter zustehen. Ob die Aktivlegitimation bejaht werden kann, ist eine Frage des materiellen Zivilrechts und damit der Genugtuungsregelung von Art. 47 OR. In der Lehre ist umstritten, ob Konkubinatspartner oder gleichgeschlechtliche Partner in analoger Anwendung von Art. 47 OR Genugtuungsansprüche geltend machen können, und das Bundesgericht hat die Frage beim Konkubinat in BGE 114 II 144 ff. offen gelassen. Das tat auch die Anklagekammer, hielt aber immerhin fest, vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Entwicklung dürfte eine Unterscheidung zwischen der Hetero- oder Homosexualität einer Beziehung nicht massgeblich sein. Die Beziehung müsste eheähnlich sein und damit eine gewisse zeitliche Stabilität und im Regelfall wohl auch gemeinsames Wohnen beinhalten. Ferner stellte sie - in Übereinstimmung mit den Kommentaren zum OHG - fest, es müsse für die Einräumung der in Art. 8 und 9 OHG statuierten Verfahrensrechte genügen, wenn die Aktivlegitimation mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gegeben sei. Bereits

in einem früheren Entscheid (AK Nr. 116/2003) hatte die Anklagekammer festgehalten, für die Legitimation zur Privatklage genüge es, wenn eine Partei in schlüssiger Weise darzulegen vermöge, dass ihre zumindest eine gewisse Plausibilität aufweisende Sachbehauptung auf das Vorliegen eines Schadens schliessen lasse. Werde von einem Privatkläger eine in sich geschlossene Sachdarstellung abgegeben, welche, sofern zutreffend, ihn rechtlich als unmittelbar geschädigt erscheinen lasse, so sei er als Privatkläger zuzulassen, auch wenn an der behaupteten Sachverhaltsgrundlage (noch) Zweifel bestünden. Daran anschliessend, genügte es der Anklagekammer, wenn Sch. Sachbehauptungen vortrug, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit für die Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 2 OHG sprachen. Die Sachbehauptung, von welcher auf das Bestehen eines Zivilanspruchs geschlossen wird, stellt eine sog. doppelrelevante Tatsache dar (vgl. LEUCH/ MARBACH/KELLERHALS/STERCHI N 3 d zu ZPO 191, N 3 zu ZPO 193) : dieselben Kriterien, welche zur Bejahung oder Verneinung des Zivilanspruchs (Genugtuung) führen, geben auch gleich Antwort auf die Frage, ob die Privatklägereigenschaft des Beschwerdeführers zu bejahen ist. Im Rahmen der Prüfung dieser Legitimationsfrage ist aber nicht schon definitiv über das Bestehen eines (materiellen) Anspruchs zu befinden; diese Aufgabe obliegt vielmehr dem urteilenden Richter. Beim prozessualen Entscheid über die Berechtigung zur Teilnahme am Verfahren als Privatkläger muss es nach Ansicht der Anklagekammer deshalb genügen, dass ein entsprechender Zivilanspruch mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit besteht, unter der Annahme, der vorgebrachte Sachverhalt sei tatsächlich gegeben. Bei dieser Sachlage war die Beschwerde gegen die Nichtzulassung des Sch. als Privatkläger gutzuheissen.

4. Rekurslegitimation der Staatsanwaltschaft

AK Nr. 342/2001 i.S. K. :

(Kein Rekursrecht der Staatsanwaltschaft nach Verfügungen gestützt auf Art. 272 StrV)

K. war angeschuldigt wegen Nachtruhestörung. Nachdem der Gerichtspräsident den Parteien mitgeteilt hatte, er beabsichtige, die Strafverfolgung aufzuheben, verfügte er gestützt auf Art. 272 entsprechend, auferlegte die Verfahrenskosten von Fr. 300.— dem Kanton und sprach der Angeschuldigten eine Entschädigung von Fr. 2500.— zu. Der Staatsanwalt legte gegen die Entschädigung Rekurs ein. Bereits im Jahre 2000 war die Anklagekammer auf einen derartigen Rekurs der Staatsanwaltschaft nicht eingetreten (AK Nr. 214/2000). Eine Anmerkung der Generalprokuratur in deren Zusammenstellung der Rechtsprechung gab der Kammer noch einmal Gelegenheit zur Überprüfung der Legitimationsfrage. Sie hielt im Ergebnis daran fest, dass die Staatsanwaltschaft trotz des insoweit offenen Wortlautes von Art. 272 Abs. 3 StrV nicht rekurslegitimiert sei. Zwar lege der Wortlaut von Art. 323 Abs. 2 StrV den Schluss nahe, dass auch die Staatsanwaltschaft unter die Rekursbefugten falle, weil sie sich als Partei unter den Begriff der „Verfahrensbeteiligten“ subsumieren lasse, und weil eine Beschwerde der Staatsanwaltschaft von ihrer Stellung her gesehen (Art. 80 Abs. 2 GOG) grundsätzlich schon beim Verdacht eines unrichtigen Urteils bestehe. Eine historische Auslegung und Analyse der Revision des Gesetzes, welches auf den 01.01.1997 in Kraft getreten ist, ergab jedoch, dass der Gesetzgeber nicht die Absicht gehabt hatte, im Falle von Art. 272 StrV, welcher das frühere Instrument der gekürzten Voruntersuchung ersetzt, ein neues Rekursrecht zu schaffen. Diese „Lösung“ leuchtet zwar insofern nicht ganz ein, als die Staatsanwaltschaft sonst in allen Verfahrensstadien die Möglichkeit hat, auf die Korrektur des Kosten- und Entschädigungspunktes hinzuwirken. Immerhin bleibt der Trost und eine gewisse Rechtfertigung, dass in diesem frühen Verfahrensstadium die Kosten und Entschädigungen in der Regel nicht ins Gewicht fallen.

5. Beschwerderecht Angehöriger bei Obduktion

AK Nr. 146/2002 i.S. M. (Rechte von Angehörigen; Beschwerde gegen Obduktion)

M. war zu Folge eines Sturzes von einer Leiter zu Tode gekommen, nachdem er noch in einem Spital ärztlich behandelt worden war. Der zuständige Untersuchungsrichter ordnete nach Rücksprache mit Polizei und IRM nach bereits durchgeführter Legalinspektion (Art. 165 StrV) eine Obduktion des Leichnams an. Dies im Wesentlichen gestützt auf die - allgemein gehaltene - Auskunft eines Spitalarztes, wonach ein Behandlungsfehler nicht ausgeschlossen werden könne. Der Sohn des Verunfallten sowie weitere Angehörige teilten dem Untersuchungsrichter mit, eine Sektion komme für sie nicht in Frage. Der Präsident der Anklagekammer nahm diese Eingabe als Beschwerde entgegen, erteilte ihr aufschiebende Wirkung und lud den Untersuchungsrichter ein, kurzfristig (Sektion vor dem Wochenende angeordnet, auf Montag vorgesehen) bis Montag 10.00 Uhr eine Vernehmlassung abzugeben. Die Anklagekammer hatte materiell nicht zu entscheiden, weil der Untersuchungsrichter nach Rücksprache mit dem IRM die Verfügung zurückgenommen hat.

Der Fall wird hier, weil verfahrensmässig interessant, referiert, obwohl es nicht zu einer Entscheidung der Kammer über Zulässigkeit der Obduktion gekommen ist.

Das Bundesgericht hat in einem den Kanton Genf betreffenden Fall festgehalten :
(Praxis 10/2001, Nr. 161) :

Art. 6 Ziff. 1 EMRK , der bei zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen (sowie bei Strafsachen) den Zugang zu einem Gericht gewährleistet, betrifft auch Verwaltungsakte einer hoheitlichen Behörde, sofern sie sich massgeblich auf Ansprüche zivilrechtlicher Natur auswirken. Das Recht, sich einem widerrechtlichen Eingriff am Leichnam eines Angehörigen zu widersetzen, ergibt sich aus den allgemeinen Persönlichkeitsrechten gemäss Art. 28 ff. ZGB. Der Schutz der Persönlichkeit dauert mit Rücksicht auf die Würde des Verstorbenen und das Pietätsgefühl seiner Angehörigen über den Tod hinaus fort. Daraus folgt, dass niemand frei über einen fremden Leichnam verfügen darf. Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens und das Recht auf körperliche Unversehrtheit sind zivilrechtlicher Natur. Nahen Angehörigen muss die Möglichkeit offen stehen, eine polizeiliche Anordnung einer Autopsie durch ein Gericht überprüfen zu lassen, das in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht über unbeschränkte Kognition verfügt...“

Ausgehend davon, muss einem nahen Angehörigen, welcher sich gegen eine angeordnete Obduktion zur Wehr setzen will, ein Rechtsweg offen stehen; er muss die Frage, ob eine Autopsie zu Recht oder zu Unrecht angeordnet worden ist, vor ein Gericht tragen können. Die bernische Untersuchungsbehörde erfüllt die Anforderungen an ein (unabhängiges) Gericht nicht. In der kommenden eidg. Strafprozessordnung ist für solche Fälle ein Zwangsmassnahmegericht vorgesehen. Nach Art. 327 ff. Strafverfahren kann gegen jede Amtshandlung oder Unterlassung der Strafverfolgungsbehörden bei der Anklagekammer Beschwerde geführt werden. Zur Beschwerde sind die Parteien sowie andere Beteiligte befugt, soweit sie durch die beanstandeten Amtshandlungen oder Unterlassungen unmittelbar in ihren Rechten betroffen sind (Art. 329 StrV). Wenn das Bundesrecht gestützt auf den allgemeinen Persönlichkeitsschutz des ZGB nahen Angehörigen ein Mitwirkungsrecht bei der Entscheidung über eine Autopsie zugesteht, so sind diese Angehörigen beschwerdelegitimiert im Sinne von Art. 329 StrV. Mit der Beschwerde kann allerdings nach bernischem Strafverfahrensrecht nur eine offensichtliche Rechtsverletzung oder Ermessensüberschreitung oder -missbrauch gerügt, nicht aber eine Ermessensentscheidung korrigiert werden. Die Anklagekammer ist nun der Ansicht, dass gestützt auf höherrangiges Recht (EMRK, Persönlichkeitsschutz) in einem Beschwerdefall, in welchem die Frage der Anordnung einer Autopsie überprüft werden soll, diese Kognitionseinschränkung nicht angewandt werden soll. Eine Behinderung der Ermittlungs-

aufgabe der Untersuchungsbehörde ist dabei nicht zu befürchten : Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass selbstverständlich die Untersuchungsbehörde, wenn sie eine Autopsie anordnet, nicht etwa die 10-tägige Beschwerdefrist bis zur Durchführung abwarten muss, und weiter, dass eine Beschwerde nur dann aufschiebende Wirkung hat, wenn das Präsidium aufschiebende Wirkung anordnet (Art. 332 StrV). Die Oeffnung des Beschwerdeweges ist trotzdem nicht sinnlos, weil selbst nach durchgeführter Autopsie gemäss dem erwähnten Bundesgerichtsurteil an einem Feststellungsurteil des Inhalts, dass eine Autopsie ungerechtfertigt gewesen sei, ein schützenswertes Interesse besteht, weil ansonsten eine solche Frage im Einzelfall kaum je rechtzeitig verfassungsrechtlich geprüft werden könnte (a.a.O. S. 973). Das hätte zur Konsequenz, dass die Kammer auch dann noch einen Beschwerdentscheid ausfällen muss, wenn zB. aufschiebende Wirkung abgelehnt und die Sektion bereits durchgeführt ist. Im übrigen sei angefügt, dass die Anklagekammer ohnehin im Regelfall in dringlichen Sachen in der Lage ist, innert Tagen oder gar Stunden einen Entscheid auszufällen.

Der Fall ist mit der Leitung des IRM Bern auch besprochen worden. Es wurde von rechtsmedizinischer Seite darauf hingewiesen, dass die Indikation für eine Autopsie eine relative oder eine absolute sein kann. Konkrete Verdachtsgründe auf gewaltsamen Tod oder die Unklarheit einer Situation kann eine Sektion zwingend erfordern. In derartigen Fällen wird der Widerstand von Angehörigen hintanzustellen sein. Bei der relativen Indikation, welche sozusagen „sicherheitshalber“ zum Ausschluss jeglichen Zweifels angeordnet wird, ist demgegenüber auch aus rechtsmedizinischer Sicht die Position der Angehörigen, soweit bekannt (Zustimmung, Gleichgültigkeit, Ablehnung) in die Abwägung einzubeziehen, was unter Umständen zu einem Verzicht darauf führen kann. Zeichnet sich von Seiten von Angehörigen Widerstand ab, so hat demzufolge der Untersuchungsrichter die Gründe für die Autopsie sowie die dagegen aufgeführten Argumente von Seiten dieser Angehörigen aktenmässig gut zu dokumentieren, sodass sachgerecht entschieden werden kann. Im behandelten Fall ergab sich, dass die Fundsituation des Verletzten nach dem Leitersturz unverdächtig war, und ebenso keine konkreten Anhaltspunkte dafür bestanden, dass bei der Behandlung im Spital Fehler passiert waren. Unter den gegebenen Umständen schien deshalb dem Untersuchungsrichter nach Rücksprache mit der Rechtsmedizin der Verzicht auf die Sektion gangbar. Als prozessleitende Verfügung ist die Autopsieanordnung ja grundsätzlich jederzeit abänderbar, und die Untersuchungsbehörde deshalb berechtigt und auch gehalten, gegebenenfalls eine Neubeurteilung der Situation vorzunehmen. - Solche Fälle dürften sehr selten sein, und aus der Sicht der Anklagekammer müssen die Untersuchungsbehörden auch nicht befürchten, in ihrer Arbeit behindert zu werden. Bei vernünftiger Handhabung ist eine Gefährdung des Ermittlungsinteresses nicht zu befürchten.

6. Rechtliches Gehör vor Kostenauflage

AK Nr. 564/2000 i.S. T. (vorgängiges rechtliches Gehör bei Kostenauflage nach 272 StrV, sowie bei Nichteintreten, Nichteröffnung)

Wird die Strafverfolgung gemäss Art. 272 StrV vom Strafeinzelgericht aufgehoben, so ist auch der Strafantragsteller gestützt auf Art. 272 Abs. 3 in Verb. mit Art. 323 StrV befugt, gegen die Verfügung Rekurs einzulegen, wenn ihm Kosten auferlegt worden sind. Beabsichtigt das Strafeinzelgericht, einem Verfahrensbeteiligten mit der Aufhebung der Strafverfolgung Kosten aufzuerlegen, so hat es dem Betroffenen vorher zur Kostenregelung das rechtliche Gehör zu gewähren, ihm mithin Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Das gilt übrigens auch in den Fällen, in denen die Untersuchungsbehörde im Vorverfahren auf eine Strafanzeige nicht eintreten oder die Strafverfolgung nicht eröffnen und einer Person, beispielsweise dem Anzeiger, Kosten auferlegen will. Wird die Kostenauflage ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs verfügt, so wird nach ständiger Praxis der Anklagekammer die angefochtene Verfügung kassiert (AK Nr. 469/1997 ZBJV 136 2000 S. 129).

7. Mitwirkungs- und Teilnahmerecht der Parteien bei Untersuchungshandlungen

AK Nr. 305/2001 iS. S. und K. (Teilnahmerecht der Parteien bei Augenschein durch Gutachter)

In einem Strafverfahren wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung gegen Aerzte und eine Krankenschwester ging es ua. darum, ob es neben den bereits angeschuldigten Personen in der Klinik, in welcher der umstrittene Eingriff stattgefunden hatte, noch weitere Verantwortliche gebe. Die Untersuchungsbehörde gab ein „spitalorganisatorisches“ Gutachten in Auftrag. Der Experte nahm in Aussicht, die Klinik zwecks Erstellung der Expertise zu besichtigen. Ein Begehren des einen Angeschuldigten, an der Besichtigung der Klinik durch den Experten dabei sein zu dürfen, wies die Untersuchungsrichterin ab. Die Gerichtsbehörde könne nach Art. 132 Abs. 3 StrV den Experten ermächtigen, die im Hinblick auf die Erstellung des Gutachtens nötigen Erhebungen und Abklärungen mitsamt Einladung der nötigen Personen selber vorzunehmen. Abklärungen des Experten in diesem Rahmen seien nicht parteiöffentlich. Gegen diese Verfügung rekurrierte der Angeschuldigte gestützt auf Art. 248 StrV wegen Verletzung seiner Parteirechte und machte geltend, er habe das Recht, an allen Untersuchungshandlungen teilzunehmen.

