

infointerne

Informationen, Referate und Aufsätze aus der Bernischen Justiz
Informations et exposés en provenance de la justice bernoise

Herausgeberin: Weiterbildungskommission des Bernischen Obergerichts

Édition: Commission pour la formation continue de la Cour suprême du canton de Berne

Oberrichter Stephan Stucki, Vorsitz; Christian Herrmann, juge d'appel; Oberrichter Peter Kunz; Generalprokurator-Stellvertreter Felix Bänziger; Gerichtspräsidentin Annemarie Hub-schmid; Gerichtspräsidentin Myriam Grütter; Untersuchungsrichterin Silvia Hänzi; Kammer-schreiber Christian Leu

Redaktion/rédaction: Felix Bänziger, Generalprokurator, Hochschulstrasse 17, Postfach 7475, 3001 Bern (031 634 72 66, felix.baenziger@jgk.be.ch)

Sekretariat/secrétariat: Annelise Fink Meier, Appellationshof, Hochschulstrasse 17, Postfach 7475, 3001 Bern (031 634 72 47, weiterbildung.og@jgk.be.ch)

25. Heft / Sommer 2005
25^e livraison / été 2005

Inhaltsübersicht – Table des matières

Die Ecke des Redaktors	3
Le coin du rédacteur	4
Kursprogramm 2005	6
Programme des cours 2005	9
Hinweise auf auswärtige Weiterbildungsveranstaltungen Informations sur les formations continues dispensées à l'extérieur	12
Neue Köpfe - Nouveaux visages	14
Neues aus dem Bundeshaus - Des nouvelles des autorités fédérales	16
Publikationen aus unseren Reihen Publications émanant de membres de la justice bernoise	18
Prof. Dr. Guido Jenny, Ordinarius an der Universität Bern Wie viel Recht braucht die Medizin	20
Franz Müller, Fürsprecher Fahrlässigkeit - vom Praktiker bei Art. 18 Abs. 3 StGB an den Rand geschrieben	30
Markus Schmutz, Staatsanwalt Die neuen SVG-Strafbestimmungen und ihr Umfeld	38
Eduard Schneider, lic.phil.hist. Zur Aufgabe der Gerichtsberichterstattung	47
Verzeichnis der bisher im infointerne erschienen Referate und Aufsätze Répertoire des exposés et des articles déjà parus dans infointerne	51

Die Ecke des Redaktors

Liebe Kolleginnen und Kollegen

Neben den üblichen Rubriken enthält dieses Heft *vier Beiträge* aus allen Ecken der Justiz. Jeder von ihnen verdient gleichermassen Ihr Interesse; deshalb habe ich die Frage ihrer Reihenfolge einigermassen salomonisch gelöst, nämlich nach den Gesetzen des Alphabets.

Ende Februar 2005 ist Prof. Richard Dirnhofer, langjähriger Direktor des Berner Instituts für Rechtsmedizin, emeritiert worden. Der Generalprokurator hat die Konferenz der Staatsanwaltschaft ganz diesem Abschied gewidmet und unter anderen Professor *Guido Jenny*, Ordinarius an der Universität Bern und Mitdirektor des Instituts für Strafrecht und Kriminologie, als Festredner eingeladen. Herr Professor Jenny bewies seinen ausgezeichneten Zugang zu rechtlichen Problemen der Medizin und hat seinen Vortrag zum Thema „Wie viel Recht braucht die Medizin?“ unserem Blatt zur Verfügung gestellt – nicht ohne in seiner bescheidenen Art anzufügen, seine Rede genüge natürlich wissenschaftlichen Ansprüchen nicht, sondern verkürze die Argumentation. Gerade das erhöht den Unterhaltungswert seiner brillanten Analyse (Seite 20)!

Fürsprecher *Franz Müller* war Gast der Arbeitskonferenz der Staatsanwaltschaft III Bern-Mittelland vom September 2004 und sprach dort fundiert und frisch über seine Sorgen bei der Verteidigung von Fahrlässigkeitstätern. Seine Berufserfahrung hat ihm gezeigt, dass die strafrechtliche Aufarbeitung von Arbeitsunfällen (namentlich im Bereich der ärztlichen Tätigkeit) mehr Probleme verursacht als löst. Insbesondere bedauert er, dass die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung im Spital Anlass zur Vertuschung statt zur Qualitätsverbesserung gibt und die Strafprozesse die haftungsrechtliche Regelung der Fälle verzögern. Sie lesen sein Referat auf Seite 30 dieses Heftes.

Auf den 1. Januar 2005 ist das Strassenverkehrsrecht in Punkten revidiert worden, die für die Strafrechtler unter uns von grosser Bedeutung sind. An einer Weiterbildungsveranstaltung hat Staatsanwalt *Markus Schmutz* die neuen Regeln analysiert und in ihren Kontext gestellt (Seite 38).

Viele von Ihnen kennen lic. phil. hist. *Eduard Schneider*, den langjährigen Gerichtsberichterstatte für die Oberländer Presse. Seine Gedanken über die Aufgabe der Gerichtsberichterstattung, vorgetragen vor juristischen Laien, finden Sie gegen Ende dieses Heftes (Seite 47). Es tut uns sicher gut, auch die Aussensicht der Berner Justiz in Augenschein zu nehmen.

Ist Ihnen bei der Lektüre des letzten Editorials nicht auch aufgefallen, dass sich der französische Wortlaut viel besser liest als mein deutsch geschriebenes Original? Die Ursache dafür liegt in der ausgezeichneten und freien, fast literarischen Nacherzählung meines Textes durch Fürsprecher *Olivier Babaiantz*. Kollege Babaiantz wird uns leider Mitte Jahr verlassen und zu neuen Ufern aufbrechen. Ich danke ihm herzlich für seine Hilfe; er hat sich meinen Wünschen immer prompt unterzogen und in kürzester Zeit hervorragende Arbeit geleistet. (Wie er wohl diesen Abschnitt übersetzen wird? Blättern Sie um!)

Ich wünsche Ihnen und Ihren Familien einen schönen Sommer.

Felix Bänziger

Le coin du rédacteur

Chères et chers Collègues,

En plus des rubriques habituelles, ce cahier contient *quatre contributions* issues d'horizons très divers au sein même de la justice. Dans la mesure où chacune d'elles mérite un égal intérêt de votre part, c'est un peu à la manière de Salomon que j'ai tranché la question de l'ordre de leur présentation, en suivant les règles de l'alphabet.

C'est à la fin du mois de février 2005 que le Professeur Richard Dirnhofer, longtemps directeur de l'Institut bernois de médecine légale, a pris sa retraite. Le Parquet général a consacré toute la conférence du Ministère public du mois de février à ce départ, en invitant notamment comme orateur le Professeur *Guido Jenny*, professeur ordinaire à l'Université de Berne et co-directeur de l'Institut pour le droit pénal et la criminologie. Monsieur le Professeur Jenny a démontré sa parfaite connaissance des problèmes juridiques liés à la médecine et mis à disposition de notre revue le texte de sa conférence, intitulée "Wie viel Recht braucht die Medizin?", non sans ajouter, avec la modestie qu'on lui connaît, que celle-ci ne satisfaisait pas aux exigences scientifiques mais abrégeait l'argumentation. C'est précisément cela qui renforce l'intérêt de sa brillante analyse (p. 20)!

Me *Franz Müller* était l'invité de la Conférence de travail du Ministère public III Bern-Mittelland du mois de septembre 2004. L'exposé qu'il a présenté, bien étayé et plein d'esprit, a porté sur les soucis rencontrés dans son activité de défense d'auteurs d'infractions commises par négligence. Son expérience professionnelle lui a montré que l'élucidation, sur le plan pénal, d'accidents professionnels (notamment dans le domaine médical) cause plus de problèmes qu'elle n'en résout. Il déplore en particulier que le risque d'une poursuite pénale à l'hôpital conduise plutôt à dissimuler les faits qu'à améliorer la qualité et que les procès pénaux retardent le règlement des cas sur le plan de la responsabilité civile. Vous pourrez lire sa contribution en page 30 de ce cahier.

Au 1^{er} janvier 2005 sont entrées en vigueur plusieurs modifications du droit de la circulation routière qui, pour les pénalistes parmi nous, présentent une grande importance. Dans le cadre d'une manifestation de formation continue, le Procureur *Markus Schmutz* a procédé à une analyse des nouvelles règles en les plaçant dans leur contexte (p. 38).

Beaucoup d'entre vous connaissent *Eduard Schneider*, lic. phil. hist., chroniqueur judiciaire de longue date de la presse oberlandaise. Vous trouverez vers la fin de ce cahier (p. 47) ses réflexions sur son activité, présentées à des non juristes. Nous ne pouvons que profiter de nous arrêter un instant pour examiner également le regard porté depuis l'extérieur sur la justice bernoise.

A la fin du mois de juin de cette année, le traducteur de ces lignes, Me *Olivier Babaiantz*, lèvera l'ancre et quittera la Cour suprême pour se diriger vers d'autres rivages. Durant un peu plus de quatre ans, il s'est fait un plaisir de ne *pas* déléguer la traduction de quelques passages réservés d'Infortinterne. Il a tout d'abord tenté de restituer en français le sens des quelque peu lapidaires "Mitteilungen der Weiterbildungskommission", avant de s'attaquer aux "Editorial" puis "Ecke des Redaktors" plus personnalisés de MM. les Juges d'appel *Jürg Sollberger* et *Stefan Stucki*, ainsi que de M. le Suppléant du Procureur général, *Felix Bänziger*. Pour la petite histoire, le traducteur avoue ici en toute humilité que le passage lui ayant causé le plus de soucis restera sans aucun doute l'expression "Persönliches Vor- bzw. Schlusswort" utilisée

par M. Sollberger dans le cahier no 22 de l'hiver 2003. En son temps la traduction de ces quelques mots avait fait l'objet d'un concours d'idées au sein de la Section française de la Cour!

Nous vous souhaitons à vous et vos familles un bel été.

Felix Bänziger/Olivier Babaianz

Kursprogramm 2005

Kurs 8: Beschlagnahme und Einziehung: Fragen aus der Praxis
offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und der Strafverfolgungsbehörden des Bundes

Kursleitung: Oberrichter Stephan Stucki
Referenten: Prof. Niklaus Schmid
Untersuchungsrichter Markus Scholl
Vertreter des Wirtschaftsstrafgerichts
Dr. Urs Möckli

Dauer: ½ Tag, Nachmittag
Termin: Mittwoch, 24. August 2005
Kursort: Amthaus Bern
Kosten: Fr. 100.-- für die Mitglieder der Strafverfolgungsbehörden des Bundes

Kurs 9: Der richtige Umgang mit schwierigen (querulatorischen) Parteien
offen für die Mitglieder der bernischen Justiz (Zivil- und Strafbereich)

Kursleitung: Oberrichter Peter Kunz
Referenten: Prof. Norbert Semmer, Institut für Psychologie der Uni Bern
Jean Scheiben, Chef psychologischer Dienst/Personalentwicklung der Kantonspolizei Bern

Programm:

09.00-10.30 Uhr	Inputreferat Prof. N. Semmer „Lästige/ querulatorische Personen: Mechanismen, Verhaltensweisen, Möglichkeiten des Umgangs“
10.30-11.00 Uhr	Pause
11.00-12.30 Uhr	Inputreferat J. Scheiben „Gewaltbereite Personen/Gefahrenabwehr“
12.30-14.00 Uhr	Mittagessen
14.00-15.30 Uhr	Praktisches Arbeiten in Gruppen anhand konkreter Fallschilderungen der Teilnehmenden
15.30-16.00 Uhr	Pause
16.00-17.00 Uhr	Referat Dr. Müller/UPD, psychiatrische Sicht
ca. 17.00 Uhr	Abschlussdiskussion

Termin: Dienstag, 6. September 2005
Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal
Kosten: keine
Bemerkung: Die Teilnehmenden werden gebeten, sich für den praktischen Teil vorzubereiten, damit möglichst praxisnahe Situationen behandelt werden können.

Kurs 10: Häppchen aus dem Privatversicherungsrecht
offen für die Mitglieder der bernischen Justiz sowie des BAV

Kursleitung: Kammerschreiber Christian Leu
Referent: Fürsprecher Alex Brun, Allianz Suisse

Dauer: ½ Tag, Nachmittag
Termin: Mittwoch, 12. Oktober 2005
Kursort/Zeit: werden in der Kurseinladung bekannt gegeben
Kosten: Fr. 100.-- für die Mitglieder des BAV

Bemerkungen: In diesem Kurs werden angesprochen:
➤ das Verhältnis Strafverfolgungsbehörden - Privatversicherungen
➤ Tipps zu Versicherungsfällen vor Zivilgerichten
➤ die Revision des VAG und des VVG
Wer sich auf die Ausschreibung vom letzten Winter hin angemeldet hat, bleibt angemeldet.

Kurs 11: Medien und Hauptverhandlung
offen für die Mitglieder der bernischen Justiz, der Polizei und der Strafverfolgungsbehörden des Bundes
Kursleitung: Gerichtspräsidentin Annemarie Hubschmid
ReferentInnen: Dr. Franz Zeller, Lehrbeauftragter für Medienrecht
lic. iur. Rudolf Mayr von Baldegg, Rechtsanwalt
Fürsprecherin Eva Saluz
Oberrichterin Cornelia Apolloni
Oberrichter Georges Greiner
Gerichtspräsident Thomas Zbinden
Dauer: ½ Tag, Nachmittag
Termin: Mittwoch, 26. Oktober 2005
Kursort: Amthaus Bern
Kosten: Fr. 100.-- für die Mitglieder des BAV und der Strafverfolgungsbehörden des Bundes

Kurs 1/2006: Mediative Elemente in Kompetenz- und Aussöhnungsverfahren (mit Übungen)
offen für Mitglieder der bernischen Justiz
Kursleitung: Gerichtspräsidentin Myriam Grütter
Referentin: Dr. Beatrice Gukelberger, Mediatorin
Dauer: 1 Tag
Termin: Donnerstag, 2. Februar 2006
Kursort: voraussichtlich Amthaus Bern

Anmeldungen an das Sekretariat der Weiterbildungskommission,
Frau Annelise Fink Meier, Kanzlei Appellationshof,
Fax 031 634 71 13, E-Mail: weiterbildung.og@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

- Kurs 8
- Kurs 9
- Kurs 10
- Kurs 11
- Kurs 1/2006

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

Name: _____

Vorname: _____

Funktion: _____

Amtsstelle: _____

E-Mail (für auswärtige Anmeldungen) : _____

Programme des cours pour 2005

Cours 8: **Saisie et confiscation: Questions pratiques**
ouvert aux membres des autorités de poursuite pénale de la Confédération

Direction du cours: Stephan Stucki, juge d'appel
Conférenciers: Prof. Niklaus Schmid
Markus Scholl, juge d'instruction
Représentant du Tribunal pénal économique
Urs Möckli, Dr en droit

Durée: ½ journée, l'après midi
Date: merdcredi 24 août 2005
Lieu: Amthaus Bern
Coût: Fr. 100.-- pour les membres des autorités de poursuite pénale de la Confédération

Cours 9: **L'attitude adéquate à adopter vis-à-vis de justiciables difficiles (quérulants)**
ouvert aux membres de la justice bernoise (domaine civil et pénal)

Direction du cours: Peter Kunz, juge d'appel
Conférenciers: Prof. Norbert Sommer, Institut de psychologie de l'Université de Berne
Jean Scheiben, chef du service psychologique et de développement personnel de la police cantonale bernoise

Programme :

09.00-10.30 heure	Exposé d'entrée dur prof. N. Semmer « personnes pénibles/quérulantes: mécanismes, comportements, possibilités de faire face »
10.30 - 11.00 heure	Pause
11.00 - 12.30 heure	Exposé d'entrée de J. Scheiben « personnes prêtes à recourir à la violence/défense face aux dangers »
12.30 - 14.00 heure	Dîner
14.00 - 15.30 heure	Travail pratique en groupe à l'aide de descriptions de cas concrets des participants
15.30 - 16.00 heure	Pause
16.00 - 17.00 heure	Exposé du Dr Müller/UPD, vue psychiatrique
env. 17.00 heure	Conclusion

Date: mardi 6 septembre 2005
Lieu: Amthaus Bern
Coût: Aucun
Remarque : Les participants seront priés de se préparer pour la partie pratique afin que les cas puissent être traités au plus près de la pratique.

Cours 10: **Cas pratiques tirés du droit des assurances privées**
ouvert aux membres de la justice bernoise et de l'AAB

Direction du cours: Christian Leu, greffier
Conférencier: Maître Alex Brun, Allianz Suisse
Durée: ½ journée, l'après-midi
Date: mercredi 12 octobre 2005
Lieu/Heure : seront communiqués dans l'invitation au cours

Coût: Fr. 100.-- pour les membres de l'AAB
Remarque : Les thèmes suivants seront abordés lors du cours :
➤ Le rapport entre les autorités de poursuites pénales et les assurances privées
➤ « tuyaux » pour les cas d'assurances devant le tribunal civil
➤ La révision de la LSA et de la LCA
Celui/celle qui s'est inscrit pour l'annonce de l'hiver précédent reste inscrit.

Cours 11: Médias et débats
ouvert aux membres de la justice bernoise, de la police et des autorités de poursuite pénale de la Confédération
Direction du cours: Annemarie Hubschmid, présidente de tribunal
Conférenciers: Dr Franz Zeller, chargé de cours en droit des médias
Rudolf Mayr von Baldegg, licencié en droit et avocat
Maître Eva Saluz
Cornelia Apolloni, juge d'appel
Georges Greiner, juge d'appel
Thomas Zbinden, président de tribunal
Durée: ½ journée, l'après-midi
Date: mercredi 26 octobre 2005
Lieu: Amthaus Bern
Coût: Fr. 100.-- pour les membres de l'AAB, de la police et des autorités de poursuite pénale de la Confédération

Cours 1/2006 : Eléments de médiation dans le cadre d'affaires en compétence et de Procédures de conciliation (avec exercices)
ouvert aux membres de la justice bernoise
Direction du cours: Myriam Grütter, présidente de tribunal
Conférencière: Dr Beatrice Gukelberger, médiatrice
Durée: 1 jour
Date : jeudi 2 février 2006
Lieu: probablement Amthaus Bern

Avis important: Cours spéciaux pour les francophones sur la partie générale du CPS

Suite à la décision du Département fédéral de justice et police de reporter la date de l'entrée en vigueur de la révision de la partie générale du Code pénal, le groupe de travail préparant les journées de conférences sur le sujet a pris la décision d'annuler purement et simplement ces dernières. En effet, le projet tel qu'il existe actuellement va selon toute vraisemblance subir plusieurs modifications. Il apparaît donc inutile de traiter de cette révision sans en connaître le texte définitif ainsi que la nouvelle date éventuelle d'entrée en vigueur. Le groupe de travail se réunira cependant à nouveau, dès que le nouveau texte sera adopté, ce afin de préparer des conférences sur le sujet, en collaboration avec nos collègues jurassiens.

Suite à cette annulation, la sous-commission de formation va se réunir dans le courant du mois de juin afin de préparer une ou plusieurs journées de formation pour la seconde partie de cette année. Elle informera en temps voulu le personnel francophone sur le contenu de cette/ces journée(s).

Cour suprême du canton de Berne
Commission de perfectionnement
Hochschulstrasse 17
3012 Berne

Inscription

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

- Cours 8
- Cours 9
- Cours 10
- Cours 11
- Cours 1/2006

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

Nom: _____

Prénom: _____

Fonction: _____

Lieu: _____

Adresse e-mail (pour les inscriptions externes)

Hinweise auf auswärtige Weiterbildungsveranstaltungen

Informations sur les formations continues dispensées à l'extérieur

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 Kammer- und Gerichtsschreiberinnen und -schreiber als grundsätzlich bewilligt. Die für die Kreditsprechung zuständige Stelle muss sich aber bei zu grosser Nachfrage verhältnismässige Kürzungen vorbehalten.

