

# IN F O I N T E R N E

Informationen, Referate und Aufsätze  
aus der Bernischen Justiz

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

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

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

Redaktion:

Weiterbildungskommission des Bernischen Obergerichts  
(Vorsitz: Oberrichter J. Sollberger; Oberrichter M. Girardin, Untersuchungsrichterin B. Janggen-Schibli, Oberrichter W. Messerli, Generalprokurator-Stellvertreter Ch. Trenkel, Gerichtspräsident D. Bähler, Kammerschreiber U. Windler; Sekretariat: Ch. Johner, Kanzlei Appellationshof, Tel.: 031/634 72 47  
E-Mail: christine.johner@jgk.be.ch)

Rédaction:

Commission pour la formation continue des membres de la Cour suprême du canton de Berne  
(Président: J. Sollberger, juge d'appel; M. Girardin, juge d'appel, B. Janggen-Schibli, juge d'instruction, W. Messerli, juge d'appel, Ch. Trenkel, Procureur général suppléant, D. Bähler, Président du Tribunal, U. Windler, Greffier, Secrétariat: Ch. Johner, chancellerie de la cour d'appel, Tél. 031/634 72 47  
E-Mail: christine.johner@jgk.be.ch)

H E F T 13 / S O M M E R 1999

L I V R E 13 / E T E 1999

## Inhaltsübersicht

In eigener Sache <i>Jürg Sollberger, Oberrichter</i>	3
-----	
Nouvelles internes	6
-----	
Kursprogramm zweite Jahreshälfte 1999	9
-----	
Programme des cours pour le deuxième semestre 1999	11
-----	
Hinweise auf "auswärtige" Weiterbildungsveranstaltungen	13
-----	
Opportunitätsprinzip und Legalitätsprinzip und die polizeiliche Generalklausel <i>Jürg Sollberger, Oberrichter</i>	15
-----	
Erwartungen an ein psychiatrisches Gutachten aus der Sicht der Justiz <i>Markus Weber, Generalprokurator</i>	44
-----	
Verzeichnis der bisher im Inforterne erschienenen Referate und Aufsätze	62
-----	

## In eigener Sache

### 1. Personelle Veränderungen in der Weiterbildungskommission

Bedingt durch ihren Wechsel in die Strafabteilung des Obergerichts musste Frau Oberrichterin Eveline Lüthy-Colomb aus der Weiterbildungskommission ausscheiden. Sie hat sich jedoch bereit erklärt, den Bereich „neues Scheidungsrecht“ weiterhin zu begleiten und bei der Vorbereitung und Durchführung zusätzlicher Veranstaltungen zu dieser für die Praxis ungemein bedeutungsvollen Gesetzesänderung mitzuwirken. Für diese Bereitschaft sei ihr an dieser Stelle ebenso gedankt, wie für ihre wertvolle Mitarbeit in der Weiterbildungskommission.

Die Nachfolge von Kollegin Eveline Lüthy-Colomb in der Weiterbildungskommission tritt Oberrichter Michel Girardin an. Obwohl die Mitglieder des Obergerichts französischer Muttersprache mit Aufgaben in ihren Kammern und in verschiedenen Kommissionen bereits stark beansprucht werden, hat sich Oberrichter Girardin bereit gefunden, diese zusätzliche Aufgabe im Rahmen der Weiterbildung zu übernehmen.

Beeinflussend für diesen Entscheid zur Mitarbeit war für ihn der Umstand, dass mit seinem Eintritt ein Fürsprecher für die besonderen Anliegen der französischsprachigen Kolleginnen und Kollegen wiederum in der Kommission Einsitz nehmen kann.

Die Aus- und Weiterbildung der Gerichtspersonen muss mittelfristig in einem grösseren räumlichen, fachlichen und sachlichen Zusammenhang angegangen werden. Als Kanton zwischen den Sprachregionen wäre der Stand Bern besonders geeignet, eine Vorreiterrolle auch im Bezug auf die Zusammenarbeit unterschiedlicher Sprachregionen zu übernehmen. Das ist denn auch mit dem bald operationell werdenden Zentrum für forensische Praxis beabsichtigt. Gerade darum ist der Eintritt von Oberrichter Girardin in die Weiterbildungskommission besonders wertvoll und wichtig. Als reizvolle Aufgabe würde es sich anbieten, zusammen mit den entsprechenden Verantwortlichen insbesondere der französischsprachigen Nachbarkantone eine Zusammenarbeit anzustreben, die ein zusätzliches Angebot von Kursen in französischer Sprache, gehalten für Kursteilnehmer beider Sprachen in beiden Sprachregionen zum Ziele haben

müsste. Schwergewichtig muss jedoch - mindestens solange, als eine Vereinheitlichung der Prozessordnungen und Gerichtsorganisationen in der Schweiz noch nicht erfolgt ist - Raum für Veranstaltungen im Rahmen des Kantons Bern bleiben.