Die Anklagekammer verwies zunächst auf die Rechte der Parteien bei der Auswahl des Gutachters und der Erstellung des Fragekatalogs. Art. 132 Abs. 2 StrV sehe vor, dass der Gutachter zu Beweismassnahmen beigezogen und ermächtigt werden könne, an die Parteien Fragen zu stellen. Die sachverständige Person sei zudem berechtigt, der Gerichtsbehörde Antrag zu stellen, wenn sie eine Ergänzung des Beweisverfahrens für nötig erachte. Daraus schloss die Kammer, dass die Ermächtigungsklausel von Art. 132 Abs. 3 eng auszulegen sei: nur dort, wo es darum gehe, dass der Experte rein fachspezifische Erhebungen vornehme, könne er nach Art. 132 Abs. 3 ermächtigt werden, womit die Arbeit des Gutachters dann auch eine nicht parteiöffentliche sei. Es gehe hier vorrangig um die Erhebung der sog. **Befundtatsachen**, dh. solchen, die der Sachverständige nur auf Grund seiner Sachkunde erkennen könne. Demgegenüber falle nicht unter Art. 132 Abs. 3 und seien die Parteien somit teilnahmeberechtigt, wenn sog. **Zusatztatsachen** erhoben werden sollen, dh. solche, die auch das Gericht mit der ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnis und Beweismitteln feststellen könnte. Die Anklagekammer war der Ansicht, die vom Experten in Aussicht genommene Besichtigung komme einem Augenschein gleich, an dem die Parteien teilnehmen können müssten, auch wenn die Leitung beim Experten liege. Auch im Zivilprozessrecht seien die Parteien, wenn ein Sachverständiger einen Augenschein vornehme, in der Regel beizuziehen (Art. 264 ZPO). Nur wenn der Experte an Ort und Stelle bloss noch rein sachliche Erhebungen wie insbesondere Messungen tätigen würde, oder eine körperliche Untersuchung durch medizinische Sachverständige stattfinde, könnten dort die Parteien von der Teilnahme ausgeschlossen werden. Der Sachverständige werde indessen hier nicht bloss eine „tote“ Baute besichtigen, sondern bauliche Gegebenheiten und Einrichtungen in ihrer Gesamtheit erfassen wollen und sich dabei von am Spital tätigen Personen Aufschlüsse geben lassen. Die Teilnahme der Parteien sei damit prozessual notwendig und sachgerecht, denn Hinweise der Parteien an Ort und Stelle könnten dem Gutachter helfen, ein vollständiges Bild zu bekommen. Die blosser Zulassung von Ergänzungsfragen ersetze diese Mitwirkung der Parteien nicht. Dementsprechend wurde der Rekurs gutgeheissen. Die Anklagekammer empfahl dabei, die Untersuchungsrichterin solle an der Besichtigung teilnehmen und diese formell leiten, wobei das konkrete Vorgehen in enger Zusammenarbeit mit dem Experten festzulegen sei.

AK Nr. 125/2002 i. S. St. (Analyse von Hanfblüten, Methode. Kein Teilnahmerecht der Partei)

Der Rekurrent rügte, die vom IRM-Bern angewandte Methode der Hanfanalyse, welche den sog. Gesamt-THC-Gehalt der Hanfblüten feststelle, sei ungenügend. Er beantragte, es sei eine weitere Analyse auf den sog. Delta-9-THC durchzuführen. Gerügt wurde sodann, die Parteirechte des Angeschuldigten seien verletzt worden, weil dieser bei der Auswahl des Sachverständigen nicht habe mitwirken können und im übrigen bei der Tätigkeit des Gutachters teilnehmen wolle.

Die Anklagekammer hielt (unter Hinweis auf BGE 6.S. 387/2001) fest dass es für die Betäubungsmittelqualität keine Rolle spiele, wenn die Pflanze nur eine Vorform der THC-Substanz enthalte. Der im Labor gemessene THC-Wert könne dennoch Richtmass für die potenzielle Rauschwirkung der Droge sein, die rauscherzeugende Wirkung werde durch die gängige Konsumationsform (Rauchen, Erhitzen) freigesetzt resp. in die vom Körper aufzunehmende Form umgewandelt. Die vom IRM Bern und anderen rechtsmedizinischen Instituten angewandte Analysemethode genüge deshalb den Anforderungen der Justizbehörden.

Zum **Teilnahmerecht** der Partei : Wenn von vorherein und routinemässig klar sei, dass ein rechtsmedizinisches Institut eine Analyse (wie bei Blut-, Urin-, Drogenanalysen) vorzunehmen haben werde, so müsse den Parteien vorgängig auch nicht Gelegenheit gegeben werden, sich zur Person des Gutachters und den Fragen zu äussern (vgl. Art. 129 StrV). Bei solchen Analysen geht es allein um fachspezifisches Arbeiten (vgl. Art. 132 Abs. 3 StrV, sowie oben AK Nr. 305/2001), weshalb denn auch kein Anspruch auf Teilnahme der Parteien bei den Untersuchungen bestand. Entsprechend wurde der Rekurs (eigentlich ein Beweisrekurs sowie ein Rekurs wegen Verletzung der Parteirechte) abgewiesen.

8. Anklagegrundsatz und Informationspflicht über die Anschuldigung

AK Nr. 284/2001 i.S. G.S. (Anklagegrundsatz bei Frist 249 StrV)

In einer recht umfangreichen Voruntersuchung wegen Betruges war dem Angeschuldigten während einer Einvernahme mitgeteilt worden, es werde auch die Frage der Gewerbmässigkeit geprüft und es liege eventuell auch blosser Gehilfenschaft vor. Im Rahmen der Frist 249 StrV teilte der Untersuchungsrichter den Parteien seine Absicht mit, den Fall an das Kreisgericht zu überweisen. Seine Absicht konkretisierte er nicht. Er äusserte sich weder zu dem zur Überweisung vorgesehenen Delikt, noch zur vorgeworfenen Vorgehensweise, den Tatabläufen, Ort und Zeitraum oder zum Tatbeitrag des Angeschuldigten.

Die Anklagekammer erwog Folgendes : Bei der Mitteilung gemäss Art. 249 StrV handelt es sich um eine blosser Vorinformation im Sinne einer Absichtserklärung, sodass an sie weniger hohe Anforderungen zu stellen sind als an den Überweisungsbeschluss gemäss Art. 257 Abs. 1 Ziff. 3 StrV. Das Gesetz schreibt denn auch keinen genauen Inhalt vor. Nach Sinn und Zweck der Norm muss die Mitteilung immerhin so bestimmt sein, dass die Parteien sachgerecht die aus Art. 249 Abs. 2 StrV fliessenden Verfahrensrechte wahrnehmen können. Was dies konkret bedeutet, kann nicht generell, sondern nur fallbezogen beantwortet werden. In bestimmten Fällen kann es angezeigt sein, den Entwurf eines Überweisungsantrages beizulegen, während in anderen Fällen die blosser Nennung des in Frage stehenden Deliktes genügen mag, wenn aus den gesamten Akten (übersichtliche Aktenordnung vorausgesetzt), aus einem bestimmten Aktenstück wie namentlich der Strafanzeige, einem Gutachten oder aus Einvernahmeprotokollen hinreichend klar und konkret erkennbar ist, was dem Angeschuldigten vorgeworfen werden soll. Der Anklagegrundsatz ist somit bereits im Zusammenhang mit der Fristansetzung nach Art. 249 StrV einzuhalten, allerdings nur – aber immerhin – so weit, dass die Parteien die dort festgelegten Verfahrensrechte effektiv wahrzunehmen in der Lage

sind. – Davon konnte vorliegend nicht die Rede sein, zudem war die Aktenordnung mangelhaft. In derartigen Fällen sei es unerlässlich, so die AK, dass die Aktenstücke, auf welche sich die Überweisung stütze, benannt würden. Ein Zusammensuchen der wesentlichen Aktenstücke sei weder der Verteidigung, noch der Staatsanwaltschaft, aber auch nicht der Verfahrensleitung oder den Mitgliedern des Kreisgerichts zuzumuten. Zu Folge dieser Mängel schien es auch der Anklagekammer nicht möglich, über die gestellten und abgewiesenen Beweisanträge zu entscheiden. Die Verfügung betreffend Fristansetzung nach Art. 249 StrV wurde aufgehoben und die Untersuchungsbehörde angewiesen, entsprechend den Vorgaben der Begründung vorzugehen (Aktenordnung, Entwurf Überweisungsantrag, Bezeichnung der überweisungsrelevanten Aktenstücke und Dokumente).

AK Nr. 387/388/2001 i.S. B. (Informationspflicht der Untersuchungsbehörde über die erhobene Anschuldigung)

In einem umfangreichen Wirtschaftsstrafall ermittelte der zuständige Untersuchungsrichter mehrere Jahre lang, wobei teilweise die Akteneinsicht wegen Kollusionsgefahr verweigert wurde. Dagegen führte der Angeschuldigte Rekurs, welcher unter Verweis auf umfangreiche, noch zu prüfende Rechtshilfeakten und anderes mehr, sowie darauf, dass sich die Anklagekammer grundsätzlich nicht in Fragen der Verfahrenstaktik einmische, abgewiesen wurde. Immerhin wurde festgehalten, dies gelte bloss (noch) auf beschränkte Zeit.

In einer Beschwerde machte der Angeschuldigte sodann geltend, der in Art. 105 Abs. 1 Ziff. 1 StrV sowie Art. 5 Ziff. 2 EMRK niedergelegte Grundsatz, wonach er über die Anschuldigung hinreichend informiert werden müsse, sei verletzt worden. – Die Anklagekammer hielt mit dem Untersuchungsrichter dafür, dass der Angeschuldigte gestützt auf Haftantrag und Haftentscheid, sowie zahlreiche Einvernahmen, in denen er mit Dokumenten und Telefonkontrollen konfrontiert worden war, genügend über die erhobenen Vorwürfe informiert worden war. – Eine staatsrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid (Verweigerung der Mitteilung der erhobenen Anschuldigungen und Verweigerung der vollumfänglichen Akteneinsicht) wies das Bundesgericht am 11.01.2002 ab (1P.607/2001/sta).

9. Beschlagnahme und Vernichtung von Hanf

Die Hanfpflanze und der Umgang damit beschäftigt nicht nur die Öffentlichkeit und urteilende Gerichte. Im Rahmen des strafprozessualen Vorverfahrens stellen sich immer wieder heikle Fragen, welche insbesondere Verfahren und Voraussetzung von Beschlagnahmeverfügungen betreffen. Die Grundproblematik besteht darin, dass Anbau und Nutzung der Hanfpflanze - grundsätzlich unabhängig von der Frage, ob der bundesgerichtlich festgesetzte THC-Grenzwert überschritten ist oder nicht - soweit und solange straffrei ist, als er nicht zur Verwendung der Produkte als Betäubungsmittel dient bzw. zu dienen bestimmt ist.

AK Nr. 187/2002 i.S. A. (Beschlagnahme und Vernichtung von Hanfsetzlingen)

In einem Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz hatte die Untersuchungsbehörde die Beschlagnahme von Hanfsetzlingen angeordnet, welche in einem Treibhaus heranwachsen. Ferner wurde verfügt, der Angeschuldigte habe die Polizei über die Modalitäten der Vernichtung der Hanfsetzlinge zu informieren. Gleichzeitig wurde die Ersatzvornahme der Vernichtung durch die Untersuchungsbehörde unter Kostenaufgabe an den Angeschuldigten angeordnet, falls dieser nicht selber binnen Frist die Pflanzen selber vernichte. Die dagegen gerichtete Beschwerde wurde, soweit die Vernichtung angeordnet worden war, gutgeheissen.

Gemäss Art. 145 StrV können beschlagnahmte Gegenstände, die schneller Wertverminderung ausgesetzt sind oder einen kostspieligen Unterhalt erfordern, vorzeitig freihändig verwertet werden, sofern eine Rückerstattung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht in Frage kommt. Eine Vernichtung beschlagnahmter Gegenstände lässt sich nicht auf den Wort-

laut des Gesetzes abstützen. Allerdings kann umgekehrt eine Sache nur dann (vorzeitig) verwertet werden, wenn das besagte Gut überhaupt einen Wert hat, wobei Wert im Sinne eines legalen Handelswertes zu verstehen ist. Auch eine teleologische, dh. eine an Sinn, Zweck und Zielrichtung der Norm orientierte Auslegung ergibt, dass es kaum Sinn machen kann, dort einen aufwändigen und kostenintensiven Unterhalt zu leisten, wo ein Objekt schlussendlich ohnehin vernichtet werden muss, weil eine Freigabe nicht in Frage kommt und der Sache kein legaler Handelswert zukommt. Eine vorzeitige Vernichtung lässt sich so gesehen auf Art. 145 StrV abstützen, aber nur dann, wenn die Wertlosigkeit des beschlagnahmten Hanfes klar erstellt ist, zum einen durch die ermittelten THC-Werte, welche den Grenzwert übersteigen, zum anderen durch das Unvermögen des Angeschuldigten, einen realisierbaren legalen Weg der Verwertung aufzuzeigen. Dazu muss ihm aber vor einer Vernichtungsanordnung Gelegenheit gegeben werden (vgl. dazu später auch BGE 129 I 103 ff !).

AK Nr. 036/2003 i.S. M./S. (Beschlagnahme von Hanfpflanzen, Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 EMRK)

Im Bundesgerichtsentscheid vom 10. Dezember 2002 (BGE 129 I 103), betreffend einen Zürcher Fall, hatte das Bundesgericht erkannt, sichergestellte Hanfpflanzen seien einem stetigen Wachstums- und Veränderungsprozess unterworfen, und eine unbefristete Beschlagnahme könne deshalb mit der Zeit für den Eigentümer - je nach angestrebter Nutzungsart - dazu führen, dass die Hanfpflanzen an Wert einbüssten oder gar nutzlos würden. Damit greife die an sich bloss vorläufige strafprozessuale Beschlagnahme in die Eigentumsfreiheit ein und beschränke den Beschwerdeführer in seiner Erwerbstätigkeit, sie sei nicht bloss konservatorischer Natur, sondern es liege ein Eingriff in zivilrechtliche Ansprüche (civil rights) vor. Deshalb kämen die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK, welche bei vorläufigen strafprozessualen Massnahmen an sich nicht anwendbar sind, zum Tragen (Anspruch auf Beurteilung durch ein unparteiisches und unabhängiges Gericht, öffentliche Verhandlung und Verkündung). Dem Beschwerdeführer sei der Zugang zu einer kantonalen gerichtlichen Instanz zu ermöglichen, welcher obliege, die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Beschlagnahmeverfügung umfassend zu überprüfen. Der Bezirksanwaltschaft Zürich und der zürcherischen Staatsanwaltschaft wurde die Qualität einer richterlichen Behörde sodann abgesprochen.