La participation aux cours décrits ci-après est en principe autorisée pour les membres de la Cour suprême, les juges de première instance, les membres du Ministère public, les juges d'instruction, les présidents et présidentes des tribunaux des mineurs ainsi que les greffiers et greffières. Le service chargé de l'octroi des crédits se réserve toutefois la possibilité de réduire le montant des sommes allouées en cas de trop forte demande.

Stiftung für die Weiterbildung Schweizerischer Richter (www.iudex.ch)
p.m.

Schweizerischer Juristenverein (www.juristentag.ch)
7. bis 9. September 2005, 3. Europäischer Juristentag in Genf

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

Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft (SKG)
Société Suisse de Droit Pénal (SSDP)
27/28 octobre 2005 à Montreux: Cours de perfectionnement en langue française

Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie
Groupe Suisse der Travail de Criminologie
8. bis 10. März 2006, Jahreskongress in Interlaken : Neue Technologien und Kriminalität: eine neue Kriminologie ?
8 à 10 mars 2006, congrès annuel à Interlaken : Nouvelles technologies et criminalité : nouvelle criminologie ?

Berner Forum für Kriminalwissenschaften (www.bfk.unibe.ch), für uns von besonderem Interesse:

14. November 2005 in Bern: Strafprozessordnung (Dr. Frank Schürmann)
27. Oktober, 10. und 24. November, 15. Dezember 2005 in Bern: Reform AT-StGB

BAV (www.bav-aab.ch)
p.m.

Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich
(www.staatsanwaltschaften.zh.ch/Amtsstellen/KrimInst.html)
p.m.

Verband bernischer GerichtsschreiberInnen
p.m.

Hinweis

Einer Bewilligung der Weiterbildungskommission bedürfen hingegen die empfehlenswerten Grund- und Aufbaukurse

- der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter
- des Competence Center Forensik und Wirtschaftskriminalität (CCFW) in Luzern (Forensik I und seit neuestem auch das Nachdiplomstudium Forensik II)
- der Haute Ecole de gestion à Neuchâtel

Remarque

Une autorisation de la Commission pour la formation continue est en revanche nécessaire pour suivre les cours de formation de base (très recommandés) dispensés dans le cadre des institutions suivantes:

- Fondation pour la formation continue des juges suisses
- Competence Center Forensik und Wirtschaftskriminalität (CCFW) in Luzern (Forensik I et II)
- Haute école de gestion à Neuchâtel

Neue Köpfe - Nouveaux visages

In dieser Rubrik weist infointerne auf die Kolleginnen und Kollegen hin, die im Verlaufe des vergangenen halben Jahres erstmals ein ordentliches Richteramt angetreten haben oder Mitglied der Staatsanwaltschaft wurden. Sie stellen sich in eigenen Worten vor.

Dans cette rubrique, infointerne attire l'attention de ses lecteurs sur les collègues qui, lors des six derniers mois, ont pour la première fois occupé une charge de juge ordinaire ou sont devenus membres du Ministère public. Chacun se présentera de façon personnalisée.



Christoph Burkhard
Jugendstaatsanwalt

„Ich war seit 1982 Jugendgerichtspräsident im Kreis Emmental-Oberaargau und bin also nicht ganz neu in der bernischen Justiz. Am 1. April 2005 habe ich nun das Amt des Jugendstaatsanwaltes angetreten. Mich interessiert die kommende Umsetzung des bereits beschlossenen materiellen Jugendstrafrechts und des neuen bernischen Jugendstrafverfahrens auf den 1. Januar 2007. Zur Zeit wohne ich noch in Burgdorf; die neuen Büroräumlichkeiten in Thun werde ich voraussichtlich am 1. September beziehen. In der Freizeit laufe ich Langstrecken, spiele Bluegrassbanjo, reise auf meinem Motorrad und widme mich dem Webdesign.“

Nino Santabarbara Küng
Untersuchungsrichter 9
URA III Bern-Mittelland

Die kriminalistische Denkweise, die Suche nach der Wahrheit, das Streben nach Gerechtigkeit, die konstruktive Zusammenarbeit mit der Polizei und der Teamgeist im URA III motivierten mich für die Bewerbung als Untersuchungsrichter. Die Freizeit verbringe ich mit meiner Ehefrau Eveline sowie unseren Zwillingmädchen Jasmine und Joëlle. Daneben widme ich mich den Gartenarbeiten, mache Töff-Ausflüge und betauche in den Ferien die Weltmeere.





Andrea Gysi Mango

Gerichtspräsidentin
Gerichtskreis VIII Bern-Laupen

An der Tätigkeit als Gerichtspräsidentin - diesbezügliche Erfahrungen konnte ich bereits als a.o. Gerichtspräsidentin sammeln - schätze ich insbesondere den direkten Kontakt mit Menschen unterschiedlichster Art und das lösungsorientierte Arbeiten, nämlich einen Streit zwischen Parteien (bestenfalls) mit Abschluss einer Vereinbarung oder durch ein Urteil beizulegen. In meiner Freizeit treibe ich Sport, gehe gerne gut essen und unternehme Reisen.

Ihre Hinweise auf Lücken in dieser Berichterstattung richten Sie bitte an unsere Redaktion oder unser Sekretariat! Sie finden die nötigen Angaben auf dem Titelblatt dieses Heftes.

Veillez s'il vous plaît adresser à notre rédaction ou notre secrétariat vos remarques relatives aux éventuelles lacunes de ce compte rendu. La feuille de titre de ce cahier contient les indications utiles à ce sujet.

Neues aus dem Bundeshaus

Des nouvelles des autorités fédérales

Das am 05. Juni 2005 vom Volk angenommene Gesetz über die eingetragene Partnerschaft soll (frühestens) am 01. Januar 2007 in Kraft treten. Wahrscheinlich nimmt die Anpassung der Software der Zivilstandsämter so viel Zeit in Anspruch. Der Kanton Bern jedenfalls ist auf lange Übergangsfristen weniger angewiesen, denn sein Entwurf zum „Gesetz über die Anpassung von Gesetzen an die Bundesgesetzgebung über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare“ liegt seit 2004 pfannenfertig vor. Bern will zudem die Gelegenheit ergreifen, um die Ausstandspflichten und das Zeugnisverweigerungsrecht nicht nur auf eingetragene Paare, sondern auch auf Konkubinatspaare auszudehnen.

Eine gute Nachricht für StaatsanwältInnen: in Zukunft werden sie - als zuständige Behörde - gemäss Art. 8 EG ZGB - keine Klagen auf Ungültigerklärung einer Ehe mehr erheben müssen, wenn zwischen den Ehegatten ein Stiefkindverhältnis vorliegt. Dieses umstrittene Ehehindernis wurde von den Räten im Zusammenhang mit dem Partnerschaftsgesetz fast unmerklich gestrichen. Vielleicht erwächst der Staatsanwaltschaft allerdings eine andere Aufgabe. Nach wie vor unklar bleibt nämlich das Schicksal einer Ehe, nachdem sich ein Partner einer Geschlechtsumwandlung unterzogen hat, und nun beide Ehegatten dem gleichen Geschlecht angehören. Muss diese Ehe von Staates wegen aufgelöst werden? Der Gesetzgeber wird diesbezüglich wohl kaum tätig werden, so dass es der angerufenen Richterin obliegt, die Frage nach der Regel zu entscheiden, die sie als Gesetzgeber aufstellen würde.

Seit Jahren schielen unsere *Strafrechtler* auf die beiden Grossprojekte des Bundes, das heisst den neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches und die vereinheitlichte Strafprozessordnung. Es ist zu befürchten, dass uns beide Projekte noch über einige Ausgaben dieses Blattes hinaus beschäftigen werden.

Am 4. März 2005 liess das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement nach Rücksprache mit der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren verlauten, dass der revidierte Allgemeine Teil nicht wie ursprünglich auf anfangs 2006, sondern frühestens auf anfangs 2007 in Kraft gesetzt werden könne. Dabei wurde unter anderem auf notwendige Nachbesserungen hingewiesen. Dazu gehört auch die vielfach diskutierte Schnittstelle zwischen bedingter Geldstrafe für Verbrechen und Vergehen und unbedingter Busse für Übertretungen. Diese und andere Nachbesserungen (Voraussetzungen der Verwahrung, Vollzugsregeln, Entfernung von Strafregistereinträgen) sollen noch vor dem Inkrafttreten verabschiedet werden.

Anders sieht es das Departement bei der Umsetzung der Verwahrungsinitiative. Nach einem äusserst kontroversen Vernehmlassungsverfahren soll die Umsetzung in einer separaten, weniger dringlichen Vorlage geschehen. Die gesetzliche Umschreibung der lebenslänglichen Verwahrung wird also möglicherweise erst *nach* Inkrafttreten des Allgemeinen Teils wirksam werden.

In der letzten Nummer dieses Blattes steht, die Botschaft zur schweizerischen Strafprozessordnung solle in der ersten Hälfte des Jahres 2005 verabschiedet und dem Parlament zugeleitet werden. Diese Hoffnung wird sich nicht erfüllen. Es existieren zwar mehr oder weniger definitive Entwürfe zum neuen Gesetz und zur Botschaft, doch wird die Meinungsbildung in-

nerhalb des Departements noch etwas andauern. Dort rechnet man mit einer Verabschiedung der Botschaft im Spätherbst 2005.

Die Vernehmlassungsverfahren zur Insider- und zur Netzwerkkriminalität sind abgeschlossen. Die Bundesverwaltung arbeitet an deren Auswertung. Die Reaktionen auf die Entwürfe zur Netzwerkkriminalität (Verantwortlichkeit des Providers, Ermittlungskompetenz der Bundesanwaltschaft) waren dem Vernehmen nach recht unterschiedlich.

Mit dem Inkrafttreten des DNA-Gesetzes ist die DNA-Datenbank von einem Projekt zu einem Betrieb geworden. Die Projektorganisation wird aufgelöst. Das Bundesamt für Polizei liegt allerdings noch in den Nachwehen zur Geburt von Gesetz und bundesrätlicher Verordnung. Durch die (von den Strafverfolgern erfolglos bekämpfte) Zulassung privater Labors hat sich neuer Regelungsbedarf ergeben, welcher durch eine zusätzliche Departementsverordnung abgedeckt werden soll. Ein Beispiel dafür, dass Privatisierung und Deregulierung nicht immer Hand in Hand gehen.

Myriam Grütter

Felix Bänziger

Ihre Hinweise auf Lücken und Neuigkeiten richten Sie bitte an unsere Redaktion oder unser Sekretariat! Sie finden die nötigen Angaben auf dem Titelblatt dieses Heftes.

Veillez s'il vous plaît adresser à notre rédaction ou notre secrétariat vos remarques relatives à d'éventuels oublis ou nouveautés. La feuille de titre de ce cahier contient les indications utiles à ce sujet.

Publikationen aus unseren Reihen

Publications émanant de membres de la justice bernoise

Auch in dieser Berichtsperiode (Dezember 2004 bis Mai 2005) liegt der Schwerpunkt der Publikationen aus unseren Reihen im Straf- und Strafprozessrecht. Beginnen wir beim Obergericht und hier beim Präsidenten des Wirtschaftsstrafgerichtes, welches für seine Erwägungen zum Anklagegrundsatz bekannt (nur böswillige Staatsanwälte sagen: berüchtigt) ist. GEORGES GREINER hat am 11. November 2004 anlässlich einer von ANNEMARIE HUBSCHMID geleiteten Tagung der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft (SKG) über das Akkusationsprinzip in Wirtschaftsstrafsachen gesprochen und seine Überlegungen, welche sich nicht auf Wirtschaftsdelikte beschränken und deshalb auch für Feld-Wald-und-Wiesen-Strafrechtler wie den Redaktor dieses Blattes äusserst interessant sind, in der Zeitschrift für Strafrecht publiziert¹.

Das Wirtschaftsstrafgericht hat sich in einem Urteil aus dem Jahre 2003 mit der Frage befasst, ob bei mangelnder Arglist subsidiär zum Tatbestand des Betrugs eine Veruntreuung angenommen werden dürfe, wenn deren besondere Voraussetzungen gegeben sind (wie dies gerade bei Anlage“betrügen“ oft der Fall ist). Das Gericht hat eine „ersatzweise“ Verurteilung wegen Veruntreuung abgelehnt, wurde jedoch durch den Kassationshof eines anderen belehrt. Die Details finden sich in den Beiträgen von DIANA AKIKOL, GABRIELA MATT und DOMINIK BAERISWYL, KammerschreiberInnen an unserem Obergericht, und werden ergänzt durch eine Anmerkung von FELIX BOMMER, Assistenzprofessor an der Universität Luzern².

Le Conseil fédéral propose de ratifier le Protocole facultatif à la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant et veut introduire dans le Code pénal suisse un nouvel article 182 (chiffre devenu disponible suite à la révision de 1981). L'article 182 s'appliquera à tous les êtres humains et ne se limitera pas aux enfants. PASCAL FLOTRON, « procureur de campagne » selon ses propres termes, voit des problèmes pratiques d'application et les décrit dans la « Revue Suisse de Criminologie », revue encore peu connue dans nos rangs³.

Die Leserschaft wird sich sicher an die Analyse des unterdessen in Kraft getretenen Bundesgesetzes über die Verdeckte Ermittlung erinnern, die Staatsanwalt CHARLES HAENNI im letzten Heft dieser Publikation vorgelegt hat⁴. Einen Kurzbericht dieses Autors zum gleichen Thema findet man neu in der „Kriminalistik“. Wir sind überzeugt, dass sich nicht nur die schweizerischen Kriminalisten, sondern auch ihre bundesdeutschen und österreichischen Kollegen für diese gedrängte Darstellung der neuen schweizerischen Gesetzgebung interessieren⁵.

¹ GEORGES GREINER, Akkusationsprinzip und Wirtschaftsstrafsachen, ZStrR 123 [2005] 98 ff.

² DIANA AKIKOL, GABRIELA MATT, DOMINIK BAERISWYL, FELIX BOMMER, Zum Verhältnis von Betrug und Veruntreuung, ZBJV 141 [2005] 116 ff.

³ PASCAL FLOTRON, Traités d'êtres humains, Quelques réflexions d'un procureur de campagne, RSC 1/2005 49 ff.

⁴ infointerne 24 29 ff.

⁵ CHARLES Haenni, Verdeckte Ermittlung, Kriminalistik 2005 248 ff.

PETER EGGENBERGER, Gerichtsschreiber in Thun, hat sich bereits im Jahre 2003 in unserem Mitteilungsblatt mit der Behandlung von Vorbezügen für Wohneigentum im Rahmen von Scheidungsverfahren befasst⁶. Es gereicht ihm und uns zur Ehre, dass der Bernische Anwaltsverband auf diesen Beitrag aufmerksam wurde und ihn in einer überarbeiteten Fassung (und mit der grosszügigen Genehmigung unserer Redaktion!) in ihr Verbandsblatt aufnahm⁷. In der gleichen Nummer des Anwaltsblattes befasst sich Obergerichtsschreiber FRÉDÉRIC KOHLER mit den Modalitäten der Fürsprecherprüfungen, namentlich mit der Anmeldung und Zulassung, den Formularen und Kosten⁸.

Bisher hat die Redaktion des infointerne schlicht vergessen, Kammerschreiber DANIEL JAGGI zum Erwerb des Dokortitels zu gratulieren. Die juristische Fakultät der Universität Bern hat seine Dissertation bereits am 11. Dezember 2003 auf Antrag der Herren Professoren Walter Kälin und Andreas Kley angenommen, und das Werk ist im Jahr 2004 im Verlag Peter Lang erschienen⁹. Ich ersuche Herrn Kollege Jaggi um Nachsicht für die verspätete Meldung seines Erfolges.

Ihre Hinweise auf Lücken und Neuerscheinungen richten Sie bitte an unsere Redaktion oder unser Sekretariat! Sie finden die nötigen Angaben auf dem Titelblatt dieses Heftes.

Veillez s'il vous plaît adresser à notre rédaction ou notre secrétariat vos remarques relatives à d'éventuels oublis ou nouveautés. La feuille de titre de ce cahier contient les indications utiles à ce sujet.

⁶ infointerne 22 31 ff.

⁷ PETER EGGENBERGER, Wenn Vorbezüge ein Nachspiel haben – oder: Die Behandlung von Vorbezügen der beruflichen Vorsorge für Wohneigentum im Rahmen von Scheidungsverfahren, Versuch einer Annäherung in 8 Akten, in dubio 2005 72 ff.

⁸ FRÉDÉRIC KOHLER, Rund um die Fürsprecherprüfung, in dubio 2005 96 ff.

⁹ DANIEL JAGGI, Das südafrikanische Gesetz zur Förderung der Nationalen Einheit und Versöhnung im Spannungsfeld zwischen Konfliktschärfung, Rechtsstaatlichkeit und Demokratisierung, Diss. Bern, Bern 2004

Prof. Dr. Guido Jenny, Ordonarius an der Universität Bern

Wie viel Recht braucht die Medizin? ¹⁰

Sehr geehrter Herr Kollege Dirnhofer, sehr geehrter Herr Generalprokurator, verehrte Staatsanwältinnen und Staatsanwälte.

I.

Die Einladung, im Rahmen des heutigen Anlasses die Festansprache zu halten, ehrt. Und dafür, dass der Herr Generalprokurator mir diese Reverenz erwiesen hat, sei ihm herzlich gedankt. Nebenbei bemerkt: Auch dafür, dass ein Vertreter der Lehre im Kreis verdienter Praktiker das Wort ergreifen darf.

Aber natürlich ehrt die Einladung allein schon und ganz besonders wegen der Person, der die Feierlichkeit gilt und deren herausragenden Verdienste um den Ruf der Berner Rechtsmedizin in der Fachwelt und weit darüber hinaus so be- und anerkannt sind, dass das Unterfangen, sie näher würdigen zu wollen, nur dem gleichkäme, was man Eulen nach Athen tragen nennt. Auch wäre, wenn ich das versuchen wollte, die mir eingeräumte Redezeit viel zu kurz bemessen. Und noch weit schlimmer: Fachfremd und nicht in der Gerichtspraxis tätig, ginge mir schlicht die Sachkompetenz ab, dem Schaffen von Herrn Dirnhofer in einer Laudatio auch nur annähernd gerecht zu werden. Aus dieser, ich sage es ohne Koketterie, Froschperspektive bliebe mir – ohne ghostwriters in Anspruch zu nehmen – nur die sehr unbeholfene Aussage, dass selbst für mich das Wort virtopsy zu einem Glanz versprühenden Begriff geworden ist – verbunden mit dem Hinweis, dass eine so schnelle Verbreitung eines Fachbegriffs über die angestammten Grenzen einer Disziplin hinaus ein Gütesiegel der ganz besonderen Art darstellt. Aber nur das zu vermerken, wäre mehr als kümmerlich. Selbst unter dem Deckmantel, damit der Tugend spartanischer Genügsamkeit huldigen zu wollen.

Da Herrn Weber all diese meine Defizite wohlbekannt waren, bin ich freilich davon ausgegangen, dass er von mir gar nicht erwartet hat, sie noch in Windeseile irgendwie auszubügeln. Oder anders gesagt: Er mir die Freiheit für ein Referat gelassen hat, das dem Schuster zugesteht, bei seinen Leisten zu bleiben.

Der äussere Anlass, der mich zu meinem Thema „Wie viel Recht braucht die Medizin?“ inspiriert hat, war ein durchaus trivialer: Die Bezeichnung der Profession, die Herr Dirnhofer vertritt, verknüpft zwei Wissenschaften und Berufsfelder zu einem Wort. Sie bildet damit, über ihren eigentlichen Sinn hinaus, gewissermassen auch eine Metapher für das Verhältnis von Recht und Medizin schlechthin. Und in dieser Gestalt lieferte sie mir einen mindestens nicht ganz an den Haaren herbeigezogenen Ausgangspunkt, dieses Verhältnis zum Gegenstand einiger Reflexionen zu machen.