## 2. Teilnahmeberechtigung an Veranstaltungen der Weiterbildungskommission

Mehrfach wurde in der Zeit seit der Umsetzung der Justizreform und der Änderung der Strukturen der Gerichtsorganisation im Kanton Bern der Wunsch an die Weiterbildungskommission herangetragen, es sollten auch die juristischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an den Kreis- und Einzelgerichten die Möglichkeit erhalten, an den Veranstaltungen zur Weiterbildung auf kantonaler Ebene teilnehmen zu können. Die Weiterbildungskommission hat sich mit diesen Anliegen auseinandergesetzt und sie steht dem insbesondere von der Präsidentin des VBR eingebrachten Vorschlag positiv gegenüber. Sofern sich nicht bedingt durch das Kurskonzept eine Beschränkung auf eine bestimmte Zielgruppe ergibt oder die Kursform nur eine beschränkte Anzahl Teilnehmerinnen und Teilnehmer zulässt, stehen inskünftig die Veranstaltungen der Kantonalen Weiterbildungskommission auch den juristischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an den Gerichten in den Kreisen offen.

## 3. Finanzierung von Teilnahmen an Kursen Dritter (p.m.)

Da immer wieder von praktischer Bedeutung seien hier nochmals die Richtlinien zur Lösung der Frage der Finanzierung von Kursen und Veranstaltungen Dritter festgehalten:

- der dem Obergericht zustehende Kredit für die Weiterbildung ist reserviert für die Finanzierung der Veranstaltungen, die durch die Weiterbildungskommission des Obergerichts geplant und durchgeführt werden, sowie für die Kosten der Kursteilnahmen an Veranstaltungen Dritter der Mitglieder und Mitarbeiter des Obergerichts.
- den Kreisgerichten, Jugendgerichten, den Untersuchungsrichterämtern und der Staatsanwaltschaft stehen Kredite zu, die je nach Grösse der Institutionen zuge-

messen sind, und die für die Kosten der Weiterbildungsveranstaltungen auf dieser Stufe sowie für die Kosten der Kursteilnahmen an Veranstaltungen Dritter zur Verfügung stehen. Die Kreditverwaltung erfolgt selbständig innerhalb der betreffenden Institutionen.

- die Teilnahme an Veranstaltungen, die im Infolinterne publiziert werden (eigene und solche Dritter), gilt als grundsätzlich bewilligt. Die zur Kreditsprechung zuständigen Stellen müssen sich jedoch vorbehalten, bei zu grosser Nachfrage und drohender Kreditüberschreitung Absagen zu erteilen.
  
- für die Teilnahme an anderen als im Infolinterne erwähnten Veranstaltungen ist vorgängig abzuklären, ob aus den Krediten der entsprechenden Stufe eine Finanzierung überhaupt möglich ist. Grundsätzlich steht der Entscheid dem verantwortlichen Geschäftsleiter oder der Geschäftsleiterin zu. Im Zweifelsfalle empfiehlt sich eine Rückfrage beim ABA der JGKD. Für den Bereich des Obergerichts ist in diesen Fällen die Weiterbildungskommission zuständig.

Jürg Sollberger

## **Nouvelles internes**

### **1. Modifications dans la constitution de la Commission pour la formation continue**

En raison de sa mutation dans la section pénale de la Cour suprême, Mme la Juge d'appel Evelyne Lüthy - Colomb s'est vue dans l'obligation de quitter la Commission pour la formation continue. Elle s'est cependant déclarée disposée à continuer à se charger du domaine " nouveau droit du divorce " ainsi qu'à participer à la préparation et à l'exécution de nouvelles manifestations relatives à cette modification particulièrement significative pour la pratique. Que notre reconnaissance pour sa disponibilité ainsi que pour sa précieuse collaboration au sein de la Commission pour la formation continue lui soit ici témoignée.