Die Anklagekammer kam zu Schluss, im Kanton Bern sei mit der Beschwerdemöglichkeit gegen eine Beschlagnahmeverfügung diesen menschenrechtlichen Verfahrensanforderungen Genüge getan : Die Beschlagnahme muss nicht von einer richterlichen Behörde angeordnet werden, sondern es genügt die Möglichkeit des Zugangs an eine kantonale gerichtliche Instanz. Gegen eine Beschlagnahme ist eine sofortige Beschwerde an die Anklagekammer möglich. Diese gehört nicht zu den Strafverfolgungsorganen (vgl. Art. 26 StrV) und ist unabhängig, somit hat sie die Eigenschaft einer richterlichen Behörde im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK. In Befolgung der vom Bundesgericht umschriebenen Anforderungen hat die Anklagekammer sodann - über die beschränkte Kognition von Art. 328 hinausgehend - die Rechtmässigkeit der Beschlagnahme vollumfänglich zu prüfen. - Die Sitzungen der Anklagekammer sind gemäss Art. 68 StrV zwar nicht öffentlich. Die EMRK sieht indessen in Art. 6 gerade vor, dass die Öffentlichkeit im Interesse der öffentlichen Ordnung ausgeschlossen werden kann. Dazu gibt Art. 68 StrV sowie der in Art. 64 niedergelegte Grundsatz des geheimen Vorverfahrens eine genügende Rechtsgrundlage ab. Was die öffentliche Urteilsverkündung angeht, so kann - jedenfalls im Falle der Überweisung - davon ausgegangen werden, dass im Zusammenhang mit der durch das Gericht zu beurteilenden Einziehung oder geltend gemachter Entschädigungsforderung auf jeden Fall öffentlich wird, was die Anklagekammer betreffend Beschlagnahme der Hanfpflanzen entschieden hat.

Nachtrag : Die Kammer wird sich überlegen müssen, ob solche Entscheide allenfalls für beschränkte Zeit (anonymisiert) in der Kanzlei zur Einsichtnahme für jedermann (!) aufgelegt

werden müssen, um der EMRK-Anforderung betreffend Öffentlichkeit des Urteils ganz nachzukommen.

AK Nr. 477/2003 i.S. M. (Vernichtung von Hanfsamen, -blüten und -blättern)

Die Untersuchungsbehörde hatte die vorzeitige Vernichtung angeordnet, sofern der Angeeschuldigte nicht innert 10 Tagen schriftlich und zweifelsfrei einen legalen Verwendungszweck belegen und jeglichen illegalen Verwendungszweck der Hanfpflanzen ausschliessen konnte. Der Angeschuldigte machte geltend, er werde den Hanf in den nächsten Wochen ernten, durch einen örtlichen Mähdrescherbetrieb dreschen, die Hanfsamen in einer Mühle trocknen und reinigen lassen; Hanfkraut und Stengel werde er nicht verwerten und sogleich unterpflügen. - Die Kammer wies darauf hin, dass die Einziehung von Hanfsamen, die als solche unschädlich, aber zur Herstellung von Betäubungsmitteln geeignet seien, zulässig sei, wenn angesichts der konkreten Umstände ernsthaft anzunehmen sei, dass die Samen zur Herstellung von Betäubungsmitteln verwendet würden (BGE 125 IV 185). Damit erwies sich auch die Beschlagnahme der Pflanzen, aus welchen Hanfsamen gewonnen werden sollten, grundsätzlich als rechtmässig. Die vorzeitige Vernichtung - abgestützt auf die Bestimmung über die vorzeitige Verwertung nach Art. 145 StrV (vgl. AK Nr. 187 / 2002) - lässt sich aber nur dann rechtfertigen, wenn einerseits ein legaler Verwendungszweck nicht ersichtlich ist. Andererseits müssen aber zusätzlich auch die Voraussetzungen einer vorzeitigen Verwertung vorliegen, nämlich, dass die beschlagnahmte Sache schneller Wertverminderung ausgesetzt ist oder einen kostspieligen Unterhalt erfordert. Nachdem der Angeschuldigte sich in Freiheit befand und im Stande und willens war, die Pflanzen zu ernten und effektiv auf eigene Kosten Hanfsamen zu gewinnen, war letztere Voraussetzung nicht gegeben. Hanfsamen können ohne Gefahr der Verderbnis und ohne grossen Aufwand gelagert werden. Dem Missbrauch kann vorgebeugt werden, indem die Beschlagnahmeverfügung, sowie das - unter Strafanandrohung gemäss Art. 292 StGB erlassene - Verbot, über die Pflanzen zu verfügen, aufrecht erhalten bleibt, und die gewonnenen Hanfsamen beschlagnahmt werden. Ueber das endgültige Schicksal der Hanfsamen wird alsdann das urteilende Gericht befinden müssen.

10. Fragen beim Beweisrekurs

AK Nr. 178/2003 i.S. R. (Begründungspflicht bei Beweisentscheid)

Auf Grund eines tödlichen Bootsunfalles führte die Untersuchungsbehörde ein polizeiliches Ermittlungsverfahren, welches mit einem Nichteröffnungsbeschluss endete. Auf Strafanzeige eines Angehörigen eines der Getöteten eröffnete sie eine Voruntersuchung wegen fahrlässiger Tötung und Unterlassung der Nothilfe. Die Privatklägerschaft stellte eine Reihe von Beweisanträgen wie Einvernahme von Beteiligten, Einholung diverser Berichte amtlicher Stellen uam. Die Untersuchungsbehörde wies sämtliche Anträge ab. Man sei anhand des polizeilichen Ermittlungsverfahrens zum Schluss gekommen, dass keine strafbare Handlung vorliege. Diese Tatsache sei bis heute unverändert geblieben, da sich am Sachverhalt nie etwas geändert habe. Die geforderten Beweismassnahmen seien daher abzulehnen, da durch ihre Gutheissung keine neuen Erkenntnisse resultieren würden. - Der Antragsteller hatte konkret dargelegt, weshalb und zu welchem Thema er seine einzelnen Beweisanträge stellte. Die Untersuchungsbehörde wies diese Anträge mit einer pauschalen Begründung ab. -Die Anklagekammer hielt dazu - unter Verweis auf bundesgerichtliche Rechtsprechung - fest, die Begründung eines Entscheides müsse so abgefasst sein, dass nicht nur die Betroffenen ihn sachgerecht anfechten könnten, sondern sich auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen könne. In diesem Sinne müssten die Ueberlegungen genannt werden, von denen sich die Vorinstanz habe leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stütze (BGE 122 IV 14, 121 I 57, 119 Ia 269 und grundlegend 112 Ia 109). Die Anklagekammer lasse zwar in solchen Verfahren - das heisst in der Begründung prozessleitender Verfügungen wie einem Beweisentscheid - zu, dass sich die Untersuchungsbehörde kurz fasse

und in der Begründung auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränke (vgl. Wortlaut von Art. 248 StrV). Erforderlich sei aber allemal eine konkrete und sachbezogene Auseinandersetzung mit den vom Antragsteller vorgebrachten Argumenten. Die Anklagekammer erwog diverse Argumente für und gegen die beantragte Beweisführung, und hielt ua. fest, dass der Untersuchungsrichter, welcher an den Ort des Geschehens ausgerückt war, möglicherweise Elemente des Falles kenne, welche nicht aktenkundig seien. Es sei weder Aufgabe der Anklagekammer, noch sei es ihr umfassend genug möglich, zu den gestellten Beweisanträge als erste Stellung zu nehmen. Das sei Aufgabe der Untersuchungsbehörde, welche über die Anträge mit rechtsgenügender Begründung zu entscheiden habe. Die Kammer hob deshalb den angefochtenen Entscheid auf und wies die Akten zur Neuentscheidung über die Beweisanträge an die Untersuchungsbehörde zurück.

Bereits in AK Nr. 646/2001 hatte die Anklagekammer in einem anderen Fall einen Rekurs (nur) in dem Sinne gutgeheissen, als die Untersuchungsbehörde angewiesen wurde, einen (abweisenden) Entscheid zu begründen.

AK Nr. 139/2000 i.A. S.P. (Beweisantragsrecht bei Frist 249 StrV; Eventualantrag; Kasation des Überweisungsbeschlusses bei fehlendem Entscheid über Beweisantrag)

In einem Verfahren wegen (ua.) ungetreuer Geschäftsbesorgung liess der Angeschuldigte im Rahmen der Stellungnahme gemäss Art. 249 StrV beantragen, die Strafverfolgung sei aufzuheben. Eventualiter wurde verlangt, der Angeschuldigte sei zu einem bestimmten Brief einzuvernehmen. Untersuchungsrichter und Staatsanwalt überwiesen den Angeschuldigten dem Strafeinzelgericht. Dagegen führte S.P. Beweisrekurs und Beschwerde. Auf Ersteren trat die Anklagekammer nicht ein, weil gegen Überweisungsbeschlüsse kein Rekurs geführt werden kann (Umkehrschluss aus Art. 322 StrV). Zur Beschwerde erwog die Anklagekammer Folgendes: Anträge von Parteien müssen klar und eindeutig sein, sie sind in der Regel auch bedingungsfeindlich. Mehrere Beweisanträge als Haupt-, Eventual- und Subeventualantrag zu stellen, ist zulässig, dagegen grundsätzlich nicht, einen Hauptantrag auf Aufhebung oder Freispruch zu stellen und eventualiter – für den Fall, dass die Untersuchungsbehörde überweisen oder das Gericht schuldig erklären will – einen Beweisantrag zu stellen. Art. 249 Abs. 2 StrV gestattet den Parteien indessen, sich gleichzeitig zum Untersuchungsergebnis zu äussern, weitere Untersuchungshandlungen zu beantragen und Anträge zum Ausgang des Verfahrens zu stellen. Damit kann ein wie vorliegend eventualiter gestellter Beweisantrag nach der besonderen Konzeption von Art. 249 StrV sowie dem Vertrauensgrundsatz nur so verstanden werden, dass der Untersuchungsrichter sich entschliessen möge, einen Aufhebungs- oder Überweisungsantrag zu stellen, und dass er im zweiten Fall unter Zurückstellung eben dieses Entschlusses vorweg formell über den Beweisantrag entscheiden solle. Die Voruntersuchung ist denn auch erst geschlossen (vgl. Art. 250 StrV), wenn zusätzlich beantragte Untersuchungshandlungen durchgeführt oder deren Durchführung rechtskräftig abgelehnt worden ist. Entsprechend wurde die Beschwerde gutgeheissen, der Überweisungsbeschluss gestützt auf Art. 27 Abs. 1 letzter Satz StrV von Amtes wegen aufgehoben und der Untersuchungsrichter angewiesen, über den gestellten Beweisantrag zu entscheiden.

AK Nr. 600/2000 i.S. P. (Beweisrekurs; Eventualantrag)

In einer analogen Konstellation wurde auf Beweisrekurs ein Überweisungsbeschluss von Amtes wegen aufgehoben und der Untersuchungsrichter angewiesen, über den Beweisantrag auf Einholen einer (weiteren) Schriftexpertise zu entscheiden. Auch dieser Antrag war (vom Privatkläger) gestellt worden, als der Untersuchungsrichter die Absicht ankündigte, die Strafverfolgung aufzuheben und die (hohen) Verfahrenskosten der Privatklägerschaft aufzuerlegen. Der Beweisantrag war dabei nur für den Fall gestellt worden, dass dem privatklägerischen Hauptantrag auf Kostenübernahme durch den Kanton nicht gefolgt würde.

In Fällen, bei denen eine Untersuchungsbehörde ohne jede Begründung einen Beweisantrag förmlich ablehnt oder aber darüber „wortlos“ hinweggeht und überhaupt nicht entscheidet,

bzw. durch den weiteren Verfahrensschritt der Überweisung implizit diesen ablehnt, kann die Anklagekammer, welche mit einer Beschwerde oder einem Rekurs angerufen wird, nicht inhaltlich entscheiden. Dies, weil eine Begründung der Untersuchungsbehörde zum Beweis Antrag eben fehlt, damit die Begründungspflicht verletzt wird, und es nicht Sache der Anklagekammer ist, quasi „erstinstanzlich“ über einen Beweis Antrag zu befinden, sondern nur, einen begründeten Entscheid der Untersuchungsbehörde zu überprüfen (vgl. vorne, Begründungspflicht bei Beweisentscheid, AK Nr. 178 / 2003 i.S. R.). Es bleibt nur die „Notbremse“ der Aufhebung der Überweisung gestützt auf Art. 27 StrV, wenn die Anklagekammer mit Beschwerde oder Rekurs angerufen wird.

**AK Nr. 418/2000 i.S. P.I. ; AK Nr. 420/2000 i.S. S.S. ; AK Nr. 387/2003 i.S. G.
(Es gibt keinen „negativen Beweisrekurs“)**

Die Anklagekammer wurde mehrmals mit Rekursen befasst, mittels welcher eine Partei erreichen wollte, dass ein Beweismittel aus den Akten entfernt werden soll. Das Rechtsmittel des Rekurses steht indessen für derartige Begehren nicht zur Verfügung. Die allgemeinen Überlegungen dazu seien hier aus dem **Entscheid Nr. 387/2003** wiedergegeben :

„Gemäss Art. 248 StrV können abweisende Beweisentscheide der Untersuchungsbehörde mit Rekurs an die Anklagekammer weitergezogen werden....“ Bei den Beweis Anträgen gemäss Art. 248 StrV sind stets Begehren gemeint, die gemäss Art. 102 StrV zur Beweissammlung einzusetzen sind. Auf solche Beweise abzielende Anträge verlangen von der Untersuchungsbehörde ein aktives Tun im Sinne der Vervollständigung und Ergänzung der Beweissammlung. Gutheissende Rekurse der Anklagekammer gegen abweisende Beweisentscheide der Untersuchungsbehörde führen denn auch stets zu einem entsprechenden Handeln der Behörde. Diese Rekursmöglichkeit bezieht sich somit nur auf Anträge, die auf die Durchführung von ergänzenden oder neuen Beweissmassnahmen abzielen, und sie ist nicht auf die Verhinderung oder Schmälerung der Beweismittel ausgerichtet. Würde nämlich ein Rekurs gegen Entscheide über solche „negativen Beweisbegehren“ zugelassen, bestünde die Möglichkeit, dass eine Partei ihr unliebsame oder ungünstige Beweismittel mit Rekurs bekämpfen könnte. Für eine solche Aus-den-Akten-Weisung missliebiger Beweismittel ist der Beweisrekurs nicht vorgesehen und auch nicht zulässig.“

In diesem Fall war geltend gemacht worden, der Angeschuldigten sei eine bevorstehende Einvernahme einer Belastungszeugin nicht zeitgerecht mitgeteilt worden, weshalb das **Fragerecht** der Angeschuldigten (Art. 245 Abs. 4 StrV, Art. 6 Abs. 3 EMRK) nicht gewährleistet worden sei. Die Anklagekammer hielt fest, hier gehe es um die Frage der **Verwertbarkeit eines Beweismittels**, wofür der Beweisrekurs nicht zur Verfügung stehe. Darüber werde das urteilende Gericht zu entscheiden haben. Auf eine Kostenaufgabe an die unterliegende Rekurrentin wurde verzichtet, weil diese auf Grund einer falschen Rechtsmittelbelehrung der Untersuchungsbehörde überhaupt zu diesem Rechtsmittel gegriffen hatte. - Im neuen, seit 1. August 2003 geltenden Art. 289 Abs. 1 Ziff. 3 StrV ist übrigens ausdrücklich als Vor- oder Zwischenfrage vor dem urteilenden Gericht vorgesehen, dass die Frage der Verwertbarkeit von Aktenstücken oder anderen Beweismitteln aufgeworfen werden kann. - Wollte eine Partei in der Voruntersuchung etwa geltend machen, die Belassung eines rechtswidrig erhobenen Beweismittels in den Akten würde ihr - zB. allein dadurch, dass das urteilende Gericht das Beweismittel zur Kenntnis nehmen könne - nicht wiedergutzumachende Nachteile bringen, so könnte sie gegen einen Entscheid der Untersuchungsbehörde, das Beweismittel bei den Akten zu belassen, immerhin Beschwerde nach Art. 327 ff StrV einlegen.