II.

Dabei geht es zunächst um die Registrierung des offenkundigen Befundes, dass die Medizin seit dem Ausgang des vergangenen Jahrhunderts von einem Prozess rasch fortschreitender

¹⁰ Festvortrag an der Verabschiedung von Prof. Dr. Richard Dirnhofer anlässlich der Konferenz der Staatsanwälte des Kantons Bern vom 2. Februar 2005 in Bern

Reglementierung und Verrechtlichung erfasst worden ist – wie im übrigen viele andere Lebensbereiche schon vor oder mit ihr. Ablesen lässt sich das zum einen an den medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie Medizinischer Wissenschaften (SAMW), deren Zahl sprunghaft zugenommen hat, sowie den immer kürzeren Intervallen, in denen sie einer Revision unterzogen worden sind bzw. werden. Zwar haben diese Richtlinien, wie wir alle wissen, keine Gesetzeskraft. Aber faktisch verfügen sie über eine gesetzesähnliche Aura, und sie werden gar zu verbindlichem Recht, wenn kantonale Gesundheitsgesetze sie übernehmen oder auf sie verweisen. Der andere und bedeutsamere Entwicklungsstrang, auf den in unserem Kontext zu verweisen ist, besteht darin, dass der eidgenössische Verfassungs- und Gesetzgeber, aus seinem lange währenden Dornröschenschlaf erwacht, nunmehr für zahlreiche Bereiche medizinischen Handelns rechtliche Regelungen erlassen hat (oder dies zu tun im Begriffe ist) und damit die vorgenannten medizinisch-ethischen Richtlinien mindestens teilweise verdrängt. Den prominenten Auftakt bildeten die neuen Verfassungsbestimmungen der Art. 119 und 119a (Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich, Transplantationsmedizin). Und in der Folge dann das Fortpflanzungsmedizingesetz, das Transplantationsgesetz, das Sterilisationsgesetz, das Stammzellenforschungsgesetz, die laufende Revision des Vormundschaftsrechts, das einstweilen noch zurückgestellte Projekt einer Regelung der Sterbehilfe und dasjenige der Schaffung eines Humanforschungsgesetzes. Das ist schon eine beeindruckende Fülle, und ich gestehe offen zu, dass ich mir nicht einmal sicher bin, bei dieser aus dem Stand heraus erfolgten Aufzählung an alles gedacht zu haben, was noch in der Pipeline steckt. Auch blieben bei meinem tour d'horizon Änderungen in den kantonalen Gesundheitsgesetzen (etwa über die Voraussetzungen der Zwangsmedikation bei psychisch Kranken) von vornherein aussen vor. Und zu ergänzen wäre der Überblick natürlich auch noch um den Hinweis auf die supra- oder internationale Ebene, die das nationale Regelungswerk überwölbt und beeinflusst, wie etwa das Europäische Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, auch es nur *pars pro toto* genannt.

III.

Durchmustert man diese Palette an auf den Weg gebrachten oder noch zu bringenden Gesetzen, so wird man wohl bei keinem von ihnen im vorhinein behaupten wollen, der Gesetzgeber sei dadurch in Übereifer verfallen, dass er sich der Materie überhaupt angenommen hat bzw. annehmen will. Vielmehr drängt sich ganz überwiegend gerade die entgegengesetzte Einschätzung auf: dass hier ein zum Teil sogar mehr als dringlicher Handlungsbedarf endlich erkannt worden ist. Föderalismus und kantonale Eigenständigkeit sind ja, im Prinzip, schön und gut. Aber wenn es darum geht, unter welchen Voraussetzungen Organe von Verstorbenen entnommen werden dürfen oder die Sterilisation geistig behinderter Menschen – etwa auch Urteilsunfähiger oder Minderjähriger – zulässig sein soll, ist kantonale Regelungsvielfalt ein nachgerade verstörender (oder empörender) Anachronismus. Ebenso wenig kann es Aufgabe einer Landesorganisation sein, so weitreichende Entscheidungen von gesamtgesellschaftlicher Bedeutung zu treffen – und sei es auch, wie weiland die *Constitutio criminalis carolina* – nur subsidiär, lückenfüllend oder als Auslegungshilfe, aber eben doch mit erheblicher faktischer Geltungskraft. Dazu fehlt ihr ganz einfach, mögen die Leit- oder Richtlinien noch so durchdacht sein (und das waren und sind sie), die erforderliche demokratische Legitimation. Nur damit Sie mich nicht missverstehen: das ist kein Vorwurf an die SAMW. Was sollte sie schon tun, wenn sie die heisse Kartoffel in den Händen hielt, weil entweder der Gesetzgeber sich ausschwig oder die Rechtslage – wie unter Juristen nahezu immer – umstritten war, die Ärztinnen und Ärzte aber aus mehr als verständlichen Gründen wissen wollten, woran sie denn nun sind.

So gesehen, fällt die erste Beurteilung, die Zwischenbilanz, eindeutig aus. Die Verrechtlichung als solche ist grundsätzlich ein Gewinn. Nicht nur wegen der Legitimationsgrundlage, über die sie verfügt. Sondern auch deshalb, weil vereinheitlichtes eidgenössisches Recht, wie immer die Regelung ausgefallen ist, jedenfalls ein höheres Mass an Klarheit, Rechtseinheit und Handlungssicherheit verschafft. Letzte Gewissheit in allen Punkten ist zwar, wie bei jedem Gesetz, eine Illusion. Auslegungstreitigkeiten werden auch hier so sicher kommen wie das Amen in der Kirche. Aber der Vorteil liegt immer noch darin, dass sie mit grösserem Aufwand und unter verstärkter Beteiligung verschiedenster Kreise ausgiebiger diskutiert werden, kurzum die Problemerkennntnis und damit auch die Qualität der Lösungen wachsen dürfte. Das zeigt unter anderem bereits ein Blick in die z.T. sehr differenzierten Gesetzesmaterialien. Auch ist unschwer zu prognostizieren, dass bei der heutigen Publikationsflut die ersten Kommentierungen, Einführungen, Aufsätze und Monographien nicht lange auf sich werden warten lassen. Und sie wiederum einen Nährboden für weitere Auseinandersetzungen bilden werden, früher oder später wohl auch auf der Grundlage von Urteilen der rechtsanwendenden Instanzen.

IV.

Trotz dieser Lobpreisung im Prinzipiellen bleiben Fragezeichen im Einzelnen.

1. Eine erste Gruppe solcher Zweifel dreht sich darum, ob die Regelungen, die Gesetz geworden sind (oder es noch werden sollen), auch *in der Sache überzeugen*. Ich greife insoweit nur zwei Punkte heraus, bei denen mir scheint, dass weiteres Nachdenken besonders lohnen könnte. Dabei begnüge ich mich damit, einige Überlegungen anzuführen, die das im Ansatz deutlich machen sollen, wohlwissend, dass die Thematik einer weit eingehenderen Auseinandersetzung bedürfte, als sie im Rahmen dieses Referats möglich ist.

- a) Der erste Aspekt betrifft das schon im Gesetzgebungsverfahren kontroverse **Verbot der Präimplantationsdiagnostik**. Von den verschiedenen Gründen, die für seine Berechtigung angeführt werden, nehme ich einzig denjenigen unter die Lupe, der das Verbot sozusagen im höchsten Wertehimmel verankert, den wir kennen. So geführt, lautet das Argument dahin, dass die *in vitro* befruchtete Eizelle der ungeschmälernten Menschenwürde und des Rechts auf Leben teilhaftig sei, weshalb sie um ihrer selbst Willen, als Subjekt und Zweck in sich, respektiert werden müsse. Daher verbiete es sich, sie zum blossen Mittel oder Objekt zu machen, und sei es auch, um damit – kantisch gesprochen – „ein anderes Gutes zu befördern“ (sog. Objekt- oder Instrumentalisierungsformel).

Aber das, was hier mit hohem Pathos vorgetragen wird, stimmt nicht mit anderen gesetzgeberischen Entscheiden zum Schutz des ungeborenen Lebens überein. Besonders und nahezu absolut geschützt ist allein die in der Petrischale künstlich befruchtete Eizelle. Sie darf zu keinem anderen Zweck als dem der Herbeiführung einer Schwangerschaft erzeugt werden. Allerdings verbindet sich mit der *In-vitro*-Fertilisation unweigerlich die Problematik, was mit den sog. überzähligen Embryonen geschehen soll, die es immer geben wird, wenn künftig auch in geringerem Mass, nachdem das Fortpflanzungsmedizingesetz die Zahl der imprägnierten Eizellen, die innerhalb eines Zyklus zu Embryonen entwickelt werden dürfen, auf drei begrenzt hat (Art. 17 Abs. 1 F MedG). Diese überzähligen Embryonen waren nach der bis vor kurzem geltenden Rechtslage ihrem Schicksal, d.h. dem Tod zu überlassen. Wenn man aber weiss,

dass überzählige Embryonen, wiewohl zum Zweck der Fortpflanzung erzeugt, mit Gewissheit anfallen und zum Absterben bestimmt sind, ist dann nicht dies schon eine ihre Würde antastende Instrumentalisierung auf dem Altar der Erfüllung des Wunsches nach eigenem Nachwuchs – oder noch pointierter gesagt: eine die Menschenwürde verachtende Selektion? Und müsste, nachdem das Stammzellenforschungsgesetz nunmehr erlaubt, solche Zellen aus überzähligen Embryonen zu gewinnen und für bestimmte Forschungsvorhaben zu verwenden, nicht auch insoweit von einer würdewidrigen Instrumentalisierung die Rede sein? Nur nebenbei und in Klammern bemerkt: Die Erzeugung von Embryonen zu *Forschungszwecken* ist nach wie vor verboten (Art. 3 Abs. 1 lit. a StFG). Ist jedoch gewiss, dass bei der In-vitro-Fertilisation zum Zwecke der Fortpflanzung überzählige Embryonen anfallen, mit denen geforscht werden darf, so ist das, juristisch gesprochen, zwar nicht beabsichtigt, aber als notwendige Nebenfolge mit direktem Vorsatz gewollt. Soll von solchen Nuancen abhängen, ob die Menschenwürde verletzt ist oder nicht?

Noch verwirrender wird das Bild, wenn der Blick sich auf die natürlich befruchtete Eizelle richtet. Sie ist überhaupt nicht geschützt, in ihrer Existenz schon gar nicht auf den Zweck der Fortpflanzung beschränkt und darf durch die Verwendung etwa einer Spirale an der Nidation gehindert, abgetötet und ausgeschieden werden. Nach der Einnistung steht es bis zur zwölften Woche im Belieben der Schwangeren, ob das ungeborene Leben erhalten bleibt. Sie kann ihm ein Ende setzen, sofern sie nur, aus welchen Gründen auch immer, die Schwangerschaft als Notlage empfindet. Selbst danach ist der Schutz des werdenden Lebens keineswegs ein absoluter. Es kann immer noch straflos abgetötet werden, wenn nach ärztlichem Urteil die körperliche oder seelische Gesundheit der Frau schwer gefährdet ist, unter anderem durch die Belastung der Schwangerschaft mit einem vermutlich behinderten Kind. Von hier aus ist es höchst ungereimt, dass zur Feststellung einer Behinderung des Embryos die Pränataldiagnostik zulässig ist, nicht hingegen die Präimplantationsdiagnostik. Denn der Abbruch der Schwangerschaft ist für die Frau ungleich belastender als die Entscheidung gegen die Einpflanzung des Embryos. Auch auf die *objektive* Belastung der auf eine künstliche Befruchtung angewiesenen Frau durch die hormonelle Stimulierung und die Entnahme der Eizelle nimmt das Gesetz wenig Rücksicht. Um zu erreichen, dass möglichst wenige Embryonen entstehen, die nicht eingepflanzt und damit nicht weiterleben können, dürfen, wie gesagt, jeweils nur drei Eizellen befruchtet werden, mit der Folge, dass die belastende Prozedur oft mehrmals wiederholt werden muss. Damit passt wiederum nicht zusammen, dass die natürlich befruchtete Eizelle keinerlei Schutz genießt und der Abbruch der Schwangerschaft in den ersten zwölf Wochen nur die Geltendmachung einer *subjektiven* Belastung voraussetzt.

Vor dem Hintergrund dieses so disparaten, brüchigen und lückenhaften Regelungsgefüges, ist, so meine ich, jedenfalls ein Schluss unabweisbar: dass eine Gesetzgebung über den Embryonenschutz, deren Dreh- und Angelpunkt in der Postulierung einer ungeteilten und gleichen Würde für jedwedes menschliche Leben besteht, zu keiner der Sache angemessenen Lösung führen kann. Sie tritt mit einem Absolutheitsanspruch auf, der bei näherer Betrachtung des Schutzes, den das geltende Recht für das ungeborene Leben insgesamt gewährt (oder eben auch versagt), nicht durchzuhalten ist. Normative Konsequenz lässt sich nur erreichen durch Abstufungen, Differenzierungen und Abwägungen. Gewissheiten darüber, welcher Umgang mit Embryonen der richtige ist, sind auf der Abstraktionshöhe, auf der die Menschenwürde garantiert ist, nicht zu gewinnen, jedenfalls nicht solche, die mit den in unserer Gesellschaft anerkannten Wertvorstellungen in Einklang zu bringen wären. Diese Camouflage schadet dem Prinzip, das wir ja nicht einfach über Bord werfen wollen, weit mehr als

die offene Diskussion darüber, welche Forderungen sich aus ihm widerspruchsfrei ableiten lassen und welche nicht.

Eine schlichte Überlegung mag das noch verdeutlichen. Unsere Vorstellungen von Menschenwürde sind gespeist vom Bild des Menschen als einer Person. Sie sind festgemacht an vergangenen und gegenwärtigen, kollektiven und individuellen lebensweltlichen Erfahrungen von Würdebehauptungen, Würdegefährdungen und Würdeverletzungen. Und diese Vorstellungen leben von unserer Fähigkeit, andere zu erleben und uns in sie hinein zu versetzen. Wir können uns einfühlen, wie es ist, gefoltert zu werden, als Jude unter dem Naziregime oder als Frau unter den Taliban zu leben, behindert zu sein, im Koma zu liegen, wegen Krankheit oder Alter nur noch dank aufwändiger Apparatemedizin am Leben zu bleiben. Wir können uns mit einiger Phantasie auch noch ausmalen, wie es als Fötus im Mutterleib sein mag, und dies umso mehr, je weiter die Schwangerschaft fortgeschritten ist. Aber in eine befruchtete Eizelle können wir uns schlechthin nicht einfühlen.

Dieser simple Befund müsste eigentlich wichtige Konsequenzen haben für die Diskussion um das Verständnis dessen, wie Menschenwürde nicht als Abstraktum, sondern lebens-, situations- und entwicklungsbedingt als Anleitung gebendes Prinzip für konkrete Folgerungen verstanden werden könnte. Er widersetzt sich dem nicht selten zu hörenden Argument, Embryonen nicht die gleiche Würde zuzumessen wie dem fertigen Menschen, bedeute, einen Abhang zu betreten, auf dem es gegen weiteres Abrutschen keinen Halt mehr gebe. Etwa nach dem Muster: Embryonen auf genetische Defekte zu untersuchen, und je nachdem einzupflanzen oder nicht, sei ein erster Schritt zur Anmassung der Entscheidung, behinderten Menschen ein Lebensrecht abzuspochen. Oder auch: Wenn der Lebensschutz zu Beginn des Lebens gelockert werde, sei es nicht mehr weit bis zu dessen Relativierung am Ende. Die Schwelle zwischen menschlichem Leben in Gestalt eines Embryos und menschlichem Leben, das ein Antlitz hat, ist hoch und fest, keine blosse Ritze in einer Eisbahn, über die man hinweggleitet. Wer eine gefährliche Nähe zwischen befruchteten Eizellen und Behinderten ausmacht, offenbart damit nur, dass er nicht weiss, was Kontakte mit Behinderten sind.

Allgemeiner gesagt: Beim Embryo vor der Einnistung geht es um menschliches Leben allein als Potentialität, nicht in seiner Aktualität. Es ist reines Dasein, kein Sosein, in das wir uns hineindenken, mit dem wir in Beziehung treten, das wir erleben könnten. Dies alles ist begrenzt auf aktuelles Leben. Wer desungeachtet einen einheitlichen Lebens- und Würdeschutz propagiert, setzt sich über einen kategorialen Unterschied hinweg. Oder juristisch ausgedrückt: behandelt gleich, was wesentlich ungleich ist. Zu der Welt, in der wir leben, gehört auch die Möglichkeit der In-vitro-Fertilisation. Als sie machbar wurde, haben wir sie nicht verboten und den zur natürlichen Zeugung unfähigen Paaren geraten, Kinderlosigkeit als ihr Schicksal zu akzeptieren. Mit welchen besseren Gründen wollen wir ihnen nunmehr den Zugang zur Präimplantationsdiagnostik verwehren? Oder von einer anderen Seite her gefragt: Gibt es dafür ebenso gute Argumente wie für das Verbot von Eingriffen in das Erbgut von Keimzellen und Embryonen, das Verbot der Chimären- und Hybridbildung oder das Verbot des reproduktiven Klonens – die meines Erachtens wirklich die Chance haben, zu Menschenwürdegewissheiten zu wachsen?

Das Potential des werdenden Lebens besteht heute nicht mehr nur in der Alternative Schwangerschaft und Geburt – oder Abtötung. Es erstreckt sich auch auf den diagnostischen Beitrag zur erfolgreichen Schwangerschaft nicht behinderter Geschwis-

terembryos. Gewiss, dieses Potential wurde nicht allein von der Natur geschaffen, sondern auch durch medizinische Techniken. Aber kann das genügen, es als der menschlichen Würde nicht gemäss oder ihr weniger gemäss zu bewerten als das Abgetötetwerden?

- b) Damit bin ich beim ändern der eingangs erwähnten Aspekte angelangt, von dem ich den Eindruck habe, dass er einer genaueren Überprüfung bedürfte, als sie bislang stattgefunden hat: dem **Verbot des Zellkerntransfers oder des sog. therapeutischen Klonens**. Geschützt ist der Embryo nach geltendem Recht auch davor, einen Zellkern eingesetzt zu bekommen, um auf diesem Weg zunächst embryonale Stammzellen zu gewinnen und daraus dann ausdifferenzierte Zellen für Zellersatz- oder Gewebeersatztherapien herzustellen. Soweit es um überzählige Embryonen geht, steht man damit wiederum vor einem Potential jenseits der herkömmlichen Alternative von Schwangerschaft und Geborenwerden einerseits sowie der Abtötung andererseits. Dieses Potential läge in einem Beitrag zur medizinischen Forschung und künftig vielleicht sogar zur Heilung bislang nicht heilbarer Krankheiten. Auch hier macht es Mühe zu sehen, warum dieses Potential dem menschlichen Leben und seiner Würde nicht gemäss und nicht gemäss sein soll als das Abgetötetwerden. Zumal ja nun das Stammzellenforschungsgesetz *andere* Forschungsvorhaben zulässt.

Die Aufrechterhaltung des Verbots stützt sich vor allem auf zwei Argumente: dass noch höchst unsicher sei, ob die erhofften therapeutischen Erfolge sich je einstellen werden, sowie, zum anderen, dass die aus den Techniken des Zellkerntransfers gewonnenen Erkenntnisse missbräuchlich, nämlich zum reproduktiven Klonen verwendet werden könnten. Freilich ist bei nahezu jeder Forschung ungewiss, ob sie zu den Ergebnissen führt, die man sich anfänglich von ihr erhofft. Und ganz ebenso lässt sich fast alles, was der menschliche Erfindungsgeist ersinnt, sowohl zum Guten wie zum Bösen nutzen. Mag sein, dass die derzeitige Zurückhaltung vernünftig ist. Etwa in Rücksichtnahme auf in der Bevölkerung (vielleicht) verbreitete religiöse oder weltanschauliche Grundstimmungen und diffuse Ängste vor dem Heraufziehen einer „schönen neuen Welt“, wie Aldous Huxley sie vor mehr als 70 Jahren beschrieben hat. Diese Zurückhaltung dürfte jedoch schnell zu bröckeln beginnen, wenn sich aufgrund der in anderen Ländern betriebenen Forschung abzeichnen sollte, dass neue Therapien in greifbare Nähe rücken.