M. le Juge d'appel Michel Girardin succédera dans cette fonction à sa collègue Evelyne Lüthy-Colomb. Bien que les membres de la Cour suprême de langue maternelle française soient déjà très pris par les tâches leur incombant au sein de leurs Chambres respectives ainsi qu'auprès de diverses commissions, M. le Juge d'appel Girardin s'est déclaré prêt à assumer cette fonction supplémentaire dans le cadre de la formation continue. Cette décision a notamment été influencée par le fait qu'avec son entrée, ses collègues francophones bénéficieraient ainsi d'un représentant au sein de la Commission.

La formation ainsi que la formation continue du personnel judiciaire doivent être abordées à moyen terme dans le cadre de relations territoriales, professionnelles et pratiques à plus grande échelle. Le canton de Berne étant situé entre deux régions linguistiques, il jouit d'un emplacement particulièrement favorable pour assumer un rôle précurseur dans la collaboration entre ces différentes contrées linguistiques, ce que prévoit d'ailleurs le centre pour la pratique médico-légale prochainement opérationnel. C'est justement pour cette raison que l'entrée de M. le Juge d'appel Girardin au sein de la Commission est particulièrement précieuse et importante. Il serait notamment intéressant d'envisager une coopération avec les organes responsables des cantons voisins, particulièrement des cantons francophones. Une

telle collaboration devrait avoir pour but une offre complémentaire de cours en langue française, s'adressant aux participants francophones aussi bien que germanophones et ayant lieu dans les deux régions linguistiques. Les manifestations qui se situent dans le cadre du canton de Berne devront cependant rester prioritaires, du moins aussi longtemps qu'une unification des procédures et des organisations judiciaires en Suisse ne sera pas réalisée.

## 2. Autorisation de participer aux conférences de la Commission de formation continue

Depuis la réalisation de la réforme judiciaire et la modification des structures de l'organisation judiciaire, la Commission s'est vue soumettre, à diverses reprises, le souhait de donner la possibilité aux collaborateurs et collaboratrices juridiques des tribunaux d'arrondissement de participer aux manifestations de la formation continue sur le plan cantonal. La Commission s'est penchée sur cette requête et s'est déclarée particulièrement favorable à la proposition soumise par la Présidente de l'Association des juges bernois (AJB). A l'avenir, les manifestations de la Commission seront ainsi également ouvertes aux collaborateurs et collaboratrices des tribunaux d'arrondissement, pour autant qu'il ne résulte pas du concept du cours lui-même une restriction à un groupe déterminé de personnes ou que la forme du cours ne permette l'inscription que d'un nombre limité de participant(e)s.

## 3. Financement de la participation aux cours organisés par des tiers (p.m.)

Etant donné l'importance pratique des directives relatives à la résolution de la question du financement des cours et des manifestations organisés par des tiers, il convient de les rappeler une nouvelle fois :

- le crédit alloué à la Cour suprême pour la formation continue est réservé au financement de manifestations planifiées et organisées par la Commission pour la formation continue de la Cour ainsi que pour couvrir les frais de participation des

membres et collaborateurs de la Cour suprême aux manifestations organisées par des tiers.

- les tribunaux d'arrondissement, les tribunaux des mineurs, les services de juges d'instruction et le Ministère public disposent de crédits calculés en fonction de leur taille et qui permettent de couvrir les frais liés à la formation continue à leur échelon ainsi que la participation aux manifestations organisées par des tiers. La gestion de ces crédits se fait indépendamment par chaque institution.
- la participation aux manifestations (organisées par la Commission ou par des tiers) qui sont annoncées dans " Infointerne " est en principe admise. Les services compétents doivent cependant se réserver la possibilité d'un refus, en cas de demande importante ou de risque de dépassement de crédit.
- pour la participation aux manifestations qui ne sont pas évoquées dans " Infointerne ", il convient d'examiner au préalable si les crédits à disposition de l'échelon concerné permettent le financement du cours envisagé. C'est le ou la responsable de la direction des affaires qui est en principe compétent(e) pour prendre une telle décision. En cas de doute, il est conseillé de se renseigner auprès de l'Office de gestion et de surveillance de la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques. Pour ce qui est de la Cour suprême, c'est la Commission pour la formation continue qui est compétente dans ces cas.



## **Kursprogramm zweite Jahreshälfte 1999**

### **Kurs 4: Das neue Scheidungsrecht**

Offen für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Justiz. Für Mitglieder des BAV auf Gesuch hin und gegen Entrichtung eines Kostenbeitrages.