Im **Entscheid AK Nr. 418/2000** wurde die Verfügung einer Untersuchungsbehörde angefochten, welche dem Antrag des Angeschuldigten, zu den Akten genommene **Korrespondenz aus der Untersuchungshaft** mit seinen Angehörigen seien aus den Akten zu entfernen, nicht entsprochen hatte. Die Anklagekammer trat auf den dagegen gerichteten Rekurs nicht

ein, weil dieses Rechtsmittel gegen ein „Zuviel an Beweisführung“ nicht zur Verfügung stehe und der Beweisrekurs nach Art. 248 StrV nicht ermöglichen solle, bereits in der Voruntersuchung eine „Verwertbarkeitsprüfung“ bereits erhobener Beweismittel vorzunehmen. Weil die Untersuchungsbehörde fälschlicherweise in der Rechtsmittelbelehrung auf die Rekursmöglichkeit hingewiesen hatte, wurde - gestützt auf den Vertrauensgrundsatz - die Eingabe als Beschwerde entgegengenommen und behandelt. Die Anklagekammer hielt fest, wenn der Untersuchungsrichter persönliche Korrespondenz von oder zu einem Untersuchungsgefangenen als Beweismittel zu den Akten nehme, sei es im Original oder in Kopie, so habe ein förmlicher Beschlagnahmebeschluss zu erfolgen, weil erst damit bekomme der Angeschuldigte eine begründete Antwort, weshalb Dokumente als Beweismittel tauglich erachtet und zu den Akten genommen würden und weshalb die Massnahme verhältnismässig sei. Im vorliegenden Fall war nämlich geltend gemacht worden, diese Briefe dürften als **höchstpersönliche Aufzeichnungen** im Sinne von Art. 141 Abs. 1 Ziff. 1 StrV nicht beschlagnahmt werden. Die Kammer wies die Beschwerde ab, weil die Untersuchungsrichterin mit Grund davon ausgegangen war, die Dokumente seien geeignet, Kollusionsversuche nachzuweisen, und der höchstpersönliche Charakter nach dem Inhalt der Briefe, soweit übersetzt, nicht dargetan war. Dabei konnte offen gelassen werden, ob solche Briefe überhaupt (wie Tagebücher oä). als Aufzeichnungen im Sinne der zitierten Strafverfahrensbestimmung gelten konnten oder nicht.

Im **Entscheid AK Nr. 420/2000** hatte der Anwalt des wegen Betäubungsmittelvergehens Angeschuldigten von der Untersuchungsbehörde verlangt, polizeiliche Ermittlungsergebnisse und insbesondere ein **polizeiliches Einvernahmeprotokoll** mit einer Auskunftsperson sei aus den Akten zu weisen, weil diese auf Grund einer nicht genehmigten **verdeckten Ermittlung** (Art. 214 StrV) zustande gekommen seien. Dagegen wurde Rekurs, ev. Beschwerde geführt. Die Anklagekammer trat auf den Rekurs nicht ein und wies die Beschwerde ab, weil nach der Aktenlage davon auszugehen war, dass die Auskunftsperson gegenüber dem Angeschuldigten im fraglichen Drogendeal nur ein passives Verhalten an den Tag gelegt hatte und damit keine „V-Frau-Qualität“ aufgewiesen hätte, sodass das Verwertungsverbot gemäss Art. 214 Abs. 3 Satz 3 StrV nicht zum Tragen kam.

11. Vorzeitiger Strafantritt und Kollusionsgefahr

Gleich in drei Entscheiden hat sich die Anklagekammer zur Frage geäussert, inwieweit insbesondere fortbestehende Kollusionsgefahr der Versetzung in den vorzeitigen Strafvollzug entgegenstehen kann.

AK Nr. 097/2003 (Allgemeines)

Allgemein ist vorweg davon auszugehen, dass das neue Strafverfahren nicht mehr – wie in Art. 123 alt StrV – verlangt, dass nur geständige Angeschuldigte in den vorzeitigen Strafvollzug versetzt werden können. Die Wendung „wenn der Stand des Verfahrens es zulässt“ bedeutet, dass die wesentlichen Beweismassnahmen wie Einvernahmen, Konfrontationen und Tatortbesichtigungen erfolgt sind und der Angeschuldigte der Untersuchungsbehörde nicht mehr unverzüglich zur Verfügung zu stehen hat. Die Vorschrift ist eine Kann-Vorschrift. Damit ist aber die Frage der Kollusionsgefahr nicht beantwortet. Bei der Beurteilung derselben ist einmal festzustellen, dass die Untersuchungshaft im Allgemeinen grössere Sicherheit bietet, um Kollusion zu verhindern. Im Unterschied zu den Untersuchungsgefängnissen besteht in den Vollzugsanstalten praktisch kaum die Möglichkeit den Kontakt mit der Aussenwelt zu unterbinden. Hiezu kommt, dass unter den Insassen der Vollzugsanstalt ein reger Kontakt besteht und dieser bei Bedarf auch ausgenützt wird oder werden kann, um mit der Aussenwelt zu kommunizieren. Wird einem Insassen zudem erlaubt, einer Beschäftigung nachzugehen, kann der Kontakt zu anderen auch mit organisatorischen Massnahmen kaum unterbunden werden. Mit zu berücksichtigen ist ferner, dass selbst nach Einvernahme sämtlicher Belas-

tungszeugen und sogar nach Abschluss der Voruntersuchung die Kollusionsgefahr noch weiter bestehen kann, weil für das Hauptverfahren im bernischen Strafverfahren nach wie vor das (eingeschränkte) Unmittelbarkeitsprinzip gilt.

AK Nr. 517/2003 (Fallbeispiel Kollusionsgefahr)

In diesem Entscheid führte die Anklagekammer aus, das Beweisthema, mit welchem die Untersuchungsrichterin die Kollusionsgefahr begründe, sei „schwergewichtig und zentral“. Das Schwergewicht betrug 1 Kilo, denn der Beschwerdeführer wurde von einem anderen Häftling, der sich schon im vorzeitigen Strafvollzug befand, mit dieser Menge Kokain, das er aufbewahrt haben soll, belastet. Die Anklagekammer hielt dafür, die Verweigerung des Begehrens auf vorzeitigen Strafantritt sei begründet, weil damit die Voraussetzungen geschaffen würden, welche es dem Gericht erlauben würden, mit unverfälschten Aussagen konfrontiert zu werden. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit – Untersuchungshaft somit gesehen als Zwangsmittel, welches stärker in die Freiheit des Häftlings eingreift als der Strafvollzug – wies die Anklagekammer darauf hin, der Fall stehe kurz vor der Überweisung, weshalb zeitlich gesehen der Verbleib in der Untersuchungshaft als zumutbar erschien. (staatsrechtliches Beschwerdeverfahren hängig).

AK Nr. 527/2003 (verstecktes Mobiltelefon; Besuchsrecht Ehefrau)

In einem weiteren Entscheid ergab sich eine konkrete und recht akute Kollusionsgefahr dadurch, dass den Angeschuldigten Delikte (Diebstähle mit massiven Sachbeschädigungen) vorgeworfen wurden, welche aus einer Gruppe mehr oder weniger gleichgesinnter Personen heraus begangen worden waren, wobei der Angeschuldigte zudem die Delikte teilweise bestritt, teilweise seinen Beitrag herunterzuspielen schien. Beim Angeschuldigten war bei einer Zellendurchsuchung ein Mobiltelefon zum Vorschein gekommen, welches er unerlaubt besass und auch für Aussenkontakte benutzt hatte. Das genügte für die Annahme einer konkreten Kollusionsgefahr, welche die Verweigerung des vorzeitigen Strafantritts als rechters erscheinen liess. – Im gleichen Entscheid hatte die Kammer zudem zu prüfen, ob der Untersuchungsrichter das Besuchsrecht der Ehefrau verweigern durfte. Die Kammer hielt fest, das Recht auf Ehe und Familie und damit auch die Möglichkeit eines persönlichen Kontaktes sei verfassungsrechtlich gewährleistet. Art. 186 StrV sei die gesetzliche Grundlage für eine Einschränkung, wenn der Untersuchungszweck dies erfordere. Da die Aussagen der Ehefrau von einiger Bedeutung waren und mit denjenigen des Angeschuldigten nicht übereinstimmten, hielt die Kammer die Verweigerung der Besuchserlaubnis (Besuche der Kinder wurden zugelassen) für rechters, zumal briefliche Kontakte unbeschränkt möglich waren.

Als Fazit kann ungefähr festgehalten werden : Kollusionsgefahr kann Grund sein, den vorzeitigen Straf- oder Massnahmeantritt zu verweigern. Beim Entscheid darüber ist allerdings immer vor Augen zu halten, dass Geständigkeit nicht Voraussetzung für den „Vorzeitigen“ ist und deshalb dieser – fortgeschrittene Untersuchung vorausgesetzt – in der Regel zu gewähren ist. Insbesondere können divergierende Aussagen in Nebenpunkten oder betreffend untergeordneten Delikten nicht zu einer Verweigerung des vorzeitigen Vollzugs führen. Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit sind auch die zeitlichen Gegebenheiten in Rechnung zu stellen : je länger es voraussichtlich noch andauert, bis der Angeschuldigte vor Gericht steht, desto gewichtigere (Kollusions)-Argumente braucht es, um ein Gesuch um vorzeitigen Strafantritt abzuweisen.

12. Zwangsmassnahmen und Sitzungspolizei

AK 359/2001 i.S. M. (Beschwer; Fuss-Fesselung bei Einvernahme)

Am 5. Juli 2001 wurde der wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz ange-schuldigte M. dem Untersuchungsrichter aus der Untersuchungshaft zur Einvernahme vorge-

führt. Zu Beginn dieser Einvernahme verlangte die Verteidigung, der Angeschuldigte sei von den Fussfesseln zu befreien, was der Untersuchungsrichter ablehnte. Nach Durchführung der Einvernahme führte der Angeschuldigte am 9. Juli 2001 gegen diesen Entscheid Beschwerde mit dem Antrag, es sei festzustellen, dass die Fesselung des M. während der Einvernahme vom 5. Juli 2001 rechtswidrig gewesen sei und der Untersuchungsrichter sei anzuweisen, den Beschwerdeführer bei weiteren Einvernahmen nicht mehr fesseln zu lassen.

Notwendig für die Legitimation zu jedem Rechtsmittel ist ein aktuelles praktisches Interesse am Ausgang des angestrebten Verfahrens, mithin das Vorliegen einer „Beschwerde“. Dieses Erfordernis soll sicherstellen, dass ein Gericht konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet und die Überprüfung eines Urteils nicht zum Selbstzweck wird. Das aktuelle Interesse ist zu verneinen, wenn die verlangte Amtshandlung bereits ergangen ist oder die Unterlassung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (BVR 1986 S. 91). Auf dieses Erfordernis des aktuellen Interesses ist indessen ausnahmsweise zu verzichten, wenn es um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung geht, der gerügte Mangel sich jederzeit wiederholen könnte, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum mehr möglich und für die beschwerdeführende Partei weiterhin von praktischem Nutzen ist (vgl. dazu MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, N 25/26 zu Art. 65 VRPG und BGE 121 I 281 ff, 120 Ia 166 ff. mit Hinweisen). Da im vorliegenden Fall noch weitere Einvernahmen zu erwarten waren, blieb somit für den Beschwerdeführer das praktische Interesse an einem Beschwerdeentscheid bestehen und auf die Beschwerde war einzutreten.

Der Beschwerdeführer machte geltend, die gesetzliche Grundlage für eine Fesselung sei in Art. 167 StrV abschliessend geregelt und verlange bestimmte Voraussetzungen wie tätliche Widersetzlichkeit oder begründeten Fluchtverdacht etc (Abs. 2 der Bestimmung). Die Fesselung sei sodann nach Art. 167 StrV nur bei Anhaltung, Festnahme und Verhaftung zulässig, aber nicht bei der Durchführung einer Einvernahme. – Die Anklagekammer kam nach ausführlischer Auslegung, welche hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden soll, zum Zwischenergebnis, dass sich allein aus dem Wortlaut von Art. 167 StrV keine direkt anwendbare gesetzliche Grundlage für eine Fesselung während einer Einvernahme herleiten lassen. Die Bestimmung regle die Rechtslage bei der Inhaftnahme, nicht die Rechtslage während des Verhaftetseins. Dafür sah sie eine gesetzliche Grundlage in Art. 186 StrV (Randtitel (Haftvollzug, Allgemeines) , wonach die inhaftierte Person in ihrer persönlichen Freiheit nur insoweit eingeschränkt werden kann, als der Untersuchungszweck, die Sicherheit des Personals und der Öffentlichkeit sowie die Ordnung in der Haftanstalt es erfordern. Diese Generalklausel regle nicht bloss die Rechtslage im Untersuchungsgefängnis, sondern diejenige des Verhafteten überhaupt, womit diese Bestimmung die rechtliche Grundlage dafür abgebe, dass eine inhaftierte Person, wenn sie sich aus irgendeinem Grunde aus der Haftanstalt begeben müsse, in ihren Grundrechten eingeschränkt werden dürfe. Dabei könnten die in Art. 167 StrV niedergelegten Massstäbe für die Frage der Zulässigkeit einer Fesselung während einer Vorführung oder anlässlich einer Einvernahme von der Verfahrensleitung, welche für die Anordnung dieser Massnahme zuständig sei (Art. 58 StrV), per analogiam herangezogen werden. Für den konkreten Fall hielt die Anklagekammer dafür, dass der Untersuchungsrichter angesichts der bestehenden Fluchtgefahr, der gefährlichen Delinquenz des Angeschuldigten (ua. auch Raub), der gegenüber Dritten ausgestossenen telefonischen Drohungen sowie der wenig gesicherten räumlichen Verhältnisse beim damaligen Untersuchungsrichteramt recht- und verhältnismässig handelte, als er den Angeschuldigten in Fussfesseln belies. Insbesondere konnte auch nicht davon ausgegangen werden, die Fussfesselung sei erniedrigend oder unmenschlich (vgl. Art. 3 EMRK, Art. 7, 10 Abs. 3 BV) und damit absolut verboten, zumal es um eine Einvernahme in einem nicht öffentlichen Raum ging, der Angeschuldigte in sitzender Position, und in Anwesenheit bloss derjenigen Personen, welche konkret mit der Sache befasst waren. Die Anklagekammer wies schliesslich darauf hin, dass dies grundsätzlich auch für Hauptverhandlungen gelte, soweit die übrigen Voraussetzungen (Erforderlichkeit, Verhältnismässigkeit) vorlägen.