2. Zweifelsfragen können sich allerdings, und das ist der letzte Punkt, den ich zur Sprache bringen möchte, auch in noch ganz anderer Hinsicht stellen: Nicht dahin, ob gesetzliche Regelungen bzw. Teile davon in der Sache als „richtig“ erscheinen; sondern, sehr viel grundsätzlicher, ob eine gesetzliche Regelung überhaupt erreichen kann, was man sich von ihr verspricht. Für angezeigt halte ich solche Skepsis, um wiederum nur ein Problemfeld neben anderen aufzugreifen, im Bereich der **Sterbehilfe**.

Dass insoweit der Gesetzgeber auf den Plan zu treten hätte, versteht sich (nahezu) von selbst eigentlich nur für *ein* Thema, das mittlerweile, mindestens in nächster Zukunft, allerdings keines mehr sein wird: nämlich ob das in Art. 114 StGB ausgesprochene Verbot der Tötung auf Verlangen durch die ausnahmsweise Anerkennung der Zulässigkeit (oder doch Straflosigkeit) der direkten aktiven Sterbehilfe teilweise ausser Kraft zu setzen sei. Bestrebungen, dies zu tun, sind bekanntlich vor etwas mehr als drei Jahren mit Zustimmung des Bundesrates bereits im Nationalrat gescheitert. Darüber hinaus dürfte sich aufdrängen, für die Beihilfe zum Suizid durch Organisationen wie Exit und Dignitas gesetzli-

che Rahmenbedingungen zu schaffen. Das Rechtsetzungsprojekt, welches noch in den Schubladen des EJPD ruht, betrifft freilich auch bzw., nach dem Wortlaut der ihm zugrunde liegenden nationalrätlichen Motion, sogar nur die indirekte aktive und die passive Sterbehilfe. Es soll, wie es im Text heisst, die hier „bestehenden gesetzlichen Lücken ... schliessen“.

- a) Was zunächst die **indirekte aktive Sterbehilfe** anbetrifft, so kann ich allerdings nichts erkennen, das den Namen einer Lücke verdiente. In der juristischen Diskussion hat sich seit längerem praktisch einhellig die Auffassung durchgesetzt, dass palliative Techniken, die erforderlich sind, um die Schmerzen Sterbender zu lindern, selbst auf das Risiko hin eingesetzt werden dürfen, dass sie das Leben verkürzen. Und so steht es auch in den einschlägigen Richtlinien der SAMW (von 1995).

Zugegeben, über die Bedeutung dieser Regel kann man ins Sinnieren kommen. So wird etwa von medizinischer Seite in jüngerer Zeit zunehmend darauf hingewiesen, dass bei lege artis durchgeführten Schmerztherapien solche Risiken „so gut wie nie“ bestünden und es jedenfalls, auch beim Einsatz von Opiaten, ein „Mythos“ sei, „dass Palliativmedizin häufig mit einer Verkürzung der Lebensspanne einherginge“ (BORASIO, Der Spiegel, 25/2004, 178). Wenn dem so ist, was ich selbstredend nicht beurteilen kann, so lässt dies nur zwei Möglichkeiten offen: Entweder ist das Problem, vielleicht dank Fortschritten in der Palliativmedizin, inzwischen praktisch gegenstandslos geworden. Oder aber es besteht „nur“ mehr darin, dass die entsprechenden Kenntnisse in der Ärzteschaft noch zu wenig verbreitet sind, mit der Konsequenz, dass Lebensverkürzungen als Folge von Schmerzbehandlungen grundsätzlich als Behandlungsfehler zu gelten hätten. Ob so oder anders, dass bei dieser Sachlage gesetzgeberisches Eingreifen geboten oder auch nur sinnvoll wäre, lässt sich schwerlich behaupten. Handelte es sich um ein medizinisches Ausbildungsdefizit, stünden zu dessen Behebung andere und erfolgversprechendere Mittel zur Verfügung, als es im Wege der Strafgesetzgebung versuchen zu wollen. Im übrigen sind Behandlungsfehler ohnehin justiziabel.

Geht man hingegen davon aus, dass auch nach allen Regeln der Kunst durchgeführte Schmerztherapien zu einer Lebensverkürzung führen können, was bliebe dann dem Gesetzgeber anderes übrig, als die unangefochtene Rechtsauffassung, dass eine solche indirekte aktive Sterbehilfe zulässig ist, gewissermassen noch formal zu bestätigen. Sollte dies wirklich die Lücke sein, um deren Schliessung willen die Legislative bemüht werden müsste? Oder gliche das nicht viel eher dem Hornbergerschiessen bzw. dem Berg, der eine Maus gebiert?

Legislatorischer Zuwendung wert wäre erst die weitere, von vornherein ja nicht ganz ins Reich der Phantasie zu verweisende Frage, wie es sich verhalten soll, wenn Schmerzbehandlungen nicht bzw. nicht mehr wirken oder, aus welchen Gründen auch immer, nicht eingesetzt werden können. Oder weiter: wie zu entscheiden wäre, wenn das Risiko der Lebensverkürzung hoch bzw. nahezu gewiss ist? Damit wäre man freilich exakt wiederum bei dem Punkt angelangt, der seinerzeit den Anlass zu dem Vorstoss gegeben hat, die direkte aktive Sterbehilfe unter bestimmten eng begrenzten Voraussetzungen von der Strafbarkeit auszunehmen. *Darüber* erneut und eingehender zu reflektieren, hielte ich keineswegs für überflüssig, und sei es auch nur, um für

die Ablehnung eine überzeugendere Begründung zu finden als die, dass mit der Preisgabe des Tötungsverbots selbst in derart extremen Grenzfällen ein Tabu gebrochen würde, „das in unserer christlichen Kultur tief verankert ist“. Solche Worte hätte ich eher von Präsident Bush als vom schweizerischen Bundesrat erwartet, zumal ein Blick in die neuere juristische Literatur zeigt, dass sich die Stimmen zu mehrern beginnen, die gestützt auf verfassungsrechtliche Abwägungen den Vorrang des Tötungsverbot bzw. des Lebensschutzes gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht nicht mehr absolut setzen, d.h. in den uns hier interessierenden Fällen für die Anerkennung eines übergesetzlichen Rechtfertigungs- oder Strafbefreiungsgrundes votieren (vgl. nur SCHWARZENEGGER, BK II, N 8, 19, 24-26). Nur: Nach dem auf der Gesetzgebungsagenda stehenden Reformprogramm soll das Tabu, wie bereits bemerkt, ganz offensichtlich tabu bleiben.

- b) Auch bei der **passiven Sterbehilfe** ist über weite Strecken nicht auszumachen, dass oder wie eine gesetzliche Regelung vermehrte Klarheit schaffen bzw., wenn man diesen Sprachgebrauch bevorzugt, Lücken schliessen könnte. Dieses vorweggenommene Ergebnis in einer der Vielschichtigkeit der Problematik gerecht werdenden Weise zu belegen, bedürfte freilich einer wesentlich einlässlicheren Erörterung, als sie an dieser Stelle möglich ist. Ich sehe mich daher wiederum auf den Versuch verwiesen, den Kern der Gründe verständlich zu machen, auf denen die eben kundgegebene Einschätzung beruht.

Halten wir dabei zunächst nur pro memoria fest, was ausser Zweifel steht und ein legislatorisches Dictum wiederum nur rekapitulieren könnte: Lehnt ein urteilsfähiger, über die Konsequenzen seiner Entscheidung hinreichend aufgeklärter Patient die Anwendung lebensverlängernder Massnahmen oder deren Weiterführung ab, so ist dieser Wille verbindlich. Ebenso liegt es bei dem im massgebenden Zeitpunkt nicht mehr urteilsfähigen Patienten, sofern feststeht, dass er sich für jene Option entschieden hätte, wenn es ihm möglich gewesen wäre, seinen Willen zu äussern. Man spricht dann von einer an die Stelle der fehlenden tatsächlichen Einwilligung tretenden mutmasslichen Einwilligung, die sich etwa aus einer Patientenverfügung ergeben kann; oder auch aus den Aussagen naher Angehöriger oder einer vom Patienten mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragten Vertrauensperson.

Schwierig wird die Entscheidung erst in den Fällen, die wohl praktisch die Regel sein dürften: wenn zweifelhaft bleibt, wie die betroffene Person sich äussern würde, wenn sie befragt werden könnte; oder man dies mangels jedweder Anhaltspunkte ganz einfach nicht weiss oder gar nicht wissen kann, weil sie, wie z.B. Neugeborene oder Kleinkinder, einen entsprechenden Willen von vornherein nicht haben könnte. Wie mit solchen Situationen der Ungewissheit umzugehen ist, bildet seit Jahren Gegenstand mittlerweile kaum mehr überschaubarer juristischer Auseinandersetzungen. Sieht man näher zu, so hat freilich gerade diese, im einzelnen von durchaus unterschiedlichen Positionen her geführte Diskussion in der Quintessenz doch zweierlei sehr deutlich werden lassen: *Zum einen*, dass dort, wo es nur noch um den problematischen Rest eines in absehbarer Zeit verlöschenden Lebens geht, der sonstige Vorrang der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung nicht mehr ohne weiteres gelten, ihr vielmehr die andere Pflicht, Leiden zu verhüten oder zu mindern, mit annähernd gleichem oder grösserem Gewicht gegenüberreten kann. Oder auch: dass die Pflicht des Arztes, Leben zu erhalten, bei einem zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten nicht partout

gebieten kann, sämtliche möglichen Massnahmen zu ergreifen oder weiterzuführen, die das Sterben auf unabsehbare Zeit hinausschieben könnten. *Zum ändern* ist aber ebenso klar geworden, dass bei der Frage, durch welche Entscheidung dem Interesse des individuellen Patienten in seiner konkreten Situation am besten Rechnung zu tragen wäre, eine Vielzahl von Aspekten ins Spiel kommt, die sich innerhalb eines breiten Spektrums nach eindeutigen Kriterien weder gewichten noch gegeneinander abwägen lassen. Schon medizinisch gibt es die einzig „richtige“ Lösung vielfach nicht.

Was dies für das Recht bedeutet, ist leicht auszurechnen. Darauf ausgerichtet, menschliches Verhalten durch generell-abstrakte Regeln zu normieren, kann es nur die Grenzen abstecken, die ärztliches Handeln (oder Unterlassen) bei der Behandlung sterbender oder zerebral schwerst geschädigter Patienten nicht überschreiten darf. Es kann jedoch nicht, auch nicht mit einer gesetzlichen Regelung, einen Massstab vorgeben, wie die innerhalb dieses Rahmens im *Einzelfall* zu treffende Entscheidung inhaltlich auszufallen hat. Zu diesem Ergebnis ist bislang noch jede ernstzunehmende Studie gelangt, die sich mit dem Thema eingehender beschäftigt hat. Von daher ist zu vermuten, dass sich ihm auch der Gesetzgeber nicht verschliessen könnte. Einmal auf Trab gebracht, scheint mir freilich auch nicht völlig undenkbar, dass er gewissermassen die Flucht nach vorne antreten, d.h. auf den Gedanken kommen könnte, die Sterbehilfe im Wege von Formalien zu bürokratisieren. Etwa bestätigende Gutachten, die Einhaltung bestimmter Bedenkfristen oder die Zustimmung von Vormundschaftsbehörden usw. zu verlangen. Dieses oder gar eigentliche Sterbehilfegerichte wären allerdings so ziemlich das Letzte, was ich mir wünschen würde. Auch die Medizin sollte solches nicht wollen, selbst wenn es auf den ersten Blick vielleicht als verlockend erscheinen könnte, die Verantwortung auf andere abzuschieben. Denn das Bemühen darum, sich am Krankenbett des Patienten nach bestem Wissen und Gewissen Rechenschaft zu geben, wie ihm in seiner besonderen Situation vermutlich am besten geholfen werden könnte, ist die ureigene Bestimmung medizinischer Berufsausübung. Nicht nur dort, wo Heilung zu erwarten ist, sondern ganz ebenso in den schwierigen Situationen im Grenzbereich zwischen Leben und Tod.

V.

Ein **Schlusswort**, das ja nie fehlen sollte, kann nach alledem sicher nicht darin bestehen, ein themenbezogenes Fazit zu ziehen. Was ich dazu gesagt habe, war ohnehin bereits reichlich verkürzt, so dass eine abermalige Zusammenfassung der Vereinfachung zu viel wäre. Worum es mir eigentlich ging, war denn auch nur, plausibel zu machen, dass der Gesetzgeber zwar gewiss oft helfen kann, und vielfach sogar muss. Andererseits ist aber auch er, genauso wie die Medizin, nicht im Stande, alles zu kurieren, was der Patient sich erhoffen mag, und überdies nicht dagegen gefeit, falsche Diagnosen zu stellen und des Guten zu viel zu wollen, sprich: eine Überdosis zu verordnen, die nur Schaden oder doch mehr Schaden als Nutzen stiftet.

Lassen Sie mich zu guter Letzt noch eine Art **Apologie** anbringen, von der ich mir allerdings wünsche, dass sie nicht notwendig ist. In einer *Festansprache* zur Emeritierung eines Kollegen über Sterben und Tod zu reden, mag vielleicht als dem Anlass nicht gerade angemessen oder gar als deplatziert erscheinen. Nun gibt es freilich nicht nur das ausgelassene und überschäumende, sondern ebenso das besinnliche Fest, wobei beides mitunter nahe beisammen

liegt. Auch habe ich mich mit dem Gedanken beruhigt, dass in der Rechtsmedizin und in der Strafrechtspflege Tätige vielleicht doch eher als andere eine philosophische Grundhaltung teilen könnten, die Jean-Paul Sartre einmal so auf den Begriff gebracht hat: „Leben heisst sterben lernen“. In der Hoffnung, auch insoweit mindestens keine krass falsche Diagnose gestellt zu haben, bedanke ich mich ganz herzlich dafür, dass Sie mir so lange und so geduldig zugehört haben.

Fürsprecher Franz Müller

Fahrlässigkeit - vom Praktiker bei Art. 18 Abs. 3 StGB an den Rand geschrieben ¹¹

Ich danke Ihnen für die Einladung zu dieser Tagung; ich erachte diese als nicht selbstverständlich, und ich bin mir Ihrer Übermacht bewusst. Ich bin aber nicht gekommen, um Ihnen um den Bart zu streicheln. Die ketzerischen Fragen wurden durch Herrn Staatsanwalt Feller gestellt – ich stelle weitere und gebe hoffentlich einige Antworten darauf - aus meiner Sicht.

X wird schuldig erklärt der fahrlässigen Tötung zum Nachteil des Y, begangen dadurch, dass er, in Verletzung der durch den allgemeinen Gefahrensatz begründeten Sorgfaltspflichten, pflichtwidrig unvorsichtig die Folgen seines Tuns nicht bedacht und dadurch den Tod des Y verursacht hat, und verurteilt zu einer Busse von Fr. 500.--.

Sie werden schmunzeln und denken, dafür hätte man den Anwalt heute tatsächlich nicht einladen müssen. „Das wissen wir doch, dass das so nicht geht“.

Und ich sage Ihnen: Im Ergebnis kommt es auf das heraus, was hier geschrieben steht. Ich sage Ihnen auch warum.

Dass ich dabei meine persönliche Meinung vertrete, ist selbstverständlich und bedarf keiner weiteren Worte. Übungsbestimmung ist, dass wir die Praxis zum Strassenverkehrsrecht beiseite lassen – wir wollen ja über Recht, nicht Unrecht sprechen.

Weiter bemühe ich mich, nicht allzu sehr von hängigen Fällen zu sprechen, die ich betreue, es sei denn, es gehe um Ausgangssituationen und Sachverhalte von allgemeinem Interesse. Dass ich auf den einen oder anderen abgeschlossenen Fall zurückkomme, sei mir verziehen. Nicht Urteilsschelte, sondern praxisbezogener und hoffentlich auch wissenschaftlicher Diskurs sei Motivation hiezu.

Als Titel setze ich bewusst eine Art Gedankenstütze:

„Vom Praktiker bei Art. 18 Abs. 3 StGB an den Rand geschrieben“.

Damit ist zweierlei gesagt oder ausgeschlossen: Es geht mir nicht um eine hochdogmatische Strafrechtsvorlesung – die haben Sie nicht nötig. Und bei meinen Bemerkungen handelt es sich um Thesen eines Praktikers, aber eines Anwalts – oder umgekehrt. Insoweit muss mein Vortrag bruchstückhaft bleiben, schon nur wegen der begrenzten verfügbaren Zeit.

1. Einleitung

In einem sollten wir uns wohl noch einig sein. Was soll Strafrecht? Cui bono?

¹¹ Referat gehalten am 9. September 2004 anlässlich der Arbeitstagung der Staatsanwaltschaft III Bern-Mittelland (leicht überarbeitete Fassung, der Vortragsstil wurde beibehalten); Adresse des Referenten: Franz Müller, Fürsprecher und Notar, Casinoplatz 8, Postfach 3000 Bern 7

Ich verzichte auf die Darlegung der Funktionen des Strafrechts mit all ihren Theorien im Einzelnen. Was mir als Grundlage für meine Überlegungen wichtig erscheint, ist folgendes: Es ist nicht das, was jedenfalls bei gängigen Lehrbüchern am Anfang abgehandelt wird: Theorienstreitigkeiten, Strafrechtsgeschichte oder funktionale Fragen. Für mich entscheidend ist, dass der Staat – wir alle also – für sich in Anspruch nimmt, **sozialinadäquates Verhalten nach gewissen Regeln zu sanktionieren**. Mit Ausnahme der hier nicht weiter interessierenden Antragsdelikte gehört der Strafanspruch dem Staat – das heisst der Gesellschaft. Sie ist es, die umschreibt, welches Verhalten wann unter welchen Voraussetzungen wie zu bestrafen ist. Sie zieht die Grenze generell, während Sie sie im Einzelfall ziehen werden.

Erinnern wir uns später an diese Selbstverständlichkeit.

2. Der Arztfehler oder der Fluch des Dogma

Ich stelle die These auf, dass unsere Strafrechtspraxis bei Fehlern im medizinischen Kontext den medizinischen Fortschritt hemmt und gleichzeitig eine Fehlerverarbeitungskultur verhindert, die überaus wünschenswert und im Interesse der Gesellschaft wäre.

Die **Strafkultur** sucht den jeweils individuell, häufig gar zufällig Schuldigen – darauf werde ich zurückkommen - manchmal sucht sie auch den strukturell bzw. organisatorisch Schuldigen und trachtet danach, ihn nach den Regeln der gesellschaftlich vorgegebenen Sanktionenordnung und allen Regeln der (juristischen) Kunst – dem Dogma letztlich zur Rechenschaft zu ziehen. Die ratio ist die Sanktionierung eines vergangenen Fehlverhaltens.

Die **Fehlerverarbeitungskultur** im Sinne der Patientensicherheit zielt darauf, aus Fehlern rasch zu lernen und die Sicherheit des Systems, zur Vermeidung gleicher oder ähnlicher Fehler, zu verbessern. Ihre ratio ist der raschmögliche Fortschritt zum Wohle anderer; der vergangene Fehler ist Ausgangspunkt des Lernens.