Kursleitung: Prof. Hausheer, Prof. Geiser, Dr. Ruth Reusser, PD Dr. Sutter, Frau OR Lüthy-Colomb

Dauer: 1 Tag

Termin: Freitag, 22. Oktober 1999

Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal

### **Kurs 5: Das neue Strafverfahren**

offen für Mitglieder BAV und der im Strafbereich tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der bernischen Justiz

Kursleitung: Christian Trenkel

Referenten: GP Reusser, GP Stucki, Frau Fürsprecherin Saluz, Dr. Brönnimann

Dauer: 1/2 Tag

Termin: Mittwoch, 10. November 1999, 13.30 - 18.00 Uhr

Kursort: Aula Freies Gymnasium

### **Kurs 6: Workshop: Vom Umgang vor Gericht**

offen für Mitglieder BAV und Justiz

Kursleitung: Prof. Dittmann, Fürsprecher S. Lemann, OR Sollberger

Referenten: Anwälte, Richter und Staatsanwälte im Gespräch, Seminar und Übungen zur Verhandlungsgestaltung

Dauer: 1 Tag

Termin: Mittwoch, 17. November 1999

Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal

**Hinweis:**

Für alle Kurse (4 - 6) sind noch Nachmeldungen möglich

**Internetkurse für Juristen**

Die angemeldeten Kursteilnehmer für die Internetkurse für Juristen werden direkt orientiert und mit den Unterlagen bedient. *Für die Kursveranstaltung in französischer Sprache vom 22. September 1999 sind noch einige wenige Plätze frei.*

Anmeldungen an das Sekretariat der Weiterbildungskommission  
(Frau Ch. Johner, Kanzlei Appellationshof, Tel. 031 634 72 47, E-Mail:  
christine.johner@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.**

## **Programme des cours pour le deuxième semestre 1999**

- Cours 4:**                    **Le nouveau droit du divorce**  
ouvert aux magistrats de la justice civile bernoise ainsi qu'à leurs collaborateurs et collaboratrices. Sur requête et contre paiement d'une participation pour les membres de l'AAB
- Direction du cours: M. le Professeur Hausheer, M. le Professeur Geiser, Mme Ruth Reusser, Docteur en droit, M. le privat-docent Sutter, Mme la Juge d'appel Lüthy-Colomb
- Durée: 1 jour
- Date: vendredi 22 octobre 1999
- Lieu: Amthaus Berne, Salles des assises
- 
- Cours 5:**                    **La nouvelle procédure pénale**  
ouvert aux membres de l'AAB et aux magistrats de la justice pénale bernoise ainsi qu'à leurs collaborateurs et collaboratrices.
- Direction du cours: M. le Procureur Christian Trenkel
- Conférenciers: M. le Président de tribunal Reusser, M. le Président de tribunal Stucki, Me Saluz, Me Brönnimann
- Durée: 1/2 jour
- Date: mercredi 10 novembre 1999 de 13h30 à 18h00
- Lieu: Aula du „Freies Gymnasium“
- 
- Cours 6:**                    **Workshop: Des manières devant un tribunal**  
destiné aux membres de l'AAB et de la justice
- Direction du cours: M. le Professeur Dittmann, Me S. Lemann, M. le juge d'appel Sollberger
- Conférenciers: Avocats, juges et procureurs
- Forme: Discussions, séminaire et exercices en relation avec l'audience
- Durée: 1 jour
- Date: mercredi 17 novembre 1999
- Lieu: Amthaus Berne, Salle des assises

**Informations:**

1. Il est encore possible de s'inscrire à tous les cours (4 - 6)

2. Cours internet pour juristes

Les participants qui se sont annoncés aux cours internet pour juristes seront informés personnellement et la documentation nécessaire leur sera remise. *Concernant le cours du 22 septembre 1999 dispensé en langue française, seules quelques places sont encore disponibles.*

Prière de s'annoncer au Secrétariat de la Commission pour la formation continue (Mme Ch. Johner, Chancellerie de la Cour d'appel, tél. 031 634 72 47, E-Mail: christine.johner@jgk.be.ch)

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

## **Hinweise auf "auswärtige" Weiterbildungsveranstaltungen**

1999 und folgende Jahre (soweit heute bereits bekannt)

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

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

### **1. Stiftung für die Weiterbildung Schweizerischer Richter**

Die Veranstaltungen der Stiftung werden wie üblich in Gerzensee durchgeführt.