AK Nr. 166/2002 i.S.L. (Sitzungspolizei; Durchsuchung nach Waffen)

Der Gerichtspräsident hatte gegen L. ein Strafverfahren wegen Sachbeschädigung und Beschimpfung zu führen. Hintergrund war eine diffizile nachbarschaftliche Beziehung zwischen dem Angeschuldigten und dem Privatkläger. Der Gerichtspräsident beauftragte für einen vorgezogenen Zeugeneinvernahmetermin sowie die Hauptverhandlung die Kantonspolizei, den Angeschuldigten vor der Verhandlung zu durchsuchen. Mit der angeordneten Leibesvisitation wollte er verhindern, dass der Angeschuldigte den Saal mit Waffen betrete. Nach seinen Informationen war das Verhalten des Angeschuldigten in mehreren Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahren auffällig, der Angeschuldigte sei misstrauisch und pedantisch, er fühle sich von den Behörden ungerecht behandelt und möglicherweise verfolgt, sein zehnjähriger Streit mit den Nachbarn sei im ganzen Amtsbezirk bekannt und die Sympathien der Bevölkerung lägen auf der Seite der Nachbarn. Der Angeschuldigte habe mehrere Gesuche zum Erwerb von Faustfeuerwaffen gestellt. Gegenüber dem Gerichtspräsidenten habe sich der Angeschuldigte zwar bisher anständig verhalten und auch keine Drohungen ausgesprochen. Jedoch sei davon auszugehen, dass der Angeschuldigte sich gedemütigt und unverstanden fühle, sich Frustration, Hass- und Rachegefühle aufgebaut hätten und es dem Richter deshalb darum ging, eine allfällige Gewaltbereitschaft zu erkennen. - Der Angeschuldigte beschwerte sich bei der Anklagekammer über diese Massnahme und machte geltend, sie verletze seine Persönlichkeitsrechte und sei - im Lichte von Art. 23 Polizeigesetz - unverhältnismässig. Die Anklagekammer wies die Beschwerde ab. Der Gerichtspräsident kann als Verfahrensleiter gestützt auf Art. 59 Abs. 2 StrV nicht bloss reaktive, sondern auch präventive Massnahmen treffen. Für Letztere muss eine gewisse Verdachtslage gegeben sein, diese muss aber dann als solche genügen. Eine psychische Ausgangssituation, welche eine gewisse Gefahrenlage indiziert, nämlich hier die Befürchtung, der Angeschuldigte könnte eine Waffe mitbringen, rechtfertigt eine solche Kontrollmassnahme. Der Gerichtspräsident hatte in seiner Vernehmung darüber hinaus präzisiert, dass aus seiner Sicht bei der Durchsuchung nach Waffen (und nicht auf anderes wie zB. Drogen) auf die Kontrolle von Körperöffnungen verzichtet werden kann.

Eine dagegen gerichtete staatsrechtliche Beschwerde wies das Bundesgericht ab (1 P. 299/2002 und 1.P. 300/2002; Praxis 2/2003, Nr. 22). Die Anhaltspunkte, welche den Richter zu der getroffenen Sicherheitsmassnahme veranlasst hätten, seien zwar vage. Die Durchsuchung liege aber fraglos im öffentlichen Interesse. Angesichts des verheerenden Schadens, den beispielsweise ein Amokschütze in einem Gerichtssaal anrichten könne, erscheine eine derart milde, dem Betroffenen allenfalls lästige, ihn aber nicht weiter beeinträchtigende Massnahme schon dann verhältnismässig, wenn nur geringfügige Indizien dafür bestünden, dass jemand bewaffnet zum Gerichtstermin erscheinen könnte. Mit dieser Massnahme werde der Beschwerdeführer keineswegs zum potenziellen Amokschützen abgestempelt, denn es liege in der Natur solcher präventiver Sicherheitsmassnahmen, dass sie in ihrer weit überwiegenden Mehrzahl Personen betreffen, die keinerlei unlautere Absichten hätten. Die Durchsuchung sei deshalb verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden und im übrigen damit auch nicht geeignet, den Gerichtspräsidenten als befangen erscheinen zu lassen.

Der letzte Satz zeigt einen heiklen Aspekt auf, der bereits vor der Anklagekammer geltend gemacht worden war : Mit der Anordnung einer präventiven Kontrollmassnahme gegenüber einer Partei oder einer einzigen Person setzt sich ein Verfahrensleiter rasch dem Vorwurf der Parteilichkeit aus. Es scheint aus dieser Optik in derartigen Fällen wohl ratsam, alle Personen, welche den Gerichtssaal betreten wollen, gleich zu behandeln und einer Kontrolle zu unterwerfen, vorzugsweise mit technischen Mitteln wie Metalldetektoren, welche ja heute zur Verfügung stehen. Schliesslich : Jeder Besucher eines Fussballspiels der Super- oder Challenge-League muss sich heutzutage gefallen lassen, dass er durch private Sicherheitsleute abgetastet wird und Rucksack oder Tasche nach Wurfgeschossen oder Flaschen durchsucht

werden. Was für das Tschutzen recht ist, scheint für Gerichtsverhandlungen (mit latenter Gefahrenlage) nur billig.

13. Zum Begriff Strafverfolgungsbehörde

AK Nr. 576/2002 i.S.G. (Strafverfolgungsorgan ; gerichtliche Polizei)

In einem umfangreichen Strafverfahren gegen G. wegen Widerhandlung gegen ANAG, AVG und AHVG bewilligte der zuständige Untersuchungsrichter der Polizei, welche die Angelegenheit bearbeitete, den „Beizug von Fachpersonen des Kantonalen Amtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit KIGA für die weiteren Ermittlungshandlungen“. Die durch das KIGA selber zu bestimmenden Fachangestellten wurden gemäss dieser Verfügung der Aufsicht der Anklagekammer des Obergerichts und der Geheimhaltungspflicht nach Art. 69 StrV unterstellt.

Der betroffene Angeschuldigte führte dagegen Beschwerde und trug vor, es fehle an einer rechtlichen Grundlage, um die Fachbeamten des KIGA mit Ermittlungshandlungen gegen ihn zu betrauen. Dem KIGA fehle es auch an der nötigen Unabhängigkeit, um als sachverständige Person im Sinne von Art. 102 Abs. 1 Ziff. 3 in Verb. mit Art. 128 ff StrV beigezogen werden zu können. Der Untersuchungsrichter machte geltend, die offene Bestimmung von Art. 26 Ziff. 2 StrV erlaube es, neben den ausdrücklich erwähnten Jagd-, Naturschutz- und Fischereiaufsehern auch weitere Beamte von kantonalen Ämtern als „andere Personen“ zu betrachten, denen (gerichts-) polizeiliche Aufgaben übertragen seien. Er wies nach, dass dem (damaligen) KIGA viele Aufgaben wirtschaftspolitischer und wirtschaftspolizeilicher Art sowie Aufsichts- und Kontrollfunktionen zugewiesen seien, welche polizeilichen Charakter hätten.

Die Anklagekammer erachtete es für ihre Entscheidung als notwendig, auf Grundsätze des allgemeinen Polizeirechts einzutreten. Sie wies zunächst hin auf den materiellen Polizeibegriff, der alle staatliche Tätigkeit zum Zweck der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie der Beseitigung von Störungen umfasse. Im Bereich der Straftaten gehe es beim materiellen Polizeibegriff um die Verhinderung derselben sowie noch um die Beseitigung von daraus entstandenen Nachteilen (Geiselfreiung, Wiederbeschaffung gestohlenen Gutes). Dagegen sei die Mitwirkung bei der Strafverfolgung systematisch klar vom materiellen Polizeibegriff zu trennen und unterliege auch normtechnisch anderen Gesetzen, nämlich dem Strafprozessrecht. Ob eine Verwaltungsstelle auch Strafverfolgungsfunktionen ausüben könne, hänge von der konkreten gesetzlichen Grundlage ab, wobei in dieser Hinsicht eine ausweitende Auslegung aus rechtsstaatlicher Sicht nicht zulässig sei. Für die Auslegung von Art. 26 Ziff. 2 StrV sei deshalb die Wendung wichtig, wonach diesen anderen Personen hinsichtlich **bestimmter Amtsverrichtungen** polizeiliche Aufgaben übertragen seien, welche sie gewissermassen als Hilfsorgane der gerichtlichen Polizei erscheinen liessen. Beim Jagdaufseher regle Art. 54 des Gesetzes über Jagd-, Wild- und Vogelschutz ausdrücklich, die Organe der Wildhut seien Teil der gerichtlichen Polizei, welche mit Ermächtigung der zuständigen Behörde auch Haussuchungen durchführen könnten. Art. 53 des Fischereigesetzes bezeichne die Angehörigen der Fischereiaufsicht als Organe der Strafverfolgungsbehörden, denen Zutrittsrechte zu Grundstücken und Anlagen zustünden. An solchen Zuweisungen konkreter **gerichtspolizeilicher** Aufgaben an das KIGA fehle es, und für eine ganz allgemeine Zuweisung von Ermittlungshandlungen mit Strafverfolgungscharakter fehle für das KIGA an einer gesetzlichen Grundlage. Art. 26 Ziff. 2 StrV beschränke diese gerichtspolizeilichen Aktivitäten konkret auf die in den besonderen Gesetzen umschriebenen Handlungen. Der Beizug von Fachpersonen des KIGA in dieser allgemeinen Form erwies sich deshalb nach Ansicht der Anklagekammer als durch Art. 26 Ziff. 2 StrV nicht gedeckt. Dementsprechend wurde die Beschwerde gutgeheissen und die angefochtene Verfügung aufgehoben. – Immerhin wurde darauf hingewiesen, dass es zulässig sei, gestützt auf Art. 102 Abs. 1 Ziff. 8 StrV beim KIGA zu konkreten Sachbereichen eine schriftliche Auskunft einzuholen.

14. Verfahren vor dem Strafeinzelgericht

AK Nr. 249/2000 i.S. T. (Hauptverhandlung unmittelbar nach erster Einvernahme; Verzicht auf Ladungsfrist)

In einem Strafverfahren wegen Ehr- und Amtsgeheimnisverletzung (Gegenanzeigen) teilte der Gerichtspräsident den Parteien mit, am Termin X. werde vormittags die erste Einvernahme, am Nachmittag die Hauptverhandlung durchgeführt. Dagegen führte eine Partei Beschwerde und machte geltend, bei solcher Verhandlungsdisposition sei es den Parteien nicht möglich, zeitgerecht weitere Beweisanträge vorzubereiten und zu stellen, und die Verfahrensleitung habe nicht die Möglichkeit, derartige Beweisanträge im Sinne von Art. 281 Abs. 3 StrV zu prüfen und vor Beginn der Hauptverhandlung darüber zu entscheiden. Das bedeute eine wesentliche Schmälerung der Parteirechte. – Die Anklagekammer hiess die Beschwerde gut und hielt fest, eine unverzüglich an die erste Einvernahme anschliessende Hauptverhandlung dürfe gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Regelung nur stattfinden, wenn die Parteien auf die gesetzliche Ladungsfrist zur Hauptverhandlung verzichten würden (Art. 277 StrV).

Eine Vorladung zur „ersten Einvernahme eventuell Hauptverhandlung“, wie oft praktiziert, ändert an dieser verfahrensrechtlichen Lage nichts. Nach Abschluss der ersten Einvernahme kann die Hauptverhandlung nicht begonnen werden, wenn die Parteien nicht auf die Ladungsfrist verzichten oder sich - stillschweigend - auf die Hauptverhandlung einlassen.

AK Nr. 580/2001 i.S. K. (Terminverschiebung und Anspruch auf Verteidigung)

Am 26. April 2001 hatte vor dem zuständigen Gerichtspräsidenten die erste Einvernahme gegen K. wegen Führens eines Motorfahrzeuges trotz entzogenem Ausweis stattgefunden. Ein erstes Mal hatte die auf 19. Juli angesetzte Hauptverhandlung wegen Krankheit des Angeeschuldigten (Operation) verschoben werden müssen. Gleichzeitig war zur Hauptverhandlung neu vorgeladen worden auf 6. Dezember 2001. Am 31. Oktober, also gut einen Monat vor der Verhandlung, wandte sich der am gleichen Tag mandatierte Anwalt des Angeeschuldigten an das Gericht und ersuchte wegen Terminkollision um Verschiebung der Verhandlung. Der Gerichtspräsident wies das Verschiebungsgesuch ab; die erneute Vorladung sei dem Angeeschuldigten bereits im Juli bekannt gewesen, der Angeeschuldigte habe bereits bei der ersten Einvernahme davon gesprochen, einen Anwalt beiziehen zu wollen, sodass sich das Verschiebungsgesuch als beinahe trölerisch erweise. Dem Angeeschuldigten sei zuzumuten, einen Anwalt zu konsultieren, der für den angesetzten Termin verfügbar sei.

Gemäss Art. 75 Abs. 1 StrV können Fristerstreckungen oder Terminverschiebungen auf rechtzeitiges Gesuch durch die Verfahrensleitung bewilligt werden, sofern dafür wichtige Gründe vorliegen. Der Wortlaut der Bestimmung, das heisst insbesondere die „Kann“-Formel sowie der Hinweis auf „wichtige Gründe“ räumen der Verfahrensleitung grundsätzlich grosses Ermessen ein. Strafverfahren sollen ohne Verzögerung durchgeführt werden (Art. 55 Ziff. 4 StrV), weshalb Terminverschiebungen nicht leichthin zu bewilligen sind. Gegenüber fadencheinigen Gesuchen in letzter Minute, welche nur den Zweck haben, die Sache hinauszuzögern, ist eine gewisse Härte am Platz (AESCHLIMANN, Einführung in das Strafprozessrecht, N 710). Eine Einschränkung erfährt die Handhabung von Art. 75 durch das gesetzlich (Art. 49 StrV) eingeräumte Recht des Angeeschuldigten, in jedem Stadium des Verfahrens einen Rechtsbeistand beizuziehen, und zwar nach seiner freien Wahl. Das Recht auf Verteidigung und auch die grundsätzlich freie Wahl ist verfassungsrechtlich (Art. 32 Abs. 2 BV) sowie durch die EMRK (Art. 6 Abs. 3 c) garantiert und gilt selbst für Bagatellfälle, wozu der vorliegende Fall im Übrigen nicht gehörte (vgl. a.a. O. N 514). Art 55 StrV ist deshalb in einem Fall, wo der Angeeschuldigte einen Verteidiger beizieht oder beiziehen will, im Lichte dieser Bestimmungen zu handhaben (vgl. KASSATIONSGERICHT ZÜRICH, ZR 99/2000 NR. 41). Das bedeutet, dass die Verschiebung eines Termins wegen Beizug oder Wechsel eines Verteidigers jedenfalls dann zu bewilligen ist, wenn das Verschiebungsgesuch nicht rechtsmissbräuchlich oder - gleichbedeutend - trölerisch erscheint. Es ist denn auch feststehende Gerichtspraxis,

dass erst- und oberinstanzliche Verhandlungstermine auf Grund oftmals kurzfristiger Einschaltung eines Verteidigers - so unangenehm das für die Gerichtsbehörden ist - verschoben werden (müssen). Zwar hatte der Angeschuldigte nach der Vorladung drei Monate verstreichen lassen, immerhin aber gut einen Monat vor der Verhandlung und damit rechtzeitig das Verschiebungsgesuch gestellt. Auch die drohende Verjährung war kein Grund, das Verschiebungsgesuch abzulehnen, da noch genug Zeit verblieb, das Verfahren erst- und oberinstanzlich vor Eintritt der absoluten Verjährung zum Ende zu bringen. Weil keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass der Angeschuldigte einfach das Verfahren verzögern wollte, kam die Anklagekammer zum Schluss, der Gerichtspräsident habe das ihm zustehende Ermessen überschritten. Damit war die Beschwerde gutzuheissen.