Die Konsequenzen dieses unterschiedlichen Ansatzes sind evident. Wo bestraft wird, trifft man auf Schweigen, Vertuschen, Kampf – und verliert Zeit: nicht Monate, sondern Jahre. Zivilrechtliche Erledigungen bleiben blockiert, Opfer sehen sich mit strafprozessualen Feinheiten oder Zwängen konfrontiert statt mit dem oft erlösenden, viel sinnvolleren: „Es tut mir leid“. Wo eine rasche Verbesserung überall und zum Wohle der Patienten gewünscht wird, wird hingegen offengelegt, analysiert, kommuniziert und verbessert.

Die Furcht des einzelnen, potentiellen Fahrlässigkeitstäters vor strafrechtlicher Sanktion verbessert das System nicht, glauben Sie mir. Dies gilt umso mehr, als wir uns meist im Felde der unbewussten Fahrlässigkeit tummeln. Die Furcht lähmt aber – durchaus nicht im Interesse der Gesellschaft.

Der Arzt, der bei seinem Patienten, den er über mehrere Tage zwischen Leben und Tod gehalten hat, unter Aufbietung all seiner Kräfte – mitunter nach einem 16-Stunden-Tag – noch einen letzten, ausserordentlichen und riskanten Eingriff wagt, anstatt ihn – im Einklang mit den Richtlinien der Akademie – straffrei sterben zu lassen, dabei aber einen Fehler begeht, der streng naturwissenschaftlich das Leben des Patienten verkürzt, obwohl dieser mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch ohne diesen Fehler kurze Zeit später gestorben wäre, dieser Arzt wird unter dem Eindruck der Strafverfolgung kein Skalpell mehr führen.

Ziel gesellschaftlicher Anstrengungen muss doch sein, das System so zu verbessern, dass Fehlerquellen minimiert werden, beispielsweise durch Produkteverbesserungen, Weiterbildung usw. Ziel kann doch nicht sein, dass dieser Arzt nun inskünftig im Zweifelsfall den Patienten sterben lässt, nur weil er fürchtet, für einen in extremis begangenen Fehler zur Rechenschaft gezogen zu werden.

Es bleiben nur Verlierer: neben dem Opfer nämlich auch der so genannte Täter, aber ebenso alle späteren Patienten in der gleichen Situation, für die niemand mehr den Strohhalm ergreifen bzw. das Skalpell führen wird.

Cui bono?

Im Spannungsfeld zwischen dem **staatlichen Strafanspruch** einerseits, dem als **sozialadäquat zulässigen Verhalten** andererseits, sollte man sich entscheiden. Es kann nicht sein, dass die gleiche Gesellschaft Forschung und Entwicklung unterstützt und finanziert, den einzelnen, manchmal zufällig Fehlbaren dann aber mit aller Konsequenz verfolgt, wenn sich letztlich im Ergebnis jene Risiken verwirklichen, die mit aller Spitzenmedizin verbunden sind, Risiken, die letztlich deshalb unumgänglich sind, weil es immer Menschen sind, die an entscheidender Stelle tätig sein müssen und nie unfehlbar sind. Dieser Umstand ist systemimmanent.

Im Strafrecht geht das Dogma vor. Wer alle Tatbestandsmerkmale von Art. 18 Abs. 3 StGB in Verbindung mit dem jeweiligen Erfolgsdelikt erfüllt, muss bestraft werden. Die Wertungsfrage der Gesellschaft unterliegt dem Dogma; mit letztlich für die Gesellschaft negativen, gleichzeitig unnötigen Folgen.

3. Die Gefahr des Gefahrensatzes oder: quo vadis Legalitätsprinzip?

Kaum einer ist unter uns, der nicht behauptet, das Legalitätsprinzip sei unabdingbar zu beachten. Und dennoch wird es verletzt.

Bei den hier vorab interessierenden, „klassischen“ Fahrlässigkeitsdelikten wie fahrlässige Tötung oder Körperverletzung macht bei richtiger Betrachtung nicht der Erfolg an sich die Strafbarkeit aus. Verpönt ist die **Herbeiführung des Erfolges** unter vorwerfbarer Verletzung von Sorgfaltspflichten.

Nulla poena sine lege enthält viele Facetten: Verfassungsrecht, Grundrechtsgehalt, Vertrauensprinzip, Willkürfreiheit der Staatsmacht und dergleichen sollen hier als Hinweise dienen.

Nun verbleibt man meines Erachtens bei der Abhandlung dieses Verfassungsprinzips zu sehr im Formellen (Rückwirkungsverbot, Art der Grundlage: formell oder materiell und dergleichen). Viel wichtiger ist der **Inhalt** der Grundlage.

Wenn richtig ist, dass die Herbeiführung des Erfolges, nicht der Erfolg an sich strafrechtlich relevant ist, muss diese **Herbeiführung als solche** rechtsgenügend umschrieben sein. Die Abgrenzung zwischen nicht strafbarem und strafbarem Herbeiführen eines Erfolges erfolgt letztlich im Rahmen der Prüfung des sorgfaltswidrigen Verhaltens.

Soweit Regelwerke existieren, die Verhaltenspflichten oder bei Unterlassungen Handlungsgebote umschreiben, sind damit in der Regel keine Probleme verbunden – es sei denn, man lasse jede Verletzung einer abstrakten Gefahrverhütungsregel uno actu zur Sorgfaltspflicht-

verletzung werden, die den Erfolg verursacht, was zu Recht zum Beispiel ARZT¹² kritisiert hat. Ein weiterer Vorbehalt ist meines Erachtens hinsichtlich der Konkretheit der Umschreibung der Regeln zu machen. Darauf komme ich gerade zurück.

Als Beispiele dienen Bauvorschriften oder Regeln zur Unfallverhütung von SUVA oder SIA, Regeln der FIS oder SKUS oder SBS bei den Pflichten auf der Piste und bezüglich Pistensicherung.

Und wenn keine Regeln existieren? Was tun Gerichte? Völlig willkürlich aus einem Entscheid herausgezogen, gleichsam wie ein Textbaustein, folgendes Zitat:

„Bestanden vorliegend – (...) – zum Unfallzeitpunkt keine anerkannten Richtlinien oder gesetzlichen Vorschriften für die Art und Weise der Durchführung des (...), so wird die Sorgfaltspflicht grundsätzlich daraus abgeleitet, dass jedermann die aus einem konkreten Verhalten erwachsenden Gefahren für das geschützte Rechtsgut zu erkennen und sich darauf einzustellen hat. (...) Dies heisst, dass situationsabhängig unter anderem bei sozial adäquaten, aber gefahren geneigten Handlungen alle erforderlichen Vorsichts-, Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen zu treffen sind, um die damit verbundenen Gefahren auszuschliessen oder zu vermindern (...).“

Wo ist hier die lex als Basis der poena? Nirgends!

Der **Gefahrensatz ist keine hinreichende Regel**. Er ist bei weitem zu unbestimmt, und ginge es um Vorsatzdelikte, bestünde kein Zweifel, dass eine solche Umschreibung eines gesetzlichen Tatbestandes als völlig unzureichend erachtet würde. Was halten Sie zum Beispiel von einem solchen Straftatbestand: „Wer einen anderen am Vermögen schädigt, wird bestraft“?

Anders bei Fahrlässigkeitsdelikten. Im krampfhaft anmutenden Versuch, irgendeine Regel zu finden, die nicht existiert, die aber eigentlich existieren könnte, hätte „man“ früher schon daran gedacht, fragen Sie Experten und beauftragen Gutachter; Sie forschen nach Spezialwissen. Die sprichwörtliche, nur und ausschliesslich **ex ante** zu verstehende **allgemeine Lebenserfahrung** im Rahmen der Adäquanz verkommt zur spezialisierten Erfahrung **post hoc**!

Dies birgt nicht nur die Gefahr, dass Sorgfaltspflichten in einer Art ausufern, die für Vorsatzdelikte nie und nimmer zugelassen würde. Überdies wird der subjektive Verschuldensbegriff unterlaufen durch **Expertenwissen**, das kennen zu müssen Basis für die Sanktionierung unbewusster Fahrlässigkeit abgibt.

Ein klassisches Beispiel sind für mich die **Trendsportarten**. Unsere Gesellschaft in ihrer grenzenlosen liberalen Permissivität duldet sie, ungeachtet aller Gefahren. Unsere Gesellschaft schützt die Jugendlichen vor zu frühem Alkoholgenuss, vor in Abhängigkeit gelebter Sexualität und alle zusammen vor dem selbst gewählten Konsum von Drogen; hier gar durch Bestrafung des Konsumenten selber – noch. Sie schützt aber nicht jenen, der als Basejumper mit erheblichem Risiko in die Tiefe stürzt oder als Extrembergsteiger sein Schicksal herausfordert. Solches Verhalten scheint als sozialadäquat geduldet zu werden.

¹² GUNTER ARZT, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Bemerkungen zur neueren Rechtsprechung, recht 1988 S. 66 ff., insbesondere S. 70

Sind aber andere Menschen beteiligt, als Veranstalter, Führer oder Begleiter, ist alles anders: Dann bleibt jene gleichsam eigenhändige Herausforderung des Schicksals nicht mehr Schicksal. Fordert die Umwelt ihren Tribut, gehört der **Veranstalter** bestraft.

Selbstverständlich ist dies nicht grundsätzlich falsch. Aber was wirft man diesen Veranstaltern dann vor, da es ja nichts, keine Regeln, keine Vorschriften – und lange Zeit auch keine Rechtsprechung – gab und gibt? Klar: die Verletzung des Gefahrensatzes. Die Veranstaltung ist ja gefährlich, das „weiss man“. Und die Tatsache des Eintritts des Erfolgs indiziert die Nichtbeachtung der Sorgfalt. Diese zu umschreiben ist einfach – im nachhinein.

Besonders krass wird es, wenn wie im Falle des Saxetbaches der Vorwurf erhoben wird, es hätte ein präventive Gefahrenanalyse unter Beizug von Experten gemacht werden sollen. Erstens: Keine andere Unternehmung hatte eine solche gemacht. Dies alleine schützt natürlich nicht, spiegelt aber die offensichtlich vor dem Ereignis geduldete Sozialadäquanz. Zweitens: Jene wenigen Experten, die für einen solchen Auftrag überhaupt in Frage standen, Hydrologen/Meteorologen, sprachen sogar ex post noch von einem auch für sie unbekanntem Phänomen, hätten also präventiv solches auch nicht vorhergesehen. Mit anderen Worten: Wäre eine solche Analyse gemacht worden, die sich mangels Kenntnis aber zur konkreten Gefahrensituation, wie sie dann eingetreten ist, nicht geäußert hätte, hätte man wohl freisprechen müssen. Oder die Experten bestrafen?

Weil die Veranstalter keine präventive Analyse gemacht haben, kann man hieraus eine Sorgfaltspflichtverletzung ableiten, ungeachtet der konkreten Prüfung, was eine solche Analyse denn inhaltlich enthalten hätte. Folgte man den Kriterien und Überlegungen zur Relevanz beim Irgapyrinspritzen-Fall¹³ hätte man meines Erachtens freisprechen müssen. Anders ausgedrückt: Vielleicht indiziert eine gänzlich fehlende präventive Analyse die Verletzung einer Sorgfaltspflicht. Aber erst die Prüfung, ob eine solche Analyse das konkrete Ereignis verhindert hätte, wäre sie erstellt worden, darf eine abschliessende Antwort erlauben.

Nur noch so viel: Der Kanton Bern fordert nun eine Analyse. Dabei geht man aber von Kosten von etwa 5'000 Fr. bis 8'000 Fr. aus, weil es Betreiber sonst gar nicht zahlen könnten. Die Expertise im Canyoningfall kostete gegen 100'000 Franken. Erneut die Frage: Gesellschaft, wie hast Du es mit der Sozialadäquanz?

4. Das Handeln Mehrerer oder die Hilflosigkeit des Strafrechts in der arbeitsteiligen Welt

Ich stelle die These auf, dass das Strafrecht den modernen Formen der arbeitsteiligen Welt und Produktion nicht gewachsen ist. Die gewisse Ratlosigkeit erschliesst sich auch aus der Literatur. Wen wundert, wenn ich persönlich der Gedankenlinie STRATENWERTHS¹⁴ einiges abgewinnen kann?

Die herkömmliche Sicht lässt Fehlverhalten nur dann straflos, wenn das mitwirkende Verschulden von nebenstehenden Personen gleichsam **adäquanzunterbrechend** wirkt. Wie

¹³ vgl. STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 6. Auflage, 1998, Seite 249, und HANS WALDER, Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten, ZBJV 104 [1968] S. 162 ff., insbesondere S. 175)

¹⁴ GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Auflage, 1996, § 16 N. 48 ff. (?)

STRATENWERTH bin ich der Meinung, dass damit heute nicht mehr Recht gesprochen werden kann. Ich spreche dem **Vertrauensgrundsatz** das Wort. Warum soll es im SVG gelten, gleichsam der Domäne des Zusammenwirkens von Verhalten und der Kollision von verschiedenen Verhaltenspflichten, nicht aber im Strafrecht im allgemeinen?

So herrscht heute die Meinung vor – vertreten vor allem von STIFFLER¹⁵ – dass auch im **Ski-recht** das Vertrauensprinzip gelten muss, denken wir nur an die Kollision der FIS-Regeln mit jenen der Verkehrssicherung. Weshalb soll zum Beispiel im Produktionsprozess nicht Gleiches gelten?

Gänzlich unbehelflich und durch stete Wiederholung nicht überzeugender wird der von den Gerichten, leider auch vom Bundesgericht, immer häufiger gewählte Ansatz der analogen **Anwendung von Art. 55 OR**. Gerade im Bereiche der Verkehrssicherungspflichten oder aber Betriebssicherungspflichten wird argumentiert, die Grundsätze der Geschäftsherrenhaftung könnten auch für die strafrechtliche Verantwortlichkeit im Unternehmen herbeigezogen werden.

Indessen lässt sich das Prinzip der individuellen Verantwortung, wie es für das vom Schuldprinzip beherrschte Strafrecht massgebend ist, regelmässig und. grundsätzlich nicht mit der auf Grundlage von Art. 55 OR entwickelten Haftung für mangelhafte Organisation vereinbaren. Art. 55 OR ist schon längst von der milden zur scharfen Kausal- beziehungsweise zur Gefährdungshaftung mutiert, ein Ansatz, wie er dem Strafrecht fremd sein sollte¹⁶.

5. Die ratio der Bestrafung; eine Klärung tut not

Es bringt herzlich wenig, bloss festzustellen, dass die Rechtsprechung zum Begriff der Fahrlässigkeit eine nahezu unübersehbare Kasuistik aufweise mit Präjudizien, die kaum je mehr an Grundsätzlichem enthalten, als für die Entscheidung des gegebenen Falles notwendig war¹⁷. Man müsste die Schlussfolgerung ziehen, dass gerade dieser Befund die **Unberechenbarkeit** der Bestrafung als Fahrlässigkeitstäter bedeutet, womit wir wieder bei der Diskussion der nulla poena sind.

Wollen wir uns wieder etwas orientieren und die geschilderten, negativen Konsequenzen der heutigen Praxis korrigieren, kommen wir zu folgenden Ansichten:

1. Es trifft den Falschen

Es trifft den ersten, der genau diejenige Sorgfaltspflicht nicht bedacht hat, die Experten sehr wohl bedenken, wenn auch erst aufgrund der konkreten Falles.

Weshalb soll der Gerüstarbeiter bestraft werden, der seit 25 Jahren unfallfrei dasselbe Gerüst wie immer aufstellt, wie er es gelernt hat und wie es früher einmal als konform abgenommen

¹⁵ HANS-KASPAR STIFFLER, Schweizerisches Schneesportrecht, 3. Auflage, 2002

¹⁶ vgl. HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999, ZbJV 136 [2000], S. 564 ff., insbesondere S. 580, und HANS WIPRÄCHTIGER, Strafbarkeit des Unternehmers, AJP 2002 S. 754 ff., insbesondere S. 760

¹⁷ wie TRECHSEL/NOLL,(Fn 3), S. 239, dies tun.

wurde, wenn sich aufgrund eines Unfalls im 26. Jahr ergibt, dass jene Sicherheitsvorschriften überholt sind?

Weshalb soll der Guide im Eventsport bestraft werden, wenn er doch nur das, was er persönlich in der Ausbildung miterhalten hat, angewendet hat, wenn sich nachher nach Expertenmeinung herausstellt, das sei zu wenig?

Weshalb soll der Pistenchef nach einem Skiunfall strafrechtliche Verantwortung tragen, wenn Experten die Meinung vertreten, interne Weisungen und Richtlinien hätten im konkreten Fall weiter gehen müssen als die allgemeinen Richtlinien von SKUS oder SBS?

Bestrafen Sie statt dessen jenen, der trotz den aus solchen ersten Fällen zu ziehenden Lehren nichts gelernt hat, und fördern Sie die benutzerorientierte Fehlerverarbeitung, die statt verschweigt und vertuscht offenlegt und lehrt. Nur dies ermöglicht die rasche Verbesserung der Sicherheit im Interesse aller Benutzer und damit potentiellen Opfer.

2. Strafrecht ist nicht Zivilrecht, ein Strafurteil ist kein Kompromiss

Was ist der Sinn der Strafe bei einer fahrlässigen Tötung, wenn Sie dem Täter wohl aus der Einsicht, dass er selber durch die Tatsache des Vorfalles alleine bestraft genug ist, und aus dem schlechten Gewissen, ihn nur durch ausufernde Ableitungen aus dem Gefahrensatz oder aus Art. 55 OR verurteilen zu können, unter Annahme eines Kleinstverschuldens zu einer Busse von Fr. 500.-- verurteilen?

Zum Vergleich: Jeder, der selbst ohne Gefährdung Dritter auf der Autobahn mehr als 30 km/h zu schnell fährt, hat eine Gefängnisstrafe zu gewärtigen.

Spezialprävention? Wohl kaum. Der tragische Ausgang ist Strafe genug, auch für den so genannten Täter.

Generalprävention? Noch weniger: Vermeiden will man ja nicht das Handeln an sich (zum Beispiel das Operieren, Bauen, Events Anbieten), sondern das Fehler machen beim Handeln. Durch eine ausufernde Gesetzesanwendung verhindert man aber genau das, indem im Zweifelsfall gar nicht mehr gehandelt wird, durchaus nicht immer im Interesse der Gesellschaft.

Talion? Antworten Sie selber!

Oder ist es etwa der Ausgleich zwischen den Interessen von Opfer und Täter, der bestimmend ist?

Wenn letzteres gilt, so bedeutet dies, die Funktion des Strafrechts zu verkennen. Wer so denkt, verkennt die Wechselwirkung. Die Verbissenheit der Untersuchung von Fahrlässigkeitsdelikten paart sich mit der Verbissenheit des Kampfes der Opfer um die Entschädigung. Auch wenn **das OHG** vom Grundsatz her nicht zu tadeln ist, führt es zu einer **Verzivilrechtlichung** des Strafrechts. Sie können die meisten Fälle ohne Strafrecht zivilrechtlich richtig beurteilen (denken wir nur an Art. 55 OR), und es bedarf keineswegs – wie immer wieder behauptet wird – eines Strafurteils. Im Gegenteil: Parteien im Strafverfahren sind immer nur Private, nicht aber zum Beispiel juristische Personen oder Dritte, die als Geschäftsherren, Werkeigentümer oder Vertragspartner zivilrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden können, und zwar in der Regel vor dem Fahrlässigkeitstäter.

Aber die heutige Strafkultur führt eben gerade dazu, dass **Zivilansprüche** insgesamt, gegenüber jedermann, **unerledigt** bleiben, weil auf das Strafverfahren gewartet wird. Dies geschieht auch aus der resignierten Erkenntnis namentlich von Versicherern heraus, dass Strafrichter häufig nicht Strafurteile, sondern Zivilurteile im Strafrechtsmantel ausfällen.