Bankgeschäfte II:     Oktober 1999

### **2. Schweizerischer Juristenverein**

Juristentag 1999, 24./25. September 1999 in Puntrut JU, Tagesthemen:

Die Information als Rechtsproblem

Die Mehrsprachigkeit der Schweiz als Problem der Rechtspraxis

### **3. Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter**

p.m.

### **4. Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft**

Instruktionstagung in französischer Sprache in Sion am 28./29. Oktober 1999

### **5. Berner Forum für Kriminalwissenschaften**

#### **1. round-table-Gespräche**

##### **„Community Policing“**

Dr. Heiner Busch, Politologe und Polizeiforscher; Dr. Christoph Hoffmann, Kommandant Stadtpolizei Bern, Prof. Karl-Ludwig Kunz, Uni Bern  
Uni, HS 57, Montag, 21. Juni 1999, 19.15 Uhr

##### **„DNA-Analysen und Persönlichkeitsschutz“**

Leitung: Prof. Dr. Richard Dirnhofer  
Uni, HS 57, Montag, 13. September 1999, 19.15 Uhr

##### **„Wie gefährlich ist gefährlich? Prognose und Prävention bei sogenannten gefährlichen Straftätern“**

Leitung: Dr. Ulrich Mielke

Uni, HS 57, Montag, 6. Dezember 1999, 19.15 Uhr

**2. Vortrag**

**Prof. Dr. Byung-Sun Cho, Korea:**

„Strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung nach politischem Systemwechsel“

Uni, HS 331, Dienstag, 3. August 1999, 16.15 Uhr

**3. Fortbildung**

**„Rückfallkriminalität - Prognose und Prävention“**

Ganztägiger interdisziplinärer Workshop des IFPD und des BFK (Leitung: Dr. Mielke, IFPD)

Inselspital, Auditorium Ettore Rossi, Dienstag, 7. Dezember 1999, 09.00 Uhr

**6. BAV**

p.m.

Jürg Sollberger

## **Opportunitätsprinzip und Legalitätsprinzip und die polizeiliche Generalklausel<sup>1</sup>**

### **1. Vorbemerkung.**

Ereignisse der letzten Wochen und Monate geben dazu Anlass, die rechtlichen Grundlagen des Polizeieinsatzes bei Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, etwa bei gewaltsamen Besetzungen und Geiselnahmen zu diskutieren. Besonders interessieren dabei auch Fragen, die sich aus der Überschneidung der unterschiedlichen Aufgaben der Polizei bei der Störungsbeseitigung und derjenigen der Verfolgung von Straftätern ergeben können. In einer konzentrierten Form soll nachfolgend eine theoretische Grundlegung für die Lösung der sich stellenden Probleme gegeben werden, wobei die Bereiche Legalitäts- und Opportunitätsprinzip<sup>2</sup> und polizeiliche Generalklausel zwar wohl im Vordergrund stehen, aber eben als Elemente in einem Gesamtzusammenhang zu sehen sind, was nach einer mindestens summarischen Betrachtung des allgemeinen Polizeirechts verlangt. Eingbracht werden auch Überlegungen, die sich aus Erfahrungen im Verlaufe der praktischen Zusammenarbeit zwischen Polizei und Justiz ergeben haben, insbesondere solche zu den Problemen des Handlungsbedarfs, der Handlungsmöglichkeiten und des Handlungsverzichts.

Bei der Darstellung des Bereichs „Polizeirecht“ stützt sich der Aufsatz im wesentlichen auf die lesenswerte Dissertation von Hans Reinhard aus dem Jahre 1993 über das allgemeine Polizeirecht<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Überarbeitete Fassung eines Referats, gehalten am 19. April 1999 im Rahmen der Schweizerischen Polizeioffiziers-Kurse 1999 / 2000

<sup>2</sup> diese Begriffe bedürfen der Erläuterung und auch der Abgrenzung zu der in anderen Rechtsbereichen ebenfalls üblichen Verwendung, vgl. nachfolgend insbesondere Abschnitt 8.

<sup>3</sup> Hans Reinhard, Allgemeines Polizeirecht, Diss. Bern 1993, Verlag Paul Haupt Bern - Stuttgart - Wien)

## 2. Zum materiellen Polizeibegriff.

Wenden wir uns vorerst den zentralen Fragen des Polizeirechts zu und da begegnet uns in vorderster Front der materielle Polizeibegriff.