AK Nr. 085/2003 i.S. K. (Vorladung, Verhältnismässigkeitsgrundsatz)

An schönen Tagen pflegen flotte Motorradfahrer in Gruppen die Grimselstrasse zu befahren, ohne sonderlich auf die Tempolimiten zu achten. Auch K. gehörte zu einer solchen Gruppe, wurde ohne Anhaltmannschaft geblitzt und verzeigt und machte in der rechtshilfweisen Einvernahme in Deutschland geltend, was Standard zu sein scheint, nämlich, dass man die Motorräder untereinander ausgetauscht hätte und er selber im fraglichen Moment nicht auf seiner Maschine gesessen hätte. Das gab dem Strafeinzelrichter nach Einspruch gegen ein Strafmandat Anlass, den Mann nach Interlaken vorzuladen, wohl verbunden mit der Hoffnung, der Einsprecher werde nicht erscheinen und sein Einspruch würde als zurückgezogen gelten (Art. 271 Abs. 1 StrV). Der inzwischen eingeschaltete Anwalt verlangte, sein Mandant sei (erneut) an seinem Wohnsitz in Deutschland rechtshilfweise einzuvernehmen. Der Richter hielt an der Vorladung fest mit der Begründung, der Angeschuldigte habe sich grundsätzlich vor dem zuständigen Richter zu verantworten und er würde im Falle eines Freispruchs entschädigt. Mittels Beschwerde zum Entscheid angerufen, erwog die Anklagekammer was folgt :

Nach Art. 93 StrV wird eine Person, welche einvernommen werden soll, in der Regel zum persönlichen Erscheinen vorgeladen, wobei grundsätzlich jedermann verpflichtet ist, einer Vorladung Folge zu leisten. Die Ausnahmen (zB. Krankheit, Art. 96 Abs. 2) zeigen bereits, dass die Erscheinungspflicht nicht schrankenlose Geltung hat. Interkantonal und international ist auch eine entsprechende Rechtshilfe vorgesehen, wobei mit Deutschland sogar der direkte Verkehr unter Amtsstellen möglich ist. Der Richter hat bei allen Dispositionen, die er gestützt auf die ihm zustehende Befugnis der Verfahrensleitung (Art. 58 StrV) trifft, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren, welcher Verfassungsrang hat. Der Richter habe nicht dargelegt, welche Gründe zwingend dafür sprächen, dass er den Angeschuldigten persönlich einvernehmen müsse. Solche Gründe seien nicht ersichtlich, zumal der Angeschuldigte bereits zur Sache ausgesagt und klar zum Ausdruck gebracht hätte, dass er nicht mehr und anderes aussagen könne oder wolle. Das Gewicht der Anschuldigung (einfache Verkehrsregelverletzung), die Entfernung des Wohnortes (Immenhausen, eine Autofahrtstunde von Zürich entfernt) vom Sitz des Gerichts, und die bestehende Möglichkeit, sofern nötig, den Angeschuldigten rechtshilfweise durch die deutschen Behörden einvernehmen zu lassen, lasse die Vorladung nach Interlaken, verbunden mit einer mehrstündigen Anreise, für den Angeschuldigten als nicht zumutbar erscheinen. Das Festhalten an derselben taxierte die Anklagekammer als Ermessensüberschreitung, was Guttheissung der Beschwerde zur Folge hatte.

15. Akteneinsicht und Datenschutz

AK Nr. 529/2002 i.S. J.c.V. (Akteneinsicht der Privatklägerin; Kollusionsgefahr)

In einem Strafverfahren wegen sexueller Nötigung, ev. sexuellen Handlungen mit Anstaltspfleglingen etc. hatte der Untersuchungsrichter sich geweigert, der Privatklägerin vor ihrer Einvernahme beim Untersuchungsrichter vollständige Einsicht in die Akten und namentlich in

ein bereits vorhandenes polizeiliches Einvernahmeprotokoll mit dem Angeschuldigten zu geben. Er berief sich dabei auf Verdunkelungsgefahr, hergeleitet aus Unstimmigkeiten in zeitlicher Hinsicht zwischen der Strafanzeige der Geschädigten und den Aussagen des Angeschuldigten, was aus seiner Sicht nötig machte, vorweg eingehend die Privatklägerin einzuvernehmen.

An diesem Fall zeigte sich, dass die Begriffe der Verdunkelungsgefahr gemäss Art. 176 Abs. 2 Ziff. 2 StrV als Haftgrund einerseits und gemäss Art. 244 Abs. 3 StrV andererseits nicht deckungsgleich sind. Kollusionsgefahr als Haftgrund meint gemäss gesetzlicher Formulierung, dass Gründe zur Annahme bestehen, dass der Angeschuldigte durch Beeinflussung von Personen oder Einwirkung auf Spuren oder Beweismittel die Abklärung des Sachverhaltes vereiteln oder gefährden könnte. Allein die Gefahr, dass der Angeschuldigte seine Aussagen an diejenigen anderer Personen anpassen könnte, genügt für die Annahme der Kollusionsgefahr als Haftgrund nicht. Demgegenüber kann die Akteneinsicht gegenüber einer Partei durchaus prinzipiell ganz oder teilweise verweigert werden, soweit und solange die Gefahr besteht, dass diese Partei ihre Aussagen taktisch der Aktenlage anpassen könnte.

Die Anklagekammer führte dazu aus, Lehre und Rechtsprechung würden sich bei der Frage, ob Akteneinsicht gewährt werden könne, u.a. am Kriterium des Verfahrensstandes orientieren, mit dem Ergebnis, dass eine Kollusionsgefahr häufig, wenn nicht gar regelmässig vor der ersten einlässlichen Einvernahme des Angeschuldigten oder solange die wichtigsten Zeugen nicht einvernommen seien, zu bejahen sei. In der Regel gefährde eine vollständige Akteneinsicht die Wahrheitsfindung zwangsläufig, wenn die Verfahrensbeteiligten vorgängig ihrer eigenen einlässlichen Befragung Kenntnis von den Aussagen anderer Personen und Einblick in weitere Aktenstücke hätten (vgl. AK Nr. 201/2000 vom 14.04.2000 i.S. M.D. mit Hinweis auf WYSS in ZBJV 122 (1986) 259 ff.). Der Aufsatz von Wyss beziehe sich zwar auf das alte Strafverfahren, habe aber nach wie vor Richtlinienfunktion mit der Konsequenz, dass die Untersuchungsbehörde nicht verpflichtet sei, die Beweislage vor der ersten Einvernahme des Angeschuldigten und der wichtigsten Zeugen offen zu legen, wenn Aktenkenntnis der zu befragenden Personen zur Folge haben könnte, dass sie ihre Aussagen bisherigen Ermittlungsergebnissen anpassen würden. Zu den erwähnten Zeugen gehöre auch das Opfer, ungeachtet der Frage, ob dieses Zeugenqualität habe oder mit einer Konstitution der Privatklägerschaft zur Partei geworden sei. Die teilweise Verweigerung gegenüber der Privatklägerin erwies sich deshalb als rechtens.

AK Nr. 552/2002 i.S. R. und Z. (Akteneinsicht Angehöriger bei ag. Todesfall)

Z. wurde angeschuldigt, mittels gestohlener Postcard zum Nachteil des E. bei der Post unter 8 Malen je Fr. 1000.-- abgehoben zu haben. Bei einer Haussuchung wurde Bargeld von Fr. 3100.-- beschlagnahmt. Z. begab sich tags darauf in eine Stadt und nahm sich dort das Leben. - Die Lebenspartnerin des Verstorbenen sowie seine Mutter verlangten bei der Untersuchungsbehörde Einsicht in die Strafakten mit dreifacher Begründung : Zum einen erhob die Lebenspartnerin des verstorbenen Angeschuldigten Anspruch auf den beschlagnahmten Geldbetrag, zum zweiten bestehe die Absicht, von den Untersuchungsbehörden als Erben des Verstorbenen Entschädigungsansprüche für die ungerechtfertigte Strafverfolgung des Z. zu erheben, und drittens gehe es den Ansprechern darum, über die Umstände des Todes von Z. mehr zu erfahren, worauf sie und die gemeinsamen Kinder des Z. und seiner Lebenspartnerin aus Personenrecht Anspruch hätten. Die Untersuchungsrichterin wies das Begehren ab. Im Rekursverfahren wegen verweigerter Akteneinsicht rekurierte die Lebenspartnerin des Verstorbenen zusätzlich namens der gemeinsamen, minderjährigen Kinder und machte ua. erneut geltend, zufolge der Abweisung des Gesuches könnten sich die Rekurrenten niemals ein eigenes Bild machen über den vom Verstorbenen erstellten Zusammenhang zwischen dem gegen ihn geführten Verfahren und der von ihm empfundenen Ausweglosigkeit seiner Lage. Ihnen werde verwehrt, die näheren und unmittelbaren Umstände des Hinschieds ihres

Sohnes, Lebenspartners und Vaters zu erfahren, und somit seinen Entscheid nachzuvollziehen und zu verarbeiten; ebenso könnten sie nicht prüfen, ob allfälliges Fehlverhalten der Ermittlungsorgane den Entscheid, sich das Leben zu nehmen, beeinflusst haben könnte.

Die Anklagekammer ging davon aus, dass die Mutter des Verstorbenen unter Umständen in Vertretung der gemeinsamen Kinder, welche Erbenqualität hätten, den beschlagnahmten Geldbetrag herausverlangen könnte. Zwar stand im Zeitpunkt des Akteneinsichtsbegehrens noch nicht fest, ob die Erbschaft ausgeschlagen würde oder nicht. So oder anders seien aber die Kinder des Verstorbenen zumindest als andere Beteiligte im Sinne von Art. 82 Abs. 1 Ziff. 2 StrV anzusehen, womit ihnen ein Akteneinsichtsrecht zustehe, soweit es um die Klärung ihres Anspruches auf Herausgabe des beschlagnahmten Geldbetrages gehe. Darüberhinaus sei es ein berechtigtes Anliegen der Hinterbliebenen, das Verhalten des Verstorbenen möglichst zu verstehen und sich eine persönliche Meinung zur Begründetheit der strafrechtlichen Vorwürfe, welche gegen Z. erhoben worden waren, zu machen. Sie seien somit in ihren eigenen Persönlichkeitsrechten betroffen, angesichts des Anliegens, die Geschehnisse zu verstehen und zu verarbeiten. Die in den Akten vorhandenen Daten wiesen eine grosse „Persönlichkeitsnähe“ auf (vgl. dazu MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 47 ff.). Art. 82 StrV spreche von Interessen allgemein und lasse deshalb zu, dass auch persönlichkeitsrechtliche Interessen berücksichtigt werden könnten. Entgegenstehende, überwiegende Interessen auf Geheimhaltung der Akten auch gegenüber den Angehörigen lägen nicht vor, weshalb der Rekurs gutgeheissen und die Untersuchungsbehörde angewiesen wurde, die verlangte Akteneinsicht zu gewähren.

vgl. dazu auch vorne AK Nr. 146/2002 i.S. M. (Rechte von Angehörigen bei Obduktion).

AK Nr. 572/2002 i.S. u.T. (Datenbank von Grossverteilern; x-Card)

In einem Verfahren gegen unbekannt Taterschaft wegen Brandstiftung uam. erliess die Untersuchungsbehörde eine Editionsaufrorderung an einen Grossverteiler um Bekanntgabe von 113 Inhabern von Kunden-Karten sowie Name und Adresse eines bestimmten Karteninhabers. Die Taterschaft hatte am Tatort zwei Werkzeuge zurückgelassen, welche beim fraglichen Grossverteiler gekauft worden waren. Beschränkt auf eine bestimmte Region, hätten sich durch die Edition der erwähnten Daten Hinweise auf den Käufer und direkt oder indirekt auf die Taterschaft ergeben können. Der Grossverteiler sorgte sich um den Persönlichkeitschutz seiner Kunden und führte gegen die Editionsaufrorderung Beschwerde. Der Untersuchungsrichter wies darauf hin, dass es um die Abklärung schwerwiegender Delikte gehe und zudem weiterhin eine Gefährdung bestehe, da immer noch von der gleichen Seite her massive Drohungen gegen Personen und Sachen anonym ausgesprochen würden. – Die Anklagekammer hielt fest, es gehe um die Bekanntgabe von Daten aus einer umfassenden privaten Datei. Die Herausgabeaufrorderung lasse sich grundsätzlich auf Art. 138 ff StrV betreffend die Herausgabe und Sicherstellung von Gegenständen abstützen, zu denen auch Urkunden gehören würden (vgl. Ausnahmebestimmung von Art. 141 StrV, „Aufzeichnungen“). Die Anklagekammer ging ohne weiteres davon aus, auch Aufzeichnungen in elektronischer Form würden von der Herausgabepflicht gemäss Art. 139 StrV erfasst. Sie fügte bei, sinngemäss lasse sich die Editionsaufrorderung sodann auf 102 Ziff. 8 StrV abstützen, welcher vorsehe, dass zur Beweissammlung auch schriftliche Auskünfte von Behörden, Ärzten und ausnahmsweise anderen Personen eingesetzt werden könnten. Sie hielt fest, das auch in einem Strafverfahren die untersuchungsrichterlichen Vorkehren verhältnismässig sein müssten. Der Grundsatz habe Eingang in Verfassung und Gesetzgebung gefunden (Art. 5 Abs. 2, 36 BV). Die Teilgehalte der Verhältnismässigkeit seien dieselben wie sonst im öffentlichen Recht und bei Eingriffen in Grundrechte (vgl. BGE 124 I 40 E. 3e), nämlich

- das behördliche Handeln müsse geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen (Geeignetheit).

- Die Massnahmen dürften in zeitlicher, räumlicher, sachlicher und personeller Sicht nicht über das zur Erreichung des Ziels notwendige Mass hinausgehen (Erforderlichkeit). Eine Massnahme habe zu unterbleiben, wenn gleich geeignete, aber weniger einschneidende Massnahmen und Vorkehrungen möglich seien.
- Es müsse eine vergleichende Wertung vorgenommen werden zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme und den durch diese beeinträchtigten Interessen des Einzelnen. Die Massnahme dürfe nicht zu einem Schaden für den Betroffenen führen, der in einem Missverhältnis zum angestrebten Zweck stehe. Diese Verhältnismässigkeit im engeren Sinne verlange, dass in jedem Fall geprüft werde, ob ein Missverhältnis zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Wert des realisierbaren Erfolgs bestehe, und dass gegebenenfalls unter diesem Aspekt auf den Eingriff überhaupt zu verzichten sei. Damit werde die Frage der Zumutbarkeit zu einem Messkriterium.

Im konkreten Fall hielt die Anklagekammer dafür, die Erhebung von Daten, die auf konkrete Personen hinweisen würden, sei geeignet, verbunden mit bereits vorhandenen Erkenntnissen zu dem oder den Tätern zu führen. Die Massnahme sei auch erforderlich, denn in anderer Weise lasse sich das bereits gewonnene Material nicht ergänzen. Die Eingriffe in die Rechtsgüter der Karteninhaber, das Herausfiltern von Namen gestützt auf getätigte Einkäufe, Bekanntgabe dieser Namen und Adressen an eine Stelle, die dem Amtsgeheimnis verpflichtet sei, sei eine geringfügige direkt nachteilige Folge. Weitergehende Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen seien nicht vorgesehen oder denkbar, einzig die Täterschaft, sollte sie auf diesem Wege ermittelt werden können, habe weitere Rechtsfolgen zu gewärtigen, welche dann allerdings formellrechtlich einwandfrei abgedeckt sein würden. Der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Einzelnen sei zumutbar, das Interesse der Gesellschaft an der Ermittlung der Täterschaft überwiege klar. Auch eine Beurteilung aus der Sicht des Datenschutzgesetzes (Art. 13 DSG) führe zu keinem anderen Schluss. Dieses erlaube, Personendaten zu bearbeiten, wenn diese Bearbeitung durch öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt sei. Auf Wunsch der Beschwerdeführerin wurde die Untersuchungsbehörde aufgefordert, der ersteren mitzuteilen, wenn die Daten – nach Gebrauch – bei Untersuchungsbehörde und Polizei gelöscht worden seien.

GEDANKEN ZU DEN AUSWIRKUNGEN DES NEUEN AT STGB AUF UNSERE PRAKTISCHE ARBEIT

VERFASSER: STAATSANWALT CHARLES HAENNI

Referat, gehalten anlässlich der Weiterbildungstagung der Region Berner Jura-Seeland vom 6. Juni 2003 auf der St. Petersinsel. Die Referatsform wurde beibehalten.

Der faute de mieux gewählte Titel meines Beitrages verspricht zuviel, weil es sich eher um eine unvollständige Aufzählung von Gesetzesbestimmungen handelt, die mit dem Inkrafttreten des neuen AT StGB wahrscheinlich Einfluss auf die tägliche Arbeit der Strafjustizbehörden nehmen werden. Andererseits ist er zu eng, weil ich neben dem AT StGB stichwortartig andere Baustellen im Bereich der Strafverfolgung streifen möchte.