Kehren Sie wieder zurück zum Kern des Strafrechts. Sie ermöglichen dadurch eine **daneben stehende**, eindeutig zivilrechtliche, für das Strafrecht unpräjudizierliche Abwicklung, die jedenfalls aufgrund ihrer Raschheit auch oder vor allem den Opfern dient. Ein „Es tut mir leid!“ des Täters oder die Schadensersatzzahlung hätten dann nicht deshalb mitunter jahrelang zu unterbleiben, weil der Strafrichter es als Schuldeingeständnis werten könnte.

Nochmals anders ausgedrückt: Was macht man, wenn man eigentlich im Grenzfall der Sorgfaltspflichtverletzung freisprechen müsste – oder dürfte? Dem Opfer zuzumuten, dieses freisprechende Urteil – Präjudiz für Zivilansprüche, das gar keines sein dürfte – zu akzeptieren und auf Zivilansprüche zu verzichten? Dies ist Konsequenz des heutigen Systems.

Wie viel einfacher ist es doch, unter Grundlegung des allgemeinen Gefahrensatzes oder von Art. 55 OR schuldig zu sprechen, dem Opfer damit die Entschädigungsbasis zu verschaffen und den Ausgleich darin zu suchen, den Täter mit einer 99%-igen Befreiung auf der Verschuldensebene, sprich geringfügigem Verschulden, ausmündend in einer Busse von Fr. 500.--, zu besänftigen, in der Hoffnung, die ohnehin schon exorbitanten Kosten des akribisch geführten Verfahrens würden ihn diesfalls von einer Appellation abhalten.

Dabei wird namentlich auch folgendes übersehen. Bei den weitaus meisten Fahrlässigkeitstätern ist das Strafmass sekundär, es trifft sie der Schuldspruch an sich. Dabei unterscheiden sie sich vielleicht von Ihren Hauptklienten, für die fünf statt sieben Jahre oder 18 Monate bedingt statt zwei Jahre schon einen Unterschied machen.

Der Ausgleich lautet, etwas spitz formuliert: „E chli Haftig gäge e chli Straf.“

Das darf nicht sein.

X wird schuldig erklärt der fahrlässigen Tötung zum Nachteil des Y, begangen dadurch, dass er, in Verletzung der durch den allgemeinen Gefahrensatz begründeten Sorgfaltspflichten, pflichtwidrig unvorsichtig die Folgen seines Tuns nicht bedacht und dadurch den Tod des Y verursacht hat, und verurteilt zu einer Busse von Fr. 500.--.

Quod erat demonstrandum

Die neuen SVG-Strafbestimmungen und ihr Umfeld ¹⁸

1. Schwerpunkte der Revision

Die am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen neuen Bestimmungen des Strassenverkehrsgesetzes gehen zurück auf die Teilrevision vom 14. Dezember 2001. Da die Erhöhung der Sicherheit auf den Schweizer Strassen in den vergangenen Jahren vor allem durch technische Vorkehrungen erzielt worden ist, setzt die Revision zur weiteren Verbesserung der Verkehrssicherheit beim Risikofaktor Mensch an. Die vom Parlament beschlossenen Massnahmen weisen folgende Schwerpunkte auf¹⁹ :

1. Die Gruppe der jungen Neulenkenden und Neulenkenden, welche statistisch die grösste Unfallbeteiligung aufweist, soll durch eine obligatorische Weiterbildung nach der Führerprüfung im Rahmen der sog. Zweiphasenausbildung und durch die Abgabe des Führerausweises auf Probe zu risikoärmerem Fahrverhalten angehalten werden.
2. Lenkenden und Lenkenden, die im Besitz des definitiven Führerausweises sind, sollen bei verkehrsgefährdendem Verhalten administrativrechtlich härter angefasst werden. Zu diesem Zweck sind gesamtschweizerisch einheitliche Mindesttarife für die Anordnung von Administrativmassnahmen festgelegt worden, die im Wiederholungsfall nach einem Kaskadensystem stufenweise verschärft werden.
3. Gegen Personen, die wegen Alkohol-, Betäubungsmittel- und Arzneimitteleinflusses fahruntüchtig sind, soll wirksamer vorgegangen werden. Diesem Ziel dienen die Herabsetzung des Blutalkoholgrenzwertes auf 0,50‰, die anlassfreie Atemalkoholprobe, die Schaffung eines Straftatbestandes für das Fahren unter Betäubungsmittel- und Arzneimitteleinfluss, die Nulltoleranz bei bestimmten Betäubungsmitteln und gesamtschweizerisch einheitliche Untersuchungsmassnahmen beim Verdacht auf Fahruntüchtigkeit wegen Betäubungsmittel- und Arzneimitteleinflusses.

Weniger bedeutende Neuerungen betreffen u.a. die Fahrzeugtypengenehmigung, das Fahrzeugtypenregister TARGA, die Europakompatibilität des Führerausweises, das gesamtschweizerische automatisierte Fahrberechtigungsregister FABER, die Regelung und Lenkung des Verkehrs sowie die Verkehrsinformation.

Die weniger wichtigen Normen sind bereits im Verlauf der Jahre 2003 und 2004 in Kraft gesetzt worden. Das neue Administrativmassnahmenrecht und die Bestimmungen zum Fahren in fahruntüchtigem Zustand mit dem zugehörigen Verordnungsrecht sind bekanntlich am 1. Januar 2005 in Kraft getreten. Die Bestimmungen zur Zweiphasenausbildung und zum Führerausweis auf Probe schliesslich werden am 1. Dezember 2005 in Kraft treten.

¹⁸ Geringfügig ergänzter Vortrag, gehalten anlässlich des WBK-Kurses Nr. 2 vom 2. März 2005

¹⁹ Botschaft zur Änderung des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) vom 31. März 1999, BBl 1999 4464

2. Die strafrechtlichen Neuerungen

a) Die parlamentarischen Beratungen

"Dans cette affaire, nous touchons à deux symboles sociaux très importants, qui sont l'automobile en tant que telle, et la consommation d'alcool comme facteur social."²⁰ Wie treffend diese nüchterne Aussage von Ständerat Pierre-Alain Gentil in seinem Eintretensvotum war, sollte sich in beiden Räten in den folgenden sehr langwierigen und ausgesprochen emotional geführten Debatten erweisen. Nichts gab so viel zu reden wie das Fahren in angetrunkenem Zustand. Allein zur Frage, wem die Kompetenz zur Festlegung der Blutalkoholgrenzwerte zukommen soll, ob dem Bundesrat oder dem Parlament, wurde im Nationalrat während rund neun Stunden diskutiert²¹. Da bereits bekannt war, dass der Bundesrat im Verordnungsrecht den unteren Blutalkoholgrenzwert auf 0,50‰ reduzieren wollte, wurde über die Kompetenzfrage ein Statthalterkrieg zur Promillefrage ausgefochten.

Wer für die Beibehaltung des Grenzwertes von 0,80‰ war, forderte eine Regelung auf Gesetzesstufe. Wer für eine Senkung der Promillegrenze war, wollte die Kompetenz beim Bundesrat belassen. Als sich weder für die eine noch für die andere Lösung eine Mehrheit finden liess, kam man auf die Idee, die Promillefrage in einer Parlamentsverordnung zu regeln. Die neue Bundesverfassung, welche damals erst seit ein paar Monaten in Kraft war, sieht in Art. 163 Abs. 1 vor, dass die Bundesversammlung rechtsetzende Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes und der Verordnung erlassen kann. Da die Parlamentsverordnung eine parlamentarische Debatte ermöglicht, jedoch nicht dem Referendum untersteht, einigte man sich im Sinne eines Kompromisses auf diese Erlassform. Jedoch nur, was den Alkohol anbelangt. Bei den anderen die Fahrfähigkeit herabsetzenden Substanzen wurde die Kompetenz zur Festlegung von Grenzwerten dem Bundesrat zugewiesen. Bundesrat Leuenberger brachte diese wenig logische Regelung wie folgt auf den Punkt: "Den Alkohol dem Parlament, das Haschisch und das Heroin dem Bundesrat. Warum? Weil es bei den übrigen Drogen etwas komplizierter ist (...). Dort braucht es denn auch wissenschaftliche Erkenntnisse (...); dort traut man uns das dann zu! Aber da, wo es um die Volksdroge Nummer eins geht, da soll das Parlament mitreden können!"²²

In der Debatte zur konkreten Bestimmung der Blutalkoholgrenzwerte in der Parlamentsverordnung wurde nochmals hart gekämpft. Ernsthaft und ausdauernd diskutiert wurde auch über die unsinnigsten Anträge, wie z.B. die Festlegung der einfachen Angetrunkenheit bei 0,79‰ und der qualifizierten Angetrunkenheit ab 0,80‰²³. Glücklicherweise siegte am Schluss die Vernunft, und man einigte sich auf die vom Bundesrat vorgeschlagenen Grenzwerte.

Kaum diskutiert wurden die Fahrunfähigkeit aus anderen Gründen als Alkoholkonsum sowie die übrigen strafrechtlichen Neuerungen.

b) Fahren in fahrunfähigem Zustand

Unter der neuen Marginalie "Fahren in fahrunfähigem Zustand" wird in Abs. 1 des neuen Art. 91 SVG das Führen eines Motorfahrzeugs in angetrunkenem Zustand unter Strafe gestellt

²⁰ Amtliches Bulletin SR 2000 208

²¹ Amtliches Bulletin SR 2001 565

²² Amtliches Bulletin SR 2001 566

²³ Amtliches Bulletin NR 2003 124

und zwar differenziert als Übertretung bei einer geringeren Blutalkoholkonzentration und als Vergehen bei einer qualifizierten, d.h. höheren Blutalkoholkonzentration. Nach Absatz 2 begeht ein Vergehen, wer aus anderen Gründen, also vor allem wegen Betäubungsmittel- und Medikamenteneinflusses, fahruntüchtig ist und in diesem Zustand ein Motorfahrzeug führt. Absatz 3 stellt das Führen eines motorlosen Fahrzeugs in fahruntüchtigem Zustand, sei dies wegen Alkoholkonsums oder aus anderen Gründen, als Übertretung unter Strafe.

Das alte wie das neue Recht unterscheiden zwischen Motorfahrzeugen und nichtmotorischen bzw. motorlosen Fahrzeugen. Die da und dort bestehende Unsicherheit, zu welcher Kategorie das Motorfahrzeug gehöre, wird somit nicht beseitigt. Gestützt auf Art. 42 Abs. 4 VRV, welcher die Führer von Motorfahrzeugen mit Bezug auf die Verkehrsregeln den Fahrradfahrern gleichstellt, kann jedoch weiterhin davon ausgegangen werden, dass das Führen eines Motorfahrzeuges in fahruntüchtigem Zustand unter den Übertretungstatbestand zu subsumieren ist²⁴.

c) Fahren in angetrunkenem Zustand

Die Bundesversammlung hat in ihrer lediglich zwei Artikel umfassenden Verordnung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr²⁵ bekanntlich den allgemeinen Grenzwert auf 0,50‰ und den Grenzwert der qualifizierten Blutalkoholkonzentration auf 0,80‰ festgesetzt. Diese Grenzwerte entsprechen jenen, die der Bundesrat ursprünglich in der VRV festschreiben wollte. Das Vernehmlassungsverfahren hatte nämlich zur 0,50‰-Grenze eine breite Zustimmung ergeben, jedoch nur unter der Bedingung, dass gleichzeitig die verdachtsfreie Atemalkoholprobe und mildere Sanktionen für den Bereich von 0,50 - 0,79‰ eingeführt würden²⁶.

Art. 1 Abs. 1 der Parlamentsverordnung lautet wie folgt: "Fahruntüchtigkeit wegen Alkoholeinwirkung (Angetrunkenheit) gilt in jedem Fall als erwiesen, wenn der Fahrzeugführer oder die Fahrzeugführerin eine Blutalkoholkonzentration von 0,5 oder mehr Gewichtspromillen aufweist oder eine Alkoholmenge im Körper hat, die zu einer solchen Blutalkoholkonzentration führt." Mit Ausnahme des Grenzwertes ist dieser Wortlaut identisch mit jenem des alten Art. 2 Abs. 2 VRV. Das bedeutet zum einen, dass auch künftig eine den Grenzwert erreichende oder übersteigende Blutalkoholkonzentration zum Beweis der Angetrunkenheit ausreicht, ohne Berücksichtigung weiterer Umstände wie individuelle Fahrfähigkeit und Alkoholverträglichkeit. Zum anderen stellt diese Formulierung sicher, dass die Schlussstrunkausrede²⁷ auch künftig nicht verfährt.

Für die Feststellung der Angetrunkenheit ist - wie bisher - die Blutprobe das wichtigste Beweismittel. Eine solche ist nach Art. 55 Abs. 3 SVG anzuordnen, wenn Anzeichen von Fahruntüchtigkeit vorliegen, wie z.B. bei einem auffälligen Unfall, auffälligem Benehmen der verdächtigen Person und vor allem bei einem positiven Atemlufttest. Eine Blutprobe ist auch dann angezeigt, wenn sich die betroffene Person der Durchführung der Atemalkoholprobe widersetzt oder entzieht oder wenn sie den Zweck dieser Massnahme vereitelt.

²⁴ Richtlinien für die Strafzumessung des Verbands Bernischer Richter und Richterinnen (VBR), Ziff. III. 1.2.; ANDREAS A. ROTH, Strassenverkehrsrecht, WEKAkompetent, Teil 6, Kapitel 3.3.1, S. 3; ANDRÉ BUSSY/ BAPTISTE RUSCONI, Code suisse de la circulation routière, Commentaire, 3. Auflage, Lausanne 1996, S. 694; BGE 127 IV 172

²⁵ SR 741.13

²⁶ Botschaft (Fn 1) 4471

²⁷ im Zeitpunkt der Fahrt nicht oder noch nicht vollständig resorbierter Alkohol

Zur Vereinfachung des Verfahrens und zur besseren Bewältigung des zu erwartenden Anstiegs der Zahl entdeckter Trunkenheitsfahrten sieht Art. 139 Abs. 4 VZV vor, dass die kontrollierte Person bei der gewöhnlichen Angetrunkenheit, d.h. bei einer Blutalkoholkonzentration von 0,50 - 0,79‰, das Resultat der Atemalkoholprobe anerkennen kann. Die Möglichkeit der Anerkennung des Blasresultats entspricht aber auch dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz, erscheint doch die Blutprobe als nicht unerheblicher Eingriff in die körperliche Integrität bei einem Übertretungstatbestand nicht als angezeigt²⁸. Damit die Anerkennung des Blas-tests in Kenntnis der straf- und massnahmenrechtlichen Konsequenzen erfolgt, hat die Polizei gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. b VZV eine entsprechende Rechtsbelehrung vorzunehmen. Will die kontrollierte Person das Blasresultat nicht anerkennen, ist eine Blutuntersuchung anzuordnen.

Für den Nachweis der qualifizierten Angetrunkenheit, d.h. bei 0,80‰ und mehr, soll weiterhin die Blutprobe als die geeignete Massnahme zur Feststellung der Angetrunkenheit gelten. Art. 140 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 VZV schreibt daher eine Blutuntersuchung vor für den Fall, dass die Atemalkoholprobe einen Wert von 0,80 ‰ und mehr ergibt.

Eine Blutuntersuchung ist gemäss Art. 140 Abs. 1 VZV zudem anzuordnen, wenn die kontrollierte Person das Messergebnis der Atemalkoholprobe im Bereich von 0,50 - 0,79‰ nicht anerkennt (lit. a Ziff. 2), wenn die Atemalkoholprobe einen Wert von mindestens 0,30 ‰ ergibt und der Verdacht besteht, dass die kontrollierte Person zwei Stunden oder mehr vor der Kontrolle ein Fahrzeug geführt hat (lit. a Ziff. 3)²⁹ sowie wenn die Durchführung eines Vortests oder der Atemalkoholprobe nicht möglich ist und Hinweise auf Fahruntfähigkeit bestehen (lit. c).

Wie bisher kann die Blutprobe gegen den Willen der verdächtigen Person nur abgenommen werden, wenn wichtige Gründe vorliegen. Neu ist dies nicht mehr in der VZV, sondern auf Gesetzesstufe in Art. 55 Abs. 4 SVG geregelt. Welches wichtige Gründe sind, sagt das Gesetz nicht. Es bleibt somit bei der bisherigen Praxis, wonach z.B. ein Unfall mit Todesopfern oder Schwerverletzten, eine schwere Verkehrsgefährdung, die Flucht der verdächtigen Person oder eine erhebliche Beweisungleichheit³⁰ als wichtige Gründe zu gelten haben³¹. Sind keine wichtigen Gründe auszumachen, so genügt eine Bestrafung wegen Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahruntfähigkeit gemäss dem neuen Art. 91a SVG.

Um eine wirkungsvolle Kontrolle der Alkoholisierung speziell im niedrigen Gehaltsbereich zu ermöglichen, ermächtigen Art. 55 Abs. 1 SVG und Art. 138 Abs. 1 VZV die Polizei zu einer anlass- und verdachtsfreien Atemalkoholprobe. Anders als bisher müssen daher Fahrzeugführerinnen und Fahrzeugführer damit rechnen, jederzeit voraussetzungslos, d.h. anlassfrei, auf Alkohol hin überprüft zu werden. Von dieser Neuerung verspricht man sich eine Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit und eine Reduktion der Dunkelziffer der Alkoholfahrten. Gleichzeitig soll dem Rechtsgleichheitsgebot nachgelebt werden, indem trinkgewohnte Fahr-

²⁸ Erläuterungen des UVEK zu den Änderungen der Verkehrszulassungsverordnung, der Verkehrsregelnverordnung, der Verkehrsversicherungsverordnung sowie der ADMAS-Register-Verordnung, S. 9, Ziff. 2.4.8, www.astra.admin.ch/media/vernehmlassung_svg_v2/erlaeuterungen_d.pdf

²⁹ Diese Bestimmung geht offenbar von einer minimalen Eliminationsrate von 0,10 ‰ pro Stunde aus (vgl. Weisungen betreffend die Feststellung der Fahruntfähigkeit im Strassenverkehr, Anhang 4, Ziff. 2.2.2; www.astra.admin.ch/media/pdfpub/2004-09-01_2360_d.pdf).

³⁰ Von erheblicher Beweisungleichheit spricht man, wenn bei Unfällen zwei oder mehr Personen unter Alkoholverdacht stehen und eine Person die Blutentnahme verweigert, nachdem bei den anderen Personen die Blutprobe bereits durchgeführt worden ist.

³¹ Botschaft (Fn 1) 4495; ANDRÉ BUSSY/ BAPTISTE RUSCONI (Fn 6) N 5 zu Art. 138 OAC (VZV)

zeuglenkerinnen und -lenker, welche im unteren Gehaltsbereich keinerlei Auffälligkeiten zeigen, durch die anlassfreie Alkoholkontrolle gegenüber trinkungsgewohnten Personen nicht mehr privilegiert werden sollen³².

Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens wurde eingewendet, die Mitwirkungspflicht bei der Atemalkoholprobe verstosse gegen den strafprozessualen Grundsatz, wonach sich niemand selber zu belasten brauche. Der Bundesrat hielt diesen Bedenken zu Recht entgegen, dass die Intensität des Grundrechtseingriffs nicht schwer wiege und dass das schützenswerte öffentliche Interesse an der Entdeckung alkoholisierter Verkehrsteilnehmer sehr gross sei³³. Zu ergänzen wäre, dass die Atemalkoholprobe im Gegensatz zur Blutuntersuchung nie gegen den Willen der kontrollierten Person durchgeführt werden kann. Im Falle der Weigerung ist vielmehr gemäss Art. 55 Abs. 3 lit. b SVG eine Blutprobe anzuordnen, und diese wiederum kann gemäss Art. 55 Abs. 4 SVG nur dann zwangsweise abgenommen werden, wenn wichtige Gründe vorliegen.