Im weitesten Sinne umfasst der materielle Polizeibegriff alle staatlichen Tätigkeiten zum Zwecke der

- Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie
- die Beseitigung von Störungen.<sup>4</sup>

Polizei ist demnach in erster Linie eine Funktion die sowohl Rechtsetzung wie auch die Rechtsanwendung umfasst.<sup>5</sup> Damit ist die Behörde, die aktiv zu werden hat nicht angesprochen. Neben der organisatorisch umschriebenen eigentlichen Polizeibehörde können durchaus auch andere Verwaltungsstellen betroffen sein.

Dass dieser traditionelle Polizeibegriff in eine Krise geraten ist, sei zwar erwähnt, für unsere weiteren Überlegungen bleiben wir jedoch bei diesen beiden zentralen Aufgaben der Polizei im organisatorischen Sinne, eben der Abwehr von konkreten Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und der Beseitigung von Störungen.

Allerdings ist bei einer Auflistung bestimmter Handlungen, die allesamt einen gewissen Störungsgrad erreichen, festzustellen, dass, etwa bezogen auf öffentliche Räume, wie zum Beispiel eine Bahnhofshalle, schon die Auslegung des Begriffs „Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ Wandlungen unterliegt. Dass dabei eine offensichtlich immer restriktivere Interpretation um sich greift, mag verschiedene Gründe haben, sowohl schlicht gesellschaftspolitische, wie natürlich auch solche, auf die wir später noch zu sprechen kommen müssen.

Rauchen, Musizieren, Musizieren mit Verstärker, Lärmen, Skaten, Rollbrettfahren, Betteln durch Mitleidserweckung, Nahrungsaufnahme unter Hinterlassung der Verpackung, betrunkenes oder verladenes Herumtorkeln, Prostitution, sexuelle Belästigung, Anpöbeln, Betäubungsmittelkonsum, Betäubungsmittelhandel, nötigende Bettelerei, alles Vorgänge, die offensichtlich die Ordnung stören und sich täglich

---

<sup>4</sup> Reinhard, a.a.O. S. 7 f

<sup>5</sup> Reinhard, a.a.O. S. 7 mit Verweisen



ereignen, aber die Forderung, auch der abfallhinterlassende Störer im Bahnhof verlange nach polizeilichem Einsatz, würde wohl kaum auf allgemeine Zustimmung stossen. Und allfällige Argumente für einen solchen Einsatz wären wohl leicht abzuschliessen, und für diesen Abschuss wird die erforderliche Munition später problemlos nachgeliefert werden können.

Beziehen wir uns nun auf den Bereich der Handlungen, die durch eine gesetzliche Norm unter Strafe gestellt werden, also auf die sogenannten Straftaten, dann umfasst die materiellpolizeiliche Aufgabe die Verhinderung dieser Straftaten, und dieses Verhindern ist einer der wichtigen Bereiche im polizeilichen Alltag und gehört in den Bereich der Gefahrenabwehr.<sup>6</sup> Im gleichen Zusammenhang wäre eine weitere Aufgabe der Polizei zu erwähnen, nämlich die Beseitigung von andauernden Nachteilen, die aus einer begangenen Straftat erwachsen sind, wie insbesondere die Befreiung von Geiseln, oder in der Regel etwas weniger dramatisch, die Wiederbeschaffung von gestohlenem Gut. Diese Tätigkeit wäre in den Bereich Beseitigung einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung einzureihen.<sup>7</sup>

### 3. Polizei und Strafverfolgung.

Ganz anders liegt nun aber die Tätigkeit, die sich für die Polizei an solche Handlungen anzuschliessen pflegt, nämlich die Mitwirkung bei der Verfolgung von strafbaren Handlungen. Nach Reinhard handelt es sich hier um den andern fundamentalen Pfeiler der polizeibehördlichen Aufgabe. Die **Mitwirkung bei der Strafverfolgung** ist systematisch klar vom materiellen Polizeibegriff zu unterscheiden, und die Rechtsgrundlagen sind denn auch verschieden<sup>8</sup>.

Während die Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung auf kantonalen Polizeigesetzen und auf der polizeilichen Generalklausel gründet, stützt sich die polizeiliche Mitwirkung bei der Strafverfolgung - zumindest heute noch und

---

<sup>6</sup> Reinhard, a.a.O. S. 132 f

<sup>7</sup> Reinhard, a.a.O. S 132

<sup>8</sup> Reinhard, a.a.O. S. 132

vorwiegend - auf die kantonalen Strafprozessordnungen, meistens auch Strafverfahrensgesetze genannt.