Wenn wir die in der kommenden Zeit in Kraft tretenden oder anfallenden strafrechtlichen Reformen materieller, formeller und organisatorischer Art anschauen, so stellen wir fest, dass sie vermutlich zusätzlichen Arbeitsaufwand mit sich bringen werden. Dies gilt für die SVG-Revision, die wohl im Jahr 2004 vermehrt Verzeigungen verursachen wird, bis Verkehrsteilnehmerinnen und -teilnehmer die neuen Grenzen ihrer Alkoholtoleranz ausgelotet haben, wie eben für die Einführung des neuen allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches. Sehr nachhaltige Auswirkungen auf die bernische Justizordnung werden aber vor allem die Schweizerische Strafprozessordnung und auf kantonaler Ebene die in der Projektphase steckende Reform der dezentralen Verwaltung (Bezirksreform) haben. Je nachdem, wie bei diesen beiden Vorhaben die Weichen schliesslich definitiv gestellt werden, könnte die bernische Justizorganisation in einigen Jahren ein stark verändertes Gesicht haben.

AT StGB

Die Einführung des AT StGB wird so oder so zumindest vorübergehend Mehrarbeit mit sich bringen. Der verabschiedete Gesetzeswortlaut enthält eine beträchtliche Anzahl von neuen Regelungen, mit denen wir uns im Hinblick auf den Berufsalltag vertraut machen müssen. Insbesondere das neue Sanktionenrecht scheint nicht dermassen einfach und übersichtlich ausgestaltet zu sein, als dass man es nach kurzem Studium in all seinen vielfältigen Facetten problemlos zur Anwendung bringen könnte. Dieser mit jeder Revision verbundene Mehraufwand ist nur vorübergehend. Bleibender Mehraufwand ist aber m.E. namentlich wegen folgender vier Bereiche absehbar:

- Die Umschreibung des räumlichen Geltungsbereiches des StGB;
- Die Sanktionenordnung an sich;
- Die von den Gerichtsbehörden zu treffenden nachträglichen Entscheide;
- Das neue Unternehmensstrafrecht.

Die Umschreibung des räumlichen Geltungsbereiches des StGB

Die neuen Bestimmungen dieses Titels sehen gegenüber dem geltenden Recht eine Ausweitung des Geltungsbereiches des StGB vor. Neu tritt in Art. 7 Abs. 2 StGB neben die sich aus aktivem und passivem Personalitätsprinzip (bisherige Regelung in Art. 5 und 6 StGB) ergebende schweizerische Zuständigkeit zusätzlich eine stellvertretende schweizerische Strafrechtspflege. Nach dieser Bestimmung können in der Schweiz befindliche Ausländer wegen

einer Auslandtat, auch wenn sie sich nicht gegen einen Schweizer gerichtet hat, unter gewissen Voraussetzungen von unseren Behörden nach StGB beurteilt werden. Diese Form der stellvertretenden Strafrechtspflege findet sich in ähnlicher Form schon in Art. 85 IRSG, weshalb von der neuen Bestimmung kaum eine erhebliche Zunahme zu behandelnder Fälle zu erwarten ist. Etwas anders verhält es sich mit dem neuen Artikel 5, der zum Kampf gegen die sexuelle Ausbeutung von Kindern durch den sogenannten Sextourismus beitragen soll. Diese neue Bestimmung sieht vor, dass ungeachtet der Täter- wie der Opfernationalität schweizerischem Recht untersteht, wer sich in der Schweiz befindet, nicht ausgeliefert wird und im Ausland abschliessend aufgezählte Sexualdelikte gegen Unmündige begangen hat. Die Bestimmung soll ermöglichen, unter Verzicht auf das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit wie auch unter Verzicht auf die Berücksichtigung des allenfalls mildereren ausländischen Rechts Personen in der Schweiz zu verfolgen, denen schwerwiegende sexuelle Handlungen gegen Unmündige im Ausland vorgeworfen werden. Nach dem bundesrätlichen Entwurf wären ausländische Personen schweizerischem Recht in diesen Fällen nur unterworfen gewesen, wenn sie in der Schweiz Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hätten. Die vom Parlament verabschiedete Fassung verzichtet auf diese Erfordernisse und lässt es genügen, dass sich jemand in der Schweiz befindet. Die Formulierung, dass dem Gesetz unterworfen sei, wer nicht ausgeliefert werde, kann m.E. im Zusammenhang mit dieser Bestimmung nicht bedeuten, dass ein ausländisches Auslieferungsgesuch zur Begründung schweizerischer Strafrechtshoheit erforderlich wäre, da ja gerade auf das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit verzichtet wird. Der auf diese Weise erweiterte Geltungsbereich des StGB könnte uns also durchaus zusätzliche Fälle und somit Mehrarbeit eintragen. Das zu erwartende zusätzliche Arbeitsvolumen wird aber gering ausfallen im Vergleich mit dem, was die

Neue Sanktionenordnung

an Zusatzaufwand einträgt. Über die kommende Sanktionenordnung ist schon viel geschrieben worden. Die Beurteilungen gehen weit auseinander. Die einen finden, mit der Gesetz gewordenen Fassung sei der ursprüngliche liberale Geist verraten worden, andere finden das künftige Gesetz im Gegenteil zu täterfreundlich. Wie dem auch sei: Eines wird man dem neuen Gesetz nicht vorwerfen können, nämlich dass es mit zuviel Simplizität ausgestaltet worden sei. Ein Autor stellt die Frage: Un code pour cinq, dix ou cent ans? und fährt fort: Le nouveau droit des sanctions est ainsi marqué par la recherche d'une flexibilité maximale. C'est sans doute à la fois sa force et sa faiblesse: le projet général mérite le respect, voire l'adhésion; sa mise en oeuvre révèle, à son stade théorique déjà, des faiblesses dont la pratique ne manquera pas d'allonger la liste; complexité du dispositif en général; incohérences dans la hiérarchie des sanctions telle qu'elle se dégage du Code, problèmes de conventionnalité ou de constitutionnalité³³.

Ich werde mich hier nicht mit der Sanktionenordnung als Ganzem auseinandersetzen. Zu diesem weiten Gebiet werden in der Zeit, die bis zum Inkrafttreten des neuen AT verbleibt, verschiedene Weiterbildungsveranstaltungen durchgeführt werden. Es sollen hier einzig ein paar Gedanken zur Geldstrafe und deren Bemessung geäussert werden. Die Geldstrafe, die nach den gesetzgeberischen Zielen die kurzen Freiheitsstrafen weitgehend verdrängen soll, wird in einem wesentlich grösseren Umfang Abklärungen zu den finanziellen Verhältnissen der betroffenen Personen notwendig machen, als dies bisher bei der Aussprechung von Bussen notwendig war. Es wird in Zukunft erforderlich sein, die Strafzumessung bei Ausfällung einer Geldstrafe in zwei klar getrennten Schritten vorzunehmen. Zuerst wird man nach den üblichen Strafzumessungskriterien das Verschulden bestimmen und so die Anzahl der Tagessätze festlegen. In einem zweiten Schritt wird man darauf nach den persönlichen und wirtschaftli-

³³ Robert Roth, Nouveau droit des sanctions: premier examen de quelques points sensibles, ZStrR 121, 2003 p. 21 s.

chen Verhältnissen der Täterschaft die Höhe des Tagessatzes festlegen, der maximal Fr. 3000 betragen kann. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass finanziell Schwache nicht schlechter gestellt werden als vermögliche Personen. Nach dem Gesetzeswortlaut sind für die Festlegung des Tagesansatzes die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Urteils massgeblich, wobei namentlich Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfällige Familien- und Unterstützungspflichten sowie das Existenzminimum zu berücksichtigen sind. Laut Botschaft zum AT ist eine blosser Schätzung der Finanzlage der angeschuldigten Person nicht vorgesehen. Das Gesetz legt den Behörden von Bund, Kantonen und Gemeinden denn auch die Verpflichtung auf, den Gerichten die für die Bestimmung des Tagessatzes erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Steuerbehörden beispielsweise werden sich also gegenüber den Strafgerichten nicht auf das Amtsgeheimnis berufen können. Es ist offensichtlich, dass es in Zukunft für die Festsetzung von Geldstrafen, die einen Grossteil der Sanktionen ausmachen werden, erheblich umfangreichere Ermittlungen brauchen wird als bisher. Rudimentäre Angaben zu Monatslohn, steuerbarem Vermögen und allenfalls noch Wohnkosten werden nicht mehr genügen. Um einigermaßen rechtsmittelresistente Sanktionen ausfallen zu können, werden weitergehende Erhebungen notwendig sein, die sich im Wesentlichen nach den im Familienrecht entwickelten Grundsätzen richten werden. Eine exaktere Abklärung der familienrechtlichen Verpflichtungen wird allein schon wegen des persönlichen Charakters der Strafe unumgänglich sein: Ein zu hoher Tagessatz, der nicht nur den Täter, sondern auch die übrigen Familienmitglieder trifft, wäre eigentlich ungesetzlich.

Die Erhebung des erforderlichen Zahlenmaterials an sich wird in der Mehrzahl der Fälle nicht mit besonders grossen Schwierigkeiten verbunden sein. Die Angeschuldigten werden in aller Regel ein Interesse daran haben, dass ihnen nicht zu hohe Tagessätze auferlegt werden, und deshalb bereit sein, ihre finanziellen Verpflichtungen offenzulegen. Auch die Ermittlung von unselbständigem Einkommen und von dem Vermögen wird relativ einfach sein. Es bleibt aber auch in den ‚einfachen‘ Fällen dabei, dass mehr Daten gesammelt und ausgewertet werden müssen als bis anhin. Problematischer wird sich die Lage bei Selbständigerwerbenden oder Inhabern von Einmanngesellschaften präsentieren. Nicht selten fehlt bei der selbständig erwerbenden Klientel der Strafgerichte jegliche brauchbare Buchhaltung. Und wo eine Buchhaltung vorhanden ist, gibt es mannigfache Möglichkeiten, unter Ausweisung von bescheidenen Privatbezügen oder eines bescheidenen Lohns einen hohen Lebensaufwand als Geschäftsauslagen zu kaschieren. Es wird also nicht genügen, Buchhaltungsabschlüsse zu erheben, sondern diese müssen kritisch hinterfragt und allenfalls durch weitere Abklärungen transparenter gemacht werden.

Selbstverständlich wird man die Datensammlung in mehr oder weniger grossem Umfang an die Polizei delegieren können. Versehen mit den erforderlichen Instruktionen, werden Polizeibeamte durchaus in der Lage sein, die notwendigen Daten zu beschaffen, was bei ihnen natürlich Ressourcen binden wird. Die Auswertung wird aber im Regelfall der urteilenden Instanz vorbehalten sein und ebenfalls zusätzliche Zeit in Anspruch nehmen, da die Wertung der Faktoren, die für den Tagessatz relevant sind, im Einzelfall heikle Probleme aufgeben wird. Oberrichter Sollberger hat in seinem Referat an der SKG-Tagung vom vergangenen Monat eine nicht abschliessende Aufstellung von betragserhöhenden und betragsmindernden Faktoren präsentiert. Für diejenigen, die dem Vortrag nicht lauschen konnten, lege ich – mit Genehmigung von OR Sollberger – die Zusammenstellung auf. Die Vielfältigkeit der zu berücksichtigenden Faktoren ist eindrücklich. Für eine Besprechung der einzelnen Posten ist hier keine Zeit. Ich will aber kurz zwei Problemkreise streifen:

- Laut Gesetz ist dem Lebensaufwand und dem Vermögen bei der Festlegung des Tagesansatzes Rechnung zu tragen. Nehmen wir an, drei Angeschuldigte haben ein Einkommen von je Fr. 100'000.-. Nach Abzug von Sozialversicherungen, Steuern, familienrechtlichen Verpflichtungen und Auslagen für angemessenes Wohnen bleiben allen drei Fr. 20'000.- ‚Überschuss‘. Der Erste legt dieses Geld beiseite und bildet damit Vermögen, der Zweite verwendet den Betrag, um sich eine Ferienwohnung zu leisten, und der Dritte gibt seinen Überschuss in kleiner Münze aus, was unschwer mög-

lich ist, wenn er sich öfters ein bisschen teurere Ausflüge, Restaurantbesuche etc. gönnt. Ist es nun gerechtfertigt, den Sparer und den Ferienwohnungsbesitzer gegenüber dem Dritten mit einem höheren Tagessatz zu benachteiligen, nur weil ihr ‚Überschuss‘ mit greifbarem Resultat verwendet wird, oder sollten Vermögen und Lebensaufwand bei der Tagessatzbemessung in erster Linie dort herangezogen werden, wo beweismässig erhärtete Lebensführung bzw. Vermögensstand in einem Missverhältnis zu geltend gemachten Einkünften stehen, so dass anzunehmen ist, die angeschuldigte Person verfüge über weitere, kaschierte Ressourcen?

- Ein zweites Problem: Wie schon erwähnt, ist es wegen des persönlichen Charakters der Strafe grundsätzlich ungesetzlich, wenn andere Personen durch eine zu hohe Festsetzung des Tagesansatzes mitbetroffen werden. Die Botschaft führt aus: *Aufwendungen zum Unterhalt von (...) Familienmitgliedern sind schon deshalb in Abzug zu bringen, weil die Familie von Geldstrafe als nur gegen den Täter gerichtete Sanktion grundsätzlich nicht mitbetroffen werden soll.* Der Grundsatz leuchtet an sich ein. Wenn aber die angeschuldigte Person an der Höhe des Tagessatzes die Ernsthaftigkeit des Eingriffs in seinen gewohnten Lebenswandel erkennen soll, so wird es in der Praxis kaum möglich sein, einen Ansatz zu finden, der nicht sozusagen als Kollateralschaden auch eine Mitbetroffenheit der anderen Familienangehörigen mit sich bringt. Bis zu einem gewissen Grad ist dies als unvermeidlich hinzunehmen. Auch eine unbedingte Freiheitsstrafe trägt persönlichen Charakter, und trotzdem ist es eine unbestreitbare Tatsache, dass die Angehörigen nicht nur in emotionaler, sondern auch in finanzieller Hinsicht durch eine Strafverbüßung mitbetroffen werden können, und zwar manchmal in sehr einschneidender Weise. Geht man also davon aus, dass bei jeder Sanktionsart eine Mitbetroffenheit von Angehörigen unumgänglich ist, so bleibt doch die Frage, bis zu welchem Grad dies mit dem Gesetz kompatibel sei. Hier wird sich für Theorie und Praxis vielleicht ein ergiebiges Arbeitsgebiet auftun.

Gesamthaft erwarte ich, dass die im neuen AT vorgesehene Geldstrafe Anlass zu viel zusätzlicher Beschäftigung geben wird. Gegen Schwarzmalerei kann man einwenden, dass ja künftig die Geldstrafe auch bedingt ausgesprochen werden könne und dass für das weite Feld der Übertretungen die gute alte Busse weiterhin zur Anwendung komme. Dem ersten Argument kann man entgegenhalten, dass die dräuende Gefahr eines Widerrufs viele Angeschuldigte davon abhalten wird, einen mehr oder weniger über den Dauen gepeilten Ansatz, der ihnen zu hoch erscheint, leichthin zu akzeptieren. Und beim zweiten Argument gilt es zu bedenken, dass man bei der Ausfällung von Busse künftighin für den Fall ihrer schuldhaften Nichtzahlung schon im Urteil eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag bis drei Monaten aussprechen muss. Im neuen AT gibt es keinen starren Umwandlungssatz mehr. Ungleichbehandlungen von finanziell Starken und Schwachen bei der Umwandlung sollen vermieden werden. Dies wiederum setzt voraus, dass auch bei der Ausfällung von Bussen mehr als bis jetzt auf die Vermögensverhältnisse Rücksicht genommen wird. Um nicht zu verzerrenden Ergebnissen zu kommen, wird es in Zukunft vielleicht richtig sein, bei den Bussen das Pferd am Schwanz aufzuzäumen, d.h. zuerst den Umwandlungssatz zu bestimmen und diesen dann mit einer dem Verschulden entsprechenden Anzahl Tage Ersatzfreiheitsstrafe zu multiplizieren, um so auf den auszufällenden Bussenbetrag zu kommen.