Wie bisher bleiben - entsprechend dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung - andere Beweismittel als die Blutprobe zur Feststellung der Fahruntfähigkeit vorbehalten. Das ist neu in Art. 55 Abs. 4 SVG ausdrücklich normiert. Durch die Möglichkeit der Anerkennung des Blasergebnats im Bereich von 0,50 - 0,79‰ gemäss Art. 139 Abs. 4 VZV wird zweifellos die Atemalkoholprobe zum wichtigsten Beweismittel neben der Blutprobe. Da der Verordnungsgeber die Atemalkoholprobe sehr eingehend geregelt und durch die Möglichkeit der Anerkennung zum prinzipalen Beweismittel aufgewertet hat, ist im Bereich der einfachen Angetrunkenheit ein Toleranzabzug nicht mehr angebracht. Bisher wurde ein Abzug wegen möglicher Messfehler zuweilen bei Atemalkoholmessungen als einzigem Beweismittel vorgenommen³⁴. Aufgrund der Regelung in Gesetz und Verordnung ist es möglich, dass diese Praxis im Bereich der qualifizierten Angetrunkenheit weitergeführt wird.

Neu kann gemäss Art. 142a Abs. 2 VZV auf die ärztliche Untersuchung verzichtet werden, wenn ausschliesslich Alkohol die Ursache für die vermutete Fahruntfähigkeit ist. Das UVEK begründet diese Regelung damit, dass die ärztliche Untersuchung zum Nachweis der Fahruntfähigkeit entbehrlich sei, da allein die Blutalkoholkonzentration entscheidend sei³⁵. Nach der Anerkennung des Atemalkoholtests im Bereich der einfachen Angetrunkenheit ist der Verzicht auf die ärztliche Untersuchung zweifellos angezeigt, würde doch sonst die angestrebte Vereinfachung des Verfahrens zu einem grossen Teil wieder zunichte gemacht. Es ist jedoch bedauerlich, dass auch bei 0,80‰ und mehr bzw. bei der Abnahme einer Blutprobe trotz geringerer Blutalkoholkonzentration auf die bisher obligatorische ärztliche Untersuchung verzichtet werden kann. Würde der Verzicht auf die ärztliche Untersuchung künftig zur Regel, würde man sich eines in der Praxis nicht unwichtigen zusätzlichen Beweismittels begeben. Stellt sich zum Beispiel die Frage nach dem Grad der verminderten Zurechnungsfähigkeit oder nach einer bei der Prognosebeurteilung zu berücksichtigenden Alkoholgewöhnung, so bildet die ärztliche Untersuchung nach wie vor eine wichtige Beurteilungsgrundlage.

Bisher war es Sache der Rechtsprechung, den Begriff des Fahrens in angetrunkenem Zustand unterhalb des Grenzwerts von 0,80‰ zu konkretisieren. Nach der Praxis des Bundesgerichts konnte eine Blutalkoholkonzentration von weniger als 0,80‰ unter ungünstigen Umständen wie Übermüdung, Medikamenteneinnahme oder Krankheit zu Fahruntfähigkeit füh-

³² Botschaft (Fn 1) 4471

³³ Botschaft (Fn 1) 4494

³⁴ z.B. 20 ‰, vgl. BGE 127 IV 172

³⁵ Erläuterungen UVEK (Fn 10), S. 9, Ziff. 2.4.7.

ren³⁶. Nach der Senkung des Grenzwerts auf 0,50‰ wird die Praxis nach meinem Dafürhalten unter diesem Wert wohl kaum mehr Angetrunkenheit annehmen. Ausgeschlossen ist dies aufgrund der Rechtslage aber natürlich nicht.

Fahren in angetrunkenem Zustand kann vorsätzlich oder fahrlässig begangen werden. Unter altem Recht nahm man in den meisten Fällen Vorsatz an, häufig in der Form des Eventualvorsatzes³⁷. Wenn überhaupt, dann kam Fahrlässigkeit nur im Grenzbereich von 0,80‰ in Betracht. Wie dies bei einem Grenzwert von 0,50‰ gehandhabt wird, ist schwer vorauszusagen. Möglicherweise wird die Praxis einen Bereich definieren, bei dem in der Regel noch fahrlässige Begehung angenommen wird. Möglicherweise wird aber auch im Übertretungsbereich Fahrlässigkeit in der Regel auszuschliessen sein mit der Begründung, die stark propagierte "Einglasregel" sei allen Fahrzeuglenkerinnen und Fahrzeuglenkern hinlänglich bekannt. Wer somit mehr als ein Standardglas trinke, nehme eine Blutalkoholkonzentration von 0,50‰ und mehr zumindest in Kauf. Konsultiert man die Strafzumessungsrichtlinien des Verbands Bernischer Richter und Richterinnen (VBR)³⁸, so fällt auf, dass zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Begehung nicht differenziert wird, weder bei der qualifizierten noch bei der einfachen Begehungsform.

Da die mit einem Motorfahrzeug begangene Trunkenheitsfahrt je nach Blutalkoholgehalt eine Übertretung oder ein Vergehen darstellt, ist daran zu denken, dass der Versuch und die Helferschaft gemäss Art. 104 Abs. 1 StGB und Art. 102 Ziff. 1 SVG nur bei einer qualifizierten Blutalkoholkonzentration strafbar sind. Anstiftung hingegen ist weiterhin bei allen Formen des Fahrens in angetrunkenem Zustand strafbar.

d) Fahren unter Drogen- oder Medikamenteneinfluss

Nach Art. 91 Abs. 2 SVG wird Fahruntfähigkeit aus anderen Gründen als Alkoholisierung, in erster Linie also das Fahren unter Drogen- oder Medikamenteneinfluss, mit Gefängnis oder Busse bestraft. Anders als beim Fahren in angetrunkenem Zustand ist dieser Straftatbestand, soweit mit einem Motorfahrzeug begangen, ausschliesslich als Vergehen ausgestaltet.

Gemäss Art. 55 Abs. 2 SVG kann die betroffene Person, wenn Anzeichen von Fahruntfähigkeit bestehen und diese nicht allein auf Alkoholkonsum zurückzuführen sind, einer sog. Voruntersuchung, wie Urin- und Speichelprobe oder Schweisstest, unterzogen werden. Anders als beim Atemalkoholtest bedarf es hier also - wie nach altem Recht beim Fahren in angetrunkenem Zustand - eines Anfangsverdachts. Fällt der Vortest positiv aus oder wird er nicht durchgeführt, obschon Hinweise auf Fahruntfähigkeit bestehen, ist eine Blutprobe und eventuell zusätzlich eine Urinuntersuchung anzuordnen (Art. 140 Abs. 1 lit. b und c sowie Abs. 2 VZV).

Im neuen Art. 55 Abs. 3 lit. a SVG ist die bundesrechtliche Grundlage geschaffen worden, um auch bei Verdacht auf Fahruntfähigkeit wegen Betäubungsmittel- oder Arzneimittelkonsums eine Blutprobe anzuordnen. Gemäss Art. 55 Abs. 7 lit. a SVG kann der Bundesrat für andere Substanzen als Alkohol festlegen, ab welcher Konzentration im Blut unabhängig von weiteren Beweismitteln und individueller Verträglichkeit Fahruntfähigkeit anzunehmen ist, analog also zur alten und neuen Regelung beim Fahren in angetrunkenem Zustand.

³⁶ BGE 103 IV 111, 98 IV 291, 90 IV 227, 90 IV 167

³⁷ BGE 104 IV 35

³⁸ Ziff. III.1.1.

Nach Art. 2 Abs. 2 VRV gilt die Fahrunfähigkeit als erwiesen, wenn im Blut THC, Heroin/Morphin, Kokain und verschiedene Formen von Amphetamin nachgewiesen werden. Mit anderen Worten gilt bei diesen Substanzen der Grenzwert Null. Bei den harten Drogen liegt der Grenzwert Null auf der Hand. Beim Cannabis hat man sich aus rein praktischen Gründen für den Grenzwert Null entschieden. Zur Begründung wird angeführt, dass für den Konsumenten die individuellen Wirkungen der verschiedenen Cannabisprodukte wegen des sehr unterschiedlichen THC-Gehalts nicht vorhersehbar seien. Zudem gebe es heute noch keine zureichenden wissenschaftlichen Erkenntnisse, die es erlauben würden, einen bestimmten Wirkstoffgehalt im Blut als unbedenklich zu erklären³⁹. Und schliesslich wird geltend gemacht, dass ein gewisses Korrektiv darin bestehe, dass anders als beim Alkohol auf Drogen hin nur überprüft werden könne, wer Anzeichen von Fahrunfähigkeit aufweise⁴⁰. Diese Argumente sind wenig überzeugend. Etwas wurde in den parlamentarischen Debatten jedoch klar: Die unterschiedliche Behandlung von Alkohol und Cannabis rührt zweifellos daher, dass der Alkohol eine grosse und einflussreiche Lobby hat, während sich am Cannabis niemand die Finger verbrennen will.

Liest man Ziff. 5.1 des Anhangs 6 zu den Weisungen des ASTRA "betreffend die Feststellung der Fahrunfähigkeit im Strassenverkehr"⁴¹, stellt man als naturwissenschaftlicher Laie etwas erstaunt fest, dass bei den in Art. 2 Abs. 2 VRV genannten Betäubungsmitteln trotz der deklarierten Nulltoleranz Grenzwerte festgesetzt worden sind. Diese betragen beim THC 1,5 Mikrogramm/Liter und bei den anderen Betäubungsmitteln 15 Mikrogramm/Liter. Erst ab dieser Konzentration gilt der Nullgrenzwert aus chemisch-toxikologischer und labortechnischer Sicht als überschritten.

Bei anderen Substanzen, d.h. bei Betäubungsmitteln, die in Art. 2 Abs. 2 VRV nicht erwähnt sind, und bei Medikamenten gelangt gemäss Art. 142b Abs. 1 und 2 VZV das sog. "Drei-Säulen-Prinzip" zur Anwendung. Danach hat sich das Gericht auf ein rechtsmedizinisches Gutachten zu stützen, das die Fahrfähigkeit anhand (1.) der polizeilichen Beobachtungen, (2.) der ärztlichen Untersuchung und (3.) des chemisch-toxikologischen Laborbefundes beurteilt.

e) Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit

Art. 91a SVG ist im Wesentlichen gleich konzipiert wie der alte Art. 91 Abs. 3 SVG. Neu ist eigentlich nur, dass sich die Vereitelungshandlung nicht nur auf die Feststellung des Alkoholkonsums, sondern auch der anderen, die Fahrfähigkeit herabsetzenden Stoffe bezieht und dass nicht nur die Vereitelung der Blutprobe, sondern auch der Atemalkoholprobe und der anderen Voruntersuchungen unter Strafe gestellt wird. Die komplizierte höchstrichterliche Rechtsprechung zur Tatbestandsvariante des Entziehens, wenn die Massnahme zur Feststellung der Fahrunfähigkeit zwar nicht angeordnet wurde, wenn aber mit deren Anordnung gerechnet werden musste, wird uns daher weiterhin beschäftigen⁴².

Die Strafe lautet wie bisher auf Gefängnis oder Busse bzw. Haft oder Busse, je nachdem ob es sich um das Führen eines Motorfahrzeugs oder eines motorlosen Fahrzeugs handelt. Wie beim Fahren in fahrunfähigem Zustand hat auch hier das Motorfahrrad als motorloses Fahrzeug zu gelten⁴³. Wer als Motorfahrzeugführerin oder Motorfahrzeugführer im Zustand der einfachen Angetrunkenheit eine Massnahme zur Feststellung der Fahrunfähigkeit vereitelt, wird somit strenger bestraft, als wer sich der Kontrolle unterzieht. Diese Konsequenz ist an-

³⁹ Erläuterungen UVEK (Fn 10), S. 10, Ziff. 2.5.

⁴⁰ Botschaft (Fn 1) 4489

⁴¹ Internetfundstelle vgl. Fn 11

⁴² BGE 126 IV 53

⁴³ vgl. oben 2 b)

gesichts der Beweisproblematik und des neben der Verkehrssicherheit zusätzlich tangierten Rechtsguts der Rechtspflege⁴⁴ zweifellos gerechtfertigt.

f) Strafzumessung bei Delikten gemäss Art. 91 und 91a SVG

Beim Fahren in angetrunkenem Zustand im Bereich von 0,80‰ und mehr haben die Richtlinien für die Strafzumessung des Verbands Bernischer Richter und Richterinnen (VBR)⁴⁵ keine Änderung erfahren. Sie wurden lediglich ergänzt mit abgestuften Mindestbussen von Fr. 600.- bis Fr. 800.-- für den Bereich der einfachen Angetrunkenheit.

Bei Fahrunfähigkeit aus anderen Gründen als Alkoholisierung haben die Strafzumessungsrichtlinien gegenüber der seit Juni 2003 gültigen Version keine Änderung erfahren⁴⁶. Es soll somit weiterhin unterschieden werden zwischen einem geringfügigen Beeinträchtigungsgrad, der mit Busse von ca. 1/3 des Monatsnettoeinkommens zu ahnden ist, und einem bedeutenden Beeinträchtigungsgrad, der eine Gefängnisstrafe ab 10 Tagen zur Folge haben soll.

Beim Führen von Motorfahrrädern und schwach motorisierten Fahrzeugen in fahrunfähigem Zustand sehen die Richtlinien eine Busse ab Fr. 300.--, beim Lenken eines motorlosen Fahrzeugs bzw. Fahrrads eine Busse ab Fr. 140.-- vor, egal aus welchen Gründen Fahrunfähigkeit besteht⁴⁷. Von schwach motorisierten Fahrzeugen ist im Zusammenhang mit dem Übertretungstatbestand jedoch nur in der bundesrätlichen Botschaft die Rede⁴⁸, während in Art. 91 Abs. 3 SVG einzig die motorlosen Fahrzeuge erwähnt sind. Es ist nicht klar, ob der Bundesrat die schwach motorisierten Fahrzeuge in der Botschaft deshalb erwähnte, weil ursprünglich ein entsprechender Gesetzestext vorgesehen war oder weil er auf die Praxis, nach welcher die Motorfahrräder den motorlosen Fahrzeugen gleichgestellt werden, Bezug nehmen wollte. So oder so wäre es jedoch nicht angebracht, das angetrunkene Fahren mit stärker motorisierten Fahrzeugen als Motorfahrrädern, wie z.B. Kleinmotorrädern, als Übertretung zu behandeln. Hingegen macht es Sinn, Leicht-Motorfahrräder⁴⁹ und möglicherweise sogar Elektrotrottinette (E-Bikes und E-Scooters)⁵⁰ bei der Strafzumessung dem Motorfahrrad gleichzustellen.

Bei der Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit wurden für den Vergehenstatbestand nach Art. 91a Abs. 1 SVG die bisherigen Strafzumessungsrichtlinien übernommen. Beim Übertretungstatbestand gemäss Art. 91a Abs. 2 SVG wird die gleiche Differenzierung nach Motorfahrrad und schwach motorisiertem Fahrzeug einerseits sowie motorlosem Fahrzeug und Fahrrad andererseits vorgenommen wie beim Fahren in fahrunfähigem Zustand⁵¹. Es kann daher auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

g) Weitere strafrechtliche Neuerungen

Als untergeordnete Neuerungen im Bereich der Strafnormen sind folgende zu erwähnen:

⁴⁴ HANS SCHULTZ, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958, Bern 1964, S. 201

⁴⁵ Ziff. III. 1.1.

⁴⁶ Ziff. III. 2.

⁴⁷ Ziff. III. 1.2., 1.3., 2.2. und 2.3.

⁴⁸ Botschaft (Fn 1) 4497

⁴⁹ Art. 18 lit. a VTS

⁵⁰ Art. 175 Abs. 1bis VTS

⁵¹ Ziff. III. 3.1., 3.2., 3.3

Bei der Entwendung zum Gebrauch gemäss Art. 94 SVG wurde in Ziff. 4 die längst fällige Anpassung an die Revision des Strafgesetzbuches aus dem Jahr 1994 nachgeholt, indem Art. 143 StGB durch Art. 141 StGB ersetzt wurde.

Art. 95 SVG wurde insofern geändert, als die Marginalie nicht nur das Fahren ohne Führerausweis, sondern neu auch das schwerste in diesem Artikel enthaltene Delikt des Fahrens trotz Führerausweisentzugs erwähnt. Nach altem Recht lautete die Strafe für das Fahren trotz verweigertem oder entzogenem Führerausweis auf wenigstens 10 Tage Haft und kumulativ Busse. Da sich diese Strafdrohung offenbar als wenig abschreckend erwiesen hat, wird das Fahren trotz verweigertem, entzogenem oder aberkanntem Ausweis in Ziffer 2 neu als Vergehen bestraft. Neu sind auch die - allerdings wenig bedeutsamen - Straftatbestände gemäss Ziffer 3 und 4, welche Fahrradfahrer und Fuhrleute, denen das Führen des entsprechenden Fahrzeugs untersagt wurde, einer eigenen Strafnorm unterstellen, sodass nicht mehr auf Art. 292 StGB zurückgegriffen werden muss⁵². Anders als bei Art. 91 und 91a SVG ist beim Fahren ohne Führerschein oder trotz Entzugs das Motorfahrrad dem Motorfahrzeug gleichzustellen. Der Bundesrat verzichtete darauf, im neuen Recht für Motorfahrradlenker besondere Führerausweise vorzusehen und hob daher die speziellen Strafbestimmungen des Art. 145 Ziff. 1 und 2 VZV per 1. April 2003 auf. Da seither keine Spezialregelungen mehr in Kraft sind, finden die allgemeinen Strafbestimmungen Anwendung. Somit ist das Führen eines Motorfahrrades ohne Führerausweis neu unter Art. 95 Ziff. 1 SVG (wie früher Übertretung) und das Führen eines Motorfahrrades trotz verweigertem, entzogenem oder aberkanntem Führerausweis unter Art. 95 Ziff. 2 SVG (früher Übertretung, neu Vergehen) zu subsumieren⁵³.

Nach altem Recht handelte es sich bei Art. 100 Ziff. 1 Satz 2 SVG um einen fakultativen Strafbefreiungsgrund. Nach dem neuen Wortlaut ist das Gericht verpflichtet, in besonders leichten Fällen von Strafe Umgang zu nehmen. Damit entspricht die strafrechtliche Regelung dem neuen Administrativmassnahmenrecht, welches gemäss Art. 16a Abs. 4 SVG in besonders leichten Fällen einen Verzicht auf jegliche Massnahme zwingend vorschreibt.

3. Schlussbemerkung

Die Herabsetzung des Blutalkoholgrenzwerts auf 0,50‰ und die Nulltoleranz bei gewissen Betäubungsmitteln stellen zweifellos wichtige Massnahmen zur Erhöhung der Sicherheit im Strassenverkehr dar. Da jedoch das zentrale Problem bei Alkohol und Drogen im Strassenverkehr in der geringen Entdeckungswahrscheinlichkeit liegt, sind strengere Strafbestimmungen allein nur wenig wirksam. Sie bedürfen zusätzlich der Durchsetzung mittels häufiger Polizeikontrollen und der regelmässigen Bekanntgabe der Kontrollergebnisse sowie der straf- und massnahmenrechtlichen Folgen in den Medien. Der anlassfreie Atemalkoholtest ist zwar ein probates Mittel für eine effiziente polizeiliche Kontrolltätigkeit. Ob die Entdeckungswahrscheinlichkeit tatsächlich erhöht wird, hängt jedoch letztlich von den personellen und finanziellen Ressourcen der Polizei ab.

⁵² Vgl. auch den alten und neuen Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 und Art. 21 SVG.

⁵³ Auskunft ASTRA, Abteilung Strassenverkehr, Zulassung, Haftpflicht, Strafen

Eduard Schneider

Zur Aufgabe der Gerichtsberichterstattung ⁵⁴

Für die Einladung zu einem Referat über Gerichtsberichterstattung möchte ich mich bestens bedanken. Es ist in meiner Tätigkeit, die nicht mehr ganz kurzfristig ist (25 Jahre), vom Allerwertvollsten, was mir zuteil wurde.