Das Strafprozessrecht im weiteren Sinne umfasst einerseits organisatorisch die Bestimmungen über die Gerichtsorganisation, andererseits funktionell die Bestimmungen über die Strafverfolgung und das Erkenntnis- oder Urteilsverfahren.<sup>9</sup>

Das Strafprozessrecht zeigt also auf, wie der Staat seiner Verpflichtung bei der Verfolgung und Bestrafung von Rechtsbrechern nachzukommen hat. Dabei hat das Prozessrecht eine Hilfsfunktion dem materiellen Strafrecht gegenüber. Das materielle Strafrecht hat dabei eben Vorrang, aber es würde wirkungslos bleiben, wenn es nicht mit Hilfe des Prozessrechtes durchgesetzt werden könnte.

Die nun eben beschriebene theoretische Abgrenzung zwischen auf Polizeigesetzen oder der polizeilichen Generalklausel<sup>10</sup> beruhenden Gefahrenverhinderung und Störungsbeseitigung einerseits und auf Prozessrecht fussender Verfolgung strafbarer Handlungen andererseits erscheint zwar logisch, im polizeilichen Alltag überschneiden und berühren sich die beiden Bereiche aber recht häufig. Man denke nur an die polizeiliche Observation oder an die Personendatenbearbeitung.<sup>11</sup>

Es sei in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass die beiden fundamentalen Polizeiaufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung zu einer Konfliktlage führen können. Das ist insbesondere auch dort der Fall, wo das sicherheitspolizeiliche Interesse am Schutz der Geiseln dem Interesse der Verfolgung und Bestrafung der Geiselnnehmer gegenüberstehen kann<sup>12</sup>.

#### **4. Zusammenfassung**

Aus den bisherigen Überlegungen lässt sich folgendes festhalten:

Polizeiliches Handeln umfasst

---

<sup>9</sup> Robert Hauser / Erhard Schwenk, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Auflage 1997, Helbling & Lichtenhahn Verlag AG, Basel, S. 3 f

<sup>10</sup> vgl. nachfolgend unter 5.2

<sup>11</sup> Reinhard, a.a.O. S. 133

<sup>12</sup> Reinhard, a.a.O. S. 134

- Aktivitäten bei der Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung als materiellpolizeiliche Aufgabe
- Verfolgung von Straftaten als Ausfluss des Strafprozessrechts

Soweit die Bereiche des Strafprozesses angesprochen sind, werden wir uns später damit unter ganz bestimmten Aspekten wiederum befassen, vorerst erscheint es aber erforderlich, bei den sich nun anschliessenden Fragen aus dem Bereich des eigentlichen Polizeirechtes zu verweilen.

## 5. Prinzipien des Polizeirechts

Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung verlangen nach einer gesetzlichen Grundlage und in diesem Zusammenhang wird vom

### 5. 1. Gesetzmässigkeitsprinzip (Legalitätsprinzip im materiellen Sinne)

gesprochen.

Die Bindung des Verwaltungshandelns - und polizeiliches Handeln ist eben Verwaltungshandeln durch die organisatorisch ausgeschiedene Polizei - an Verfassung und Gesetz ist ein Axiom des demokratischen Rechtsstaats<sup>13</sup>.

Das aus Art. 4 BV abgeleitete **verfassungsrechtliche materielle Legalitätsprinzip** verpflichtet alle staatlichen Organe zum Handeln nach Verfassung und Gesetz<sup>14</sup>. Für unsere Betrachtungen stellt sich hier aber bereits eine ganz entscheidende Frage, nämlich die nach der Regelungsdichte. Die menschliche Gesellschaft, Aktivitäten dieser Gesellschaft und der einzelnen Glieder ergeben immer wieder Handlungsabläufe unterschiedlichster Art in Tausenden von Varianten. Es ist für den Gesetzgeber gar nicht möglich, alle diese Vorgänge vorauszuahnen, oder, sofern erahnbar, mindestens derart präzise zu umschreiben, dass eine Norm erkennbar wird.