Die von den Gerichtsbehörden zu treffenden nachträglichen Entscheide

nehmen gegenüber dem bisherigen Zustand zu, was Quelle weiterer Zusatzarbeit ist. Dazu einige Beispiele:

- Nach geltendem Recht kann ein zu Freiheitsstrafe verurteilter Täter nachträglich in eine Anstalt für Rauschgiftsüchtige eingewiesen werden, und eine im ursprünglichen Urteil angeordnete, stationäre oder ambulante Massnahme kann nachträglich durch eine andere Massnahme ersetzt werden. Mit dem neuen Recht werden die Möglichkeiten nachträglicher Änderung der Sanktion erheblich ausgedehnt. Ein Wechsel ist nicht nur für Strafgefangene, sondern auch für Verwahrte möglich, und es kann nachträglich

nicht bloss eine Behandlung für Rauschgiftsüchtige, sondern irgendeine stationäre Therapie angeordnet werden. Daneben steht wie bis anhin die volle Palette von Änderungen ursprünglich angeordneter Massnahmen zur Verfügung.

- Nach geltendem Recht erfolgen Rückversetzungen in die Massnahme durch die Vollzugsbehörden, nach neuem Recht wird hierzu das Gericht zuständig sein, das die Sanktion ausgesprochen hatte. Gleichzeitig werden die Rückversetzungsgründe erweitert: Wer verwahrt worden ist bzw. wer wegen eines schweren Verbrechens, das Anlass zu einer Verwahrung geben könnte, in eine stationäre Therapie versetzt worden ist, kann nach der bedingten Entlassung nicht nur dann rückversetzt werden, wenn er während der Probezeit tatsächlich eine Straftat begangen hat, sondern auch dann, wenn sein Verhalten ernsthaft erwarten lässt, er werde weitere schwere Straftaten begehen.
- Nach geltendem Recht sind die stationäre Behandlung geistig Abnormer und die ambulante Behandlung zeitlich nicht begrenzt. Das neue Recht sieht nun zwar für den Regelfall eine Höchstdauer von fünf Jahren vor, schafft aber gleichzeitig die Möglichkeit, die Behandlungsdauer mehrfach zu verlängern, wobei eine einzelne Verlängerung höchstens für fünf Jahre angeordnet werden kann. Zuständig ist jeweils wiederum das Gericht, das die ursprüngliche Massnahme ausgesprochen hat.

Diese vermehrungsfähigen Beispiele zeigen, dass urteilende Behörden in Zukunft weniger als bisher beurteilte Fälle ad acta legen können, sondern in zunehmendem Mass mit einer Mehrfachbefassung rechnen müssen.

Keine Entlastung, sondern eine zusätzliche Belastung wird schliesslich

Das neue Unternehmensstrafrecht

mit sich bringen. Es wäre vermessen, das komplexe Problem im Rahmen dieses summarischen Überblicks abhandeln zu wollen. Wer die Problematik vertiefen will, kann dies beispielsweise mit der Lektüre von zwei kürzlich erschienenen Beiträgen tun, die ihrerseits zahlreiche weiterführende Literaturhinweise enthalten, nämlich mit dem Beitrag von Prof. Günter Heine in der ZStrR 121, 2003³⁴, und demjenigen von Prof. Robert Roth in der Semaine Judiciaire 2003 II³⁵. Meinerseits möchte ich bloss folgende Bemerkungen anbringen: In den Regionen werden wir uns weniger mit Anwendungsfällen sogenannter komplementärer Unternehmensverantwortlichkeit gemäss Abs. 2 von Art. 102 nStGB, sondern mit Fällen von subsidiärer Verantwortlichkeit nach Massgabe von Abs. 1 zu befassen haben. Falls ich die Ausführungen von Prof. Heine richtig verstanden haben sollte, geht es dem Gesetzgeber bei dieser Fallgruppe weniger um Sachlagen, wo ein individueller Pflichtverstoss objektiv und subjektiv feststeht, aber nicht nachgewiesen werden kann, wer von mehreren Tätern den Verstoss nun tatsächlich begangen hat (subsidiär-individueller Ansatz), sondern vorab um komplexe Fälle subsidiär-kollektiver Verantwortlichkeit. Prof. Heine führt hierzu Folgendes aus: *„Als ‚Tat‘ kommt in Betracht, auch wenn sich der Unwert auf mehrere Unternehmenspersonen verteilt, die nur additiv die objektiven Voraussetzungen der Tat erfüllen, also z.B. in einem Produkthaftungsfall der Erfolg, die Schädigung der Verbraucher, erst durch das Zusammenwirken einer Mehrzahl von betrieblichen Einzelursachen eintritt, die genannten Organisationsstrukturen aber eine individuelle Zurechnung verhindern. Als ‚Tat‘ kommen aber auch Straftatbestände in*

³⁴ Günter Heine, Das kommende Unternehmensstrafrecht, Entwicklung und Grundproblematik, ZStrR 121, 2003, S. 24 ff

³⁵ Robert Roth, Une responsabilité sans culpabilité? L'entreprise, la faute d'organisation et le droit pénal, Semaine Judiciaire, Doctrine, 2003, p. 187 ss

Frage, die ‚farblose Sachverhalte‘ bleiben, sofern kein Täter feststeht, der die subjektive Seite des Unrechts ausfüllt, also z.B. Betrug und Schädigung einer Vielzahl von Kunden. (...) Die Problematik, entsprechenden Vorsatz und Absicht nachzuweisen, entschärft sich bei einer subsidiär-kollektiven Betrachtungsweise: Entscheidend ist, ob ‚Vorsatz‘, ‚Bereicherungsabsicht‘ und andere subjektive Unrechtsmerkmale kollektiv nachgewiesen werden können, also ob sich der entsprechende Vorsatz nicht bei einer Einzelperson, sondern verteilt auf bestimmte Verbandsangehörige in verschiedenen Abteilungen begründen und legitimieren lässt³⁶. Ich vermute, dass sich die Problematik nicht entschärft, sondern es im Gegenteil äusserst schwierig und aufwändig sein wird, eine betrieblich additive Verwirklichung von Straftatbeständen sowie Organisationsmängel darzulegen, rechtsgenügend anzuklagen und als urteilende Instanz zu begründen. Von den mit der Unternehmensverantwortlichkeit verbundenen, prozessualen Problemen, die in Art. 102a nStGB mehr angetönt als gelöst werden, soll hier schon gar nicht die Rede sein.

StPO und kantonale Reform

Dass Mehrarbeit auf uns zukommt, wird sich kaum bestreiten lassen. Die Frage ist, wer die Mehrarbeit bewältigen soll. Es ist nicht zu erwarten, dass in nächster Zeit Mehrarbeit auf spürbar erhöhte Personalbestände verteilt werden könnte. Innerhalb der knappen Bestände wird es aber jedenfalls dann zu Verschiebungen kommen müssen, wenn die eidgenössische Strafprozessordnung und die vom Kanton in Angriff genommene Reform der dezentralen kantonalen Verwaltung in Kraft treten werden.

Obwohl die Organisationshoheit dem Grundsatz nach den Kantonen verbleibt, wird die eidg. Strafprozessordnung nachhaltige Auswirkungen auf die kantonale Behördenorganisation haben. Nach heutigem Wissensstand kann erwartet werden, dass sich letztlich das im Entwurf vorgesehene Staatsanwaltschaftsmodell II durchsetzen wird. In diesem Modell sind die Aufgaben der Staatsanwaltschaft gegenüber dem geltenden bernischen Verfahren stark ausgebaut. Die Staatsanwaltschaft übernimmt neben den bisherigen Funktionen auch die untersuchungsrichterlichen Aufgaben. Das in die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft fallende Strafbefehlsverfahren soll anwendbar werden auf Fälle, die mit Geldstrafe bis zu 180 Tagesansätzen, gemeinnütziger Arbeit bis zu 720 Stunden oder Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten geahndet werden können. Auch Massnahmen sollen im Strafbefehlsverfahren ausgesprochen werden können. Die Einsprache gegen einen Strafbefehl führt nicht mehr wie nach jetzigem bernischem Recht dazu, dass automatisch die Kompetenz auf das Einzelgericht übergeht. Die Staatsanwaltschaft hat vielmehr die erforderlichen weiteren Beweise zu erheben und danach über das weitere Vorgehen zu entscheiden, das in einer Verfahrenseinstellung, im Erlass eines neuen Strafbefehls oder in einer Überweisung ans erstinstanzliche Gericht bestehen kann. Das bernische System der Überweisung ohne Voruntersuchung, der Direktüberweisung, wird entfallen; nur untersuchte Fälle werden ans erstinstanzliche Gericht gelangen. Vorgesehen ist zudem, dass die Staatsanwaltschaft von den erstinstanzlichen Gerichten nach der Überweisung mit zusätzlichen Beweiserhebungen beauftragt werden kann. Schliesslich ist auch vorgesehen, dass die Staatsanwaltschaft gegenüber geständigen Angeschuldigten auf Antrag ein abgekürztes Verfahren anwenden kann, sofern das vorgesehene Strafmass fünf Jahre Freiheitsstrafe nicht überschreitet. In diesem Verfahren prüft das erstinstanzliche Gericht summarisch, ob die staatsanwaltschaftliche Anklageschrift zum Urteil erhoben werden kann. Der in der eidg. Strafprozessordnung vorgesehene Ausbau der staatsanwaltschaftlichen Kompetenzen bringt es mit sich, dass die künftigen Aufgaben mit den jetzigen Beständen nicht bewältigt werden können. Naheliegend ist, dass die jetzigen UR dereinst zu Staatsanwälten werden. Dies wird aber kaum genügen, da die neue Staatsanwaltschaft mehr Auf-

³⁶ Heine, a.a.O., S. 33

gaben erfüllen sollte, als bisher UR und Staatsanwaltschaft zusammen oblagen. In Anbetracht des Umstandes, dass ein Grossteil der bisher von den ER beurteilten Fälle im Strafbefehlsverfahren behandelt werden können und ausgedehnte einzelrichterliche Beweisführungen nach Direktüberweisungen grundsätzlich entfallen, ist allerdings davon auszugehen, dass bei den urteilenden Richterinnen und Richtern freie Valenzen entstehen werden, die bei der Staatsanwaltschaft fehlen. Es besteht deshalb eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass urteilende Richterinnen und Richter in einiger Zukunft ins staatsanwaltschaftliche Ressort wechseln dürfen oder müssen. Der Entwurf zur Strafprozessordnung sieht zwar eine einzelrichterliche Kompetenz bis zu drei Jahren vor. Diese hohe Kompetenz ist jedoch im Vernehmlassungsverfahren arg kritisiert worden, und es braucht nicht sehr grosse hellseherische Gaben für die Annahme, dass sich die ER-Kompetenz dort einpendeln wird, wo nach neuem AT die Grenze für bedingte Strafen liegt, nämlich bei zwei Jahren. Die Anzahl Verfahren, die wegen der künftigen Strafbefehlszuständigkeit wegfallen werden, wird voraussichtlich deutlich höher sein als diejenige, die wegen des neuen Zuständigkeitsbereichs zwischen einem und zwei Jahren hinzukommen. Freie Valenzen werden also zur Deckung von Lücken bei der Staatsanwaltschaft herangezogen werden können. Die neue Ordnung wird auch einiges an der Geschäftslast der Kreisgerichte ändern. Eine kürzlich beim Kreisgericht VIII durchgeführte Erhebung hat gezeigt, dass bei einer Erhöhung der ER-Kompetenz auf zwei Jahre für das Kreisgericht bloss noch etwa ein Drittel der bisher beurteilten Fälle verbleiben würde. Allein schon zwecks Gewährleistung einer vernünftigen Auslastung drängt sich deshalb die Frage nach einer Reduktion der Anzahl Kreisgerichte auf. Bei den Vorbereitungsarbeiten für die Reform der dezentralen kantonalen Verwaltung wird denn auch – unter besonderer Beachtung der Anliegen der französischsprachigen Bevölkerung – eine Reduktion der Anzahl bernischer Kreisgerichte auf vier in Erwägung gezogen, ja selbst Gedanken an eine Preisgabe des Laienelements sind nicht mehr tabu. Was wird die Zukunft bringen? Weniger Kreisgerichte, weniger urteilende Richterinnen und Richter, dafür (viel) mehr Staatsanwältinnen und Staatsanwälte? Dies mag für einige ein Horrorszenario sein – man sollte aber schon jetzt versuchen, sich ein wenig an den Gedanken zu gewöhnen. Man wird sich vielleicht damit trösten wollen, dass vieles noch in relativ weiter Zukunft liege. Vergessen wir aber nicht, was ein prominenter Eidgenosse kürzlich an unserem Tagungsort angekündigt hat: Wir sollen in Zukunft länger arbeiten. Dies eröffnet erfreuliche Perspektiven. Wenn wir bis ins hohe Alter hinein zur Erwerbstätigkeit angehalten werden, so wird uns möglicherweise die Gunst zuteil, dass wir nicht nur die nächste, sondern die übernächste und gar noch weitere umwälzende Reformen des Justizwesens als Arbeitspflichtige, wenn vielleicht auch Arbeitslose miterleben dürfen. In Dänemark, wo das offizielle Rentenalter bereits auf 67 Jahre angehoben worden ist, wurde im Vorfeld viel davon gesprochen, wie nützlich es sei, den Erfahrungsschatz bejahrter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu nutzen. Es wurde in diesem Zusammenhang von ‚det grå guld‘, dem grauen Gold, gesprochen. Die Erfahrung hat leider gezeigt, dass sich kaum Interessenten finden liessen, welche diese Art von Gold schürfen wollten.

6.6.2003

Verzeichnis der bisher im Inforterne 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

Eggenberger Peter, Gerichtsschreiber

- Wenn Vorbezüge ein Nachspiel haben Heft 22, S. 31 - 45

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 Heft 14, S. 45 - 66
- Zu den neuen Doping-Strafbestimmungen Heft 19, S. 58 - 82
- Gedanken zu den Auswirkungen des neuen AT StGB auf unsere praktische Arbeit Heft 22, S. 74 - 80

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

Häusler Stefan, Kammerschreiber

- Braucht der Kanton eine Justizreform Heft 21, S. 12 - 16

Huber Marc, Jugendstaatsanwalt

- Kurzübersicht über die wesentlichen Neuerungen im materiellen Jugendstrafrecht Heft 22, S. 19 - 30

Jäggi Andreas, Oberrichter

- Die fürsorgliche Freiheitsentziehung (FFE) Heft 12, S. 13 - 20

Jester Hansjürg, Staatsanwalt

- Fahren unter Drogen-/Medikamenteneinfluss FUD Heft 4
- Die Vernehmung Heft 6, S. 27 - 33
- Aspekte des Arztrechts Heft 9, S. 56 - 70
- Die Glaubwürdigkeitslehre 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
- Evaluation der bernischen Justizreform oder das lange Warten auf die eidg. Strafprozessordnung Heft 21, S. 62 - 71

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 civile 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

Reusser Peter, Kreisgerichtspräsident

- Zur Erarbeitung des Strafurteils im erstinstanzlichen Kollegialgericht Heft 21, S. 39 - 61

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

Staub Susi, Kreisrichterin

- Richterliche Entscheidungsfindung Heft 21, S. 31 - 38

Stucki Stephan, Oberrichter

- Aus der Praxis der Anklagekammer Heft 22, S. 46 - 73

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

Wyler Stefan, Redaktor BUND

- Das Funktionieren der Justiz aus der Sicht des Beobachters Heft 21, S. 17 - 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