Nehmen Sie es mit Nachsicht, wenn zuerst vom Referenten die Rede ist. Vorauszuschicken ist, dass ich von Haus aus nicht Jurist bin. Mein beruflicher Wunsch war Fürsprech. Für meinen Vater, einfacher BLS-Angestellter, war die Zeitspanne von gegen zehn Jahren (Gymnasium und Jusstudium) ohne Einkommen meinerseits zu belastend, ich hätte ihm deswegen auch nie einen Vorwurf gemacht. Als ich anno 1949 aus der Sekundarschule Spiez trat, gab es den Thuner Gymer noch nicht, er kam vier Jahre später. Vielleicht wäre anderweitig das Studium jur. möglich gewesen. Aber lassen wir das. Zuerst wurde das Staatsseminar absolviert; nach dem Primarlehrerpatent und ein paar Jahren Schule folgte an der Uni ein Studium phil.hist. mit Abschluss in der Neueren Geschichte und Sekundarlehrerpatent. Es kam aber bald, was nicht unbedingt selten der Fall ist, der Wechsel in den Journalismus. Nach einer Tätigkeit vor allem im Bereich des Feuilleton rutschte ich in die Gerichtsberichterstattung. Ein Redaktor des „Bund“ erinnerte sich überraschend daran, dass ich einmal vor Jahren den damaligen ständigen Gerichtsberichtersteller ferienhalber vertreten hatte. So erfolgte später der Beginn, da der bisherige Mitarbeiter sein Jusstudium abgeschlossen hatte. Doch noch dies: Ein Oberrichter, wie mir zu Ohren kam, äusserte, am Schneider sei ein Jurist verloren gegangen. Als Jurist wäre ich vielleicht verloren gewesen. Denn Richter und Anwälte müssen gestalterisch, kreativ tätig sein, während der Gerichtsjournalist weitgehend darauf beschränkt ist, das Geschehen im Gerichtssaal oder über schriftliche Urteilsentscheide nachzuvollziehen.

*

Worin besteht nun die Aufgabe der Gerichtsberichterstattung? Die Antwort darauf lautet zunächst reichlich einfach: Sie besteht darin, möglichst den gerichtlichen Alltag wiederzugeben. Da ist z.B. der Mordfall von Spiez, bei dem eine Weiterziehung an das Bundesgericht noch offen steht; oder der im letzten Herbst vom Kreisgericht Konolfingen beurteilte, von mehreren Tätern begangene Mord; oder der noch bevorstehende Prozess um ein Tötungsdelikt aus der rechtsextremen Szene um Interlaken; oder der sattsam bekannte Fall von Kehrsatz, von fünfzig Medienvertretern mit dem Ehrentitel Jahrhundertprozess garniert - alle diese Fälle bewirken in der Öffentlichkeit spezielles Aufsehen, sind sensationell, spektakulär.

Sie bilden indes gerade **nicht** den gerichtlichen Alltag. Der im vergangenen Jahr verstorbene Thuner Professor Hans Schultz, ein Altmeister des Strafrechts, hat einmal bei den Presseberichten das Übliche, das Normale mit der Landschaft verglichen; berichtet werde fast ausschliesslich über die „Viertausender“, über die grossen Fälle, während das Mittel- und Unterland unberücksichtigt bleibe. Damit meinte er die kleineren, unspektakulären Fälle, die eben

⁵⁴ Der Text zuhanden der Vereinigung Pensioniertes Bundespersonal Thun und Umgebung, demnach für Laien, wird hier unverändert übernommen. E. Schneider, lic. phil. hist., ist akkreditierter Gerichtskorrespondent.

den gewöhnlichen gerichtlichen Alltag ausmachen. Sie überwiegen punkto Anzahl die so genannten Sensationsprozesse um Vieles.

Während zehn Jahren war ich wie angedeutet beim „Bund“ tätig. Die Redaktion hatte ein altes Postulat auf Lager, nämlich das Bestreben, von der Einseitigkeit der Berichterstattung über die damaligen Geschworenengerichts- und Kriminalkammer-Fälle - mit schweren Delikten - abzuweichen. So nahm ich an einem ganzen Verhandlungstag bei einem Einzelrichter in Strafsachen im Berner Amthaus bei Gerichtspräsident Ueli Hofer, teil, später Oberrichter und auch Präsident dieser Instanz. Er verstand es in besonderem Masse, sich in die Situation der Angeklagten einzufühlen, so bei einer Frau, die wegen eines Ladendiebstahls antreten musste und dabei sehr verlegen war. Die Einvernahme durch den Richter war weniger ein Verhör als mehr ein Gespräch, von Verständnis für die Angeschuldigte getragen. Dann erschien ein Automobilist, der sich nach einem Unfall pflichtwidrig entfernt hatte; für sein „Usehöische“ hatte der Richter etwas weniger Verständnis. Ein weiterer Fall betraf eine Dame, die sich entgegen der städtischen Verordnung über die Strassenprostitution schon tagsüber „in erkennbarer Bereitschaft aufhielt“. Die Dame erschien allerdings nicht, dafür ein Polizist als Zeuge, mit der Aussage: „Meischtens schtö si bir Beiz ‚Tübeli‘, u we mer chöme, verschtübe si“. Alle diese Fälle, es waren im ganzen acht, waren keine Affären, lediglich kleinere Delikte, mit Busse oder mit kurzer Haft geahndet - der ganz gewöhnliche gerichtliche Alltag.

Von zehn Fällen, die von Thun, Bern, Biel und anderswo an das Obergericht weitergezogen werden, stammen im Durchschnitt zwei oder drei aus dem Strassenverkehr. In der Boulevardpresse wird ein solcher Fall nur dann gebracht, wenn es, zynisch gesagt, mindestens zwei Tote und drei Schwerverletzte gab. Bei nicht wenigen Vorfällen ist glücklicherweise niemand zu Schaden gekommen. Vor Obergericht gelangt z.B. ein waghalsiges, andere Verkehrsteilnehmer gefährdendes Überholmanöver zur Beurteilung, welches glimpflich ablief. Solche Fälle können instruktiv sein und für Autofahrer als Leser vielleicht sogar ein Warnzeichen abgeben. Der Berichterstattung über den gerichtlichen Alltag hat sich erfreulicherweise auch das „Thuner Tagblatt“ geöffnet, hiefür ist freilich ein kompetenter Chefredaktor Voraussetzung, welcher René E. Gygax, auch wenn er das Gutzeichen vom Mitarbeiter nicht nötig hat, voll und ganz entspricht.

*

Wie in anderen Bereichen auch, gibt es gegenüber der Justiz in der Öffentlichkeit **Klischees** und **Vorurteile**. Bezeichnend dafür sind Floskeln wie Geheimjustiz, juristische Spitzfindigkeiten, Juristenfutter. Auch der „Kosename“ Rechtsverdreher für Anwälte gehört dazu. Ein alter, auf den Fürsprecher gemünzter Berner Ausdruck lautete auf „Störelugner“, entsprechend den Handwerkern, die früher zu den Leuten nach Hause auf die Stör kamen, bestand die vorgebliche Tätigkeit des Fürsprechers in der Pflege der Lüge. Einem Berner Anwalt wurde nachgesagt, vor einer Gerichtsverhandlung seinen Klienten aufgefordert zu haben, die Wahrheit zu sagen; er, der Anwalt, werde das Nötige dann schon lügen. Bei den meisten Rechtsanwälten ist das Klischee sicher fern von der Realität. Winkeladvokaten sind eher dünn gesät. Das so genannte Juristenfutter gibt es kaum, höchstens etwa dann, wenn sich die drei oder die fünf Richter auf den oberen Instanzen in einer öffentlichen Verhandlung über die Liquidation der Prozesskosten (für die Parteien natürlich wichtig) übermässig lange nicht einig sind.

Bei den Gerichtsfällen geht es um zwei Teile, deren Wiedergabe die eigentliche Aufgabe der Berichterstattung bildet. Der erste Teil: Worum geht es, was hat sich zugetragen, was ist passiert; dann der zweite Teil: die rechtlich Konsequenz daraus. Die beiden Teile sind nicht von-

einander getrennt („Juristenfutter“), vielmehr gehören sie zusammen, wenn auch der Vergleich nicht unbedingt passend ist, wie beim Messer Griff und Klinge. Nehmen wir ein einfaches Beispiel: Ein Autofahrer überschreitet die signalisierte Höchstgeschwindigkeit - Teil eins. Daraus Teil zwei, die rechtliche Folge, Verletzung einer Verkehrsregel. Ein Lenker hat das Maximaltempo von 80 und 15 km/h überschritten, ein anderer um 50. Beide haben das Gleiche getan, aber nicht dasselbe. Der erste zwar auch schon deutlich, aber noch einigermaßen im Rahmen, der andere in Richtung Formel eins-Tempo. Der eine hat gemäss Strassenverkehrsgesetz eine einfache Regelverletzung begangen, der andere einen groben Regelverstoss, mit unterschiedlichen Konsequenzen, die allgemein bekannt sein dürften.

Eine wichtige Aufgabe bei Gerichtsfällen ist demnach die **Unterscheidung**. Es darf, was ungleich ist, nicht über den gleichen Leisten geschlagen werden. Das gilt ebenso bei Tötungsdelikten. Im Sprachgebrauch werden Mord und Totschlag in einem Atemzug genannt, strafrechtlich sind sie aber klar entgegengesetzt. Beim Tatbestand Mord (Strafe lebenslängliches Zuchthaus, in der Schweiz frühestmögliche Entlassung nach 15 Jahren) ist das Verbrechen aus niederträchtigem Grund geschehen, z.B.: Das Tatopfer, eine Frau stand dem Täter im Weg; er wollte sich, rein egoistisch, einer anderen Partnerin zuwenden. Totschlag dagegen kann unter Umständen einen hohen Grad an Entschuldbarkeit gestatten. Gemäss dem französischen Wortlaut ist die Tat „par passion“, begangen, aus einem Leidensweg heraus. Das nachmalige Opfer hat den Täter über längere Zeit gedemütigt; der Täter tötet seinen Plaggeist (Strafe bei Totschlag bis zu einem Jahr Gefängnis hinunter).

*

Die Unterscheidung, die Differenzierung hängt eng mit der Aufgabe zusammen, dass die Gerichtsberichterstattung zu erklären hat, **Erklärungsarbeit** ist gefordert. Bei einer Strassenverkehrssache hiess es im Bericht der Agentur, ausschlaggebend sei eine „actio libera in causa“ gewesen - Übersetzung dabei null. Damit kann der gewöhnlich sterbliche Leser rein nichts anfangen. Als Nicht-Lateiner weiss ich auch nicht, was in diesem Fall den Ausschlag gab. Die nachstehenden Begriffe als Beispiele sind jeweils erklärungsbedürftig: Antragsdelikt, Offizialdelikt, qualifiziertes Delikt, Grundlagenirrtum, Eventualvorsatz, Unmittelbarkeitsprinzip, Putativ-Notwehr, der Grundsatz „Im Zweifel zugunsten des Angeklagten“ (in dubio pro reo), Legalitätsprinzip, Opportunitätsprinzip. Werden diese und andere Ausdrücke in Gerichtsberichten nicht erklärt, nicht ausgedeutet, bleiben sie Geheimsprache oder werden, wie im Zweifelsgrundsatz, zum Missverständnis.

Das Erklären ist für den Journalisten manchmal recht schwierig. Er sollte, etwas unbescheiden gesagt, bisweilen als Dolmetscher das Juristische für den interessierten Leser möglichst verständlich übersetzen. Der Anspruch auf Klarheit in den Berichten ist nicht nur Begabung. Im Staatsseminar hatten wir den Lehrer in Methodik für die Vermittlung des Unterrichtsstoffs; er verstand es hervorragend, Anregungen für eine klare Darstellung zu geben. Davon kann man lernen.

*

Im Eisenbahnzug von Thun nach Bern unterhielten sich zwei Fahrgäste über Gericht und Justiz. Der eine sagte, er wisse nicht sicher, ob der Staatsanwalt Jurist sein müsse (was er natürlich sein muss). Ein kleines Beispiel dafür, dass die Leute im allgemeinen darüber, wie es im Gerichtssaal zu- und hergeht, **wenig Ahnung** haben. Das ist nicht ein Vorwurf, ist nicht verächtlich gemeint. Die wenigsten Leute kommen in ihrem Leben in den Gerichtssaal, weder als Angeklagte noch als Zeugen; als Zeuge vielleicht einmal, meistens nie. So ist es gelegentlich auch Aufgabe des Gerichtsberichterstatters, **Kenntnislücken** zu füllen.

Im Jahrhundertprozess dominierten in den Medien die Fairness und der Zweifelsgrundsatz. In aller Kürze: Fairness, im angloamerikanischen Recht „Fair by Trial“ (Prozess) ist als prozesualer Grundsatz unbestritten. Nur: Die Fairness ist nicht Selbstzweck, schon gar nicht das Ziel des Prozesses, dessen Ziel ist die Wahrheitsfindung. Als einmal ein Oberrichter den Angeklagten bei der Befragung bedrängte, ihn in die Zange nahm, wurde dies in einem Teil der Medien als völlig unfair und unhaltbar attackiert. Reichlich naiv, da Fairness, wie im Fussball auch, eine gewisse Härte durchaus nicht ausschliesst.

Der Satz „in dubio pro reo“ blieb in der Presse ebenfalls auf der Strecke. So wurde betont, man kenne den Tatort, die Tatzeit und auch die Tatwaffe nicht - ergo Zweifel, also Freispruch. Wenn ein Angeklagter durch alle Böden bestreitet - obschon er vielleicht der Täter ist -, dann sagt er weder wo noch wann und womit. Er legt auch kaum die Tatwaffe auf den Nachttisch, damit sie bei Verdacht der Untersuchungsrichter gleich abholen kann. Ein Indizienprozess wie jener von Kehrsatz - Indizien (Anzeichen, Anhaltspunkte, Hinweise) sind indirekte Beweise - ist nicht die Lösung eines Kreuzworträtsels. Bei diesem muss jedes Viereck besetzt sein, hier ist lückenlose Vollständigkeit gefragt. Keineswegs bei einem Indizienprozess, da können vergleichsweise mehrere Vierecke (wie eben die Tatzeit u.a.) offen bleiben, wenn bestimmte Indizien erdrückend sind und die Täterschaft eindeutig signalisieren.

Es gäbe zum Problem der Gerichtsberichterstattung und zur Justiz noch einiges zu sagen. Aber auch bei diesem Thema kann nicht Vollständigkeit à la Kreuzworträtsel verlangt werden.

(Der Einladung der pensionierten Thuner Bundesbeamten im letzten Jahr konnte der Verfasser krankheitshalber nicht folgen. Der Text wurde der Vereinigung zugestellt.)

Verzeichnis der bisher im infointerne erschienenen
Referate und Aufsätze

Répertoire des exposés et des articles déjà parus dans infointerne

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

Falkner Anastasia, Untersuchungsrichterin, mit Rolf Grädel

- Berytus nutrix legum Heft 24, S. 59 - 64

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

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

Feller Klaus, Staatsanwalt

- Vortrag über das Unmittelbarkeitsprinzip

Heft 2

Fels Michel-André

- Internationale akzessorische Rechtshilfe in Strafsachen
- NFP40, phänomenologische Aussagen zur OK im Forschungsbericht und den Medien

Heft 14, S. 67 - 79

Heft 20, S. 40 - 45

Flotron Pascal, procureur

- 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

Grädel Rolf, stv. Generalprokurator, mit Anastasia Falkner

- Berytus nutrix legum

Heft 24, S. 59 - 64

Greber Franziska, Psychotherapeutin SPV/Supervisorin

- Der Ambivalenzkonflikt bei häuslicher Gewalt

Heft 18, S. 49 - 61

Greiner Georges, Staatsanwalt

- Die formell und inhaltlich korrekt abgefasste Anzeige im Jagdwesen

Heft 6, S. 12 - 19

Haenni Charles, Staatsanwalt

- Kurze Darstellung des Waffengesetzes
- Zu den neuen Doping-Strafbestimmungen
- Gedanken zu den Auswirkungen des neuen AT StGB auf unsere praktische Arbeit
- Bemerkungen zum Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE)

Heft 14, S. 45 - 66

Heft 19, S. 58 - 82

Heft 22, S. 74 - 80

Heft 24, S. 29 - 58

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 fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE)

Heft 12, S. 13 - 20

Jenny Guido, Prof. Dr.

- Wie viel Recht braucht die Medizin

Heft 25, S. 20 - 29

Jester Hansjürg, Staatsanwalt

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

Heft 4

Heft 6, S. 27 - 33

Heft 9, S. 56 - 70

Heft 12, S. 21 - 43

Kipfer Christof, Staatsanwalt

- Vernetzte Informationstechnologie kontra Persönlichkeitsschutz?

Heft 8, S. 34 - 42

Leu Christian, Kammerschreiber

- Einige Auswirkungen der Mehrwertsteuer auf den gerichtlichen Bereich
- Rechtsöffnungsprobleme bei schuldbrieflich gesicherten Forderungen, Teil I
- Rechtsöffnungsprobleme bei schuldbrieflich gesicherten Forderungen, Teil II

Heft 6, S. 34 - 40

Heft 12, S. 44 - 58

Heft 14, S. 33 - 44

Mathys Heinz Walter, Staatsanwalt

- Computerkriminalität, insbesondere im neuen Vermögensstrafrecht

Heft 5

Maurer Thomas, Oberrichter

- Zur Revision des bernischen Strafverfahren
- Das Strafverfahren und die Medien
- Evaluation der bernischen Justizreform oder das lange Warten auf die eidg. Strafprozessordnung

Heft 1, S. 9 - 22

Heft 8, S. 23 - 33

Heft 21, S. 62 - 71

Möckli Urs, Kammerschreiber

- Indexierte Renten im Rechtsöffnungsverfahren

Heft 10, S. 64 - 69

Müller Franz, Fürsprecher

- Fahrlässigkeit - vom Praktiker bei Art. 18 Abs. 3 StGB an den Rand geschrieben

Heft 25, S. 30 - 37

Naegeli Hans-Jürg, Oberrichter

- Zur Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens im allgemeinen und des Zivilprozesses im besonderen
- Vergleichsverhandlungen

Heft 8, S. 16 - 22

Heft 10, S. 56 - 63

Oberle Balz, Gerichtspräsident

- Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens

Heft 20, S. 24 - 39

Rieder François, Juge d'appel

- Les principes fondamentaux de la procédure civil bernoise (maximes) Heft 5
- L' intérêt au recours en procédure civile Heft 8, S. 13 - 15
- La loi fédérale sur les fors en matière civile et les modifications du Code de procédure civile bernois Heft 19, S. 17 - 57

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

Schmutz Markus, Staatsanwalt

- Die neuen SVG-Strafbestimmungen und ihr Umfeld Heft 25, S. 38 - 46

Schneider Eduard, Gerichtsberichterstatte

- Zur Aufgabe der Gerichtsberichterstattung Heft 25, S. 47 - 50

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
- Von einem der auszog, der Gerechtigkeit auf die Spur zu kommen Heft 23, S. 23 - 30

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
- Der Anklagegrundsatz Heft 23, S. 31 - 38

**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
- Der Beweis aus rechtlicher Sicht
- Zehn Gebote für junge Fürsprecher

Heft 13, S. 44 - 61

Heft 18, S. 18 - 30

Heft 24, S. 24 - 28

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?
- Juristische Aspekte bei sexueller Ausbeutung

Heft 2

Heft 15, S. 12 - 37

Zollinger U., Hartmann K.

- Ärztliche Melderechte und Meldepflichten gegenüber Justiz und Polizei

Heft 18, S. 31 - 39