---

<sup>13</sup> Reinhard, a.a.O. S. 147 mit Verweisen

<sup>14</sup> Reinhard, a.a.O. S. 148

Damit ist gesagt, dass das Gesetzmässigkeitsprinzip nicht als Totalvorbehalt zugunsten des formellen Rechts verstanden werden darf<sup>15</sup>. Wollte man an diesem Erfordernis festhalten, ergäbe dies eine Normenflut ungeahnten Ausmaßes, ohne dass dabei Probleme der Auslegung und Lückenfüllung umgangen werden könnten. Es gibt eben auch hier nichts, was es nicht gibt. Und wer sich in der Gesetzgebung auskennt, der weiss, dass je höher die Regelungsdichte, desto grösser auch die Probleme der Auslegung zu sein pflegen. Denn eine stete Verpflichtung des Gesetzgebers zu einer generell - abstrakten Vorausbestimmung kann mitunter gerade zu vagen und offenen Normen zwingen<sup>16</sup>. Dabei ist gerade die Normbestimmtheit ein Teilinhalt des materiellen Legalitätsprinzips. Genügend bestimmt ist eine Norm dann, wenn ihr Rechtsgehalt in optimaler Weise voraussehbar und berechenbar ist<sup>17</sup>.

Es gibt nun aber eine ganze Reihe von Gründen, die eine Öffnung dieses strengen Bestimmtheitsgebots geradezu verlangen, so

- die Vielgestaltigkeit und Wandelbarkeit von Verhältnissen und
- das Mass der Betroffenheit der einzelnen Rechtsgenossen<sup>18</sup>.

Aber auch aus einem andern Grunde wird es nie gelingen, diesem Grundsatz der Normbestimmtheit vollständig nachzuleben.

Denn alle sprachlichen Begriffe sind unbestimmt und auslegungsbedürftig. Wäre dem nicht so, dann würden wir doch nicht ganze Bibliotheken von Kommentaren zu irgendwelchen Gesetzen benötigen. Man denke da etwa als schlagendes Beispiel an die Rassismusbestimmung, über die Niggli einen ganzen dicken Kommentar, also einen einzigen Gesetzesartikel betreffend, geschrieben hat.<sup>19</sup>

Diese Problematik wird auch an den Begriffen der öffentlichen Sicherheit oder der polizeilichen Gefahr deutlich. Der Gesetzgeber muss mit Begriffen operieren, die nicht genügend bestimmt und damit auslegungsbedürftig sind. Das gilt bei den Begriffen

---

<sup>15</sup> Reinhard, a.a.O. S. 149

<sup>16</sup> Reinhard, a.a.O. S. 149

<sup>17</sup> Reinhard, a.a.O. S. 151

<sup>18</sup> Reinhard, a.a.O. S. 152

<sup>19</sup> Marcel Alexander Niggli, Rassendiskriminierung, ein Kommentar zu Art. 261 bis StGB und Art. 171 c MStG, Zürich, 1996

öffentliche Sicherheit und Gefahrenabwehr in ausgesprochener Weise. Zudem kann der Gesetzgeber nicht alle möglichen Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorhersehen und mit konkreten und kasuistisch gefassten Normen regeln. Würde dies dennoch versucht, würde leicht die Gefahr entstehen, dass sich die Polizei in der Normendichte nicht mehr zurechtfinden könnte, und dass dabei insbesondere bei gewandelten Verhältnissen die Erfüllung der polizeilichen Aufgaben erschwert oder gar verunmöglicht würde<sup>20</sup>.

Zu denken wäre da an eine Norm etwa folgenden Inhalts:

*„Angehörige der uniformierten Polizei im Unteroffiziersrang haben durch Führung eines belehrenden Gesprächs Personen, die sich näher als 10 m bei einem Objekt befinden, das wegen Brand, wegen Wassereinwirkung oder wegen Mangelhaftigkeit des Baumaterials einstürzen könnte, zu erreichen, dass sich nämliche Person aus dem Gefahrenbereich begibt“.*

Die mannigfachen Auslegungsprobleme, die sich da ergeben können und die Lückenhaftigkeit die dieser Regelung innewohnt, sind natürlich augenfällig.

Darum wird die entsprechende Norm im Polizeigesetz eben anders lauten, etwa wie folgt:

*„Die Polizei kann Personen von einem Ort vorübergehend wegweisen oder fernhalten, wenn sie ernsthaft und unmittelbar gefährdet sind“<sup>21</sup>.*

Der unbestimmten Rechtsbegriffe sind in dieser dem Bernischen Polizeigesetz <sup>22</sup> entnommenen Bestimmung zwar durchaus auch einige, aber sie bereiten weit weniger Auslegungsprobleme, als die bestimmt gefassten Bezeichnungen in der Variante 1.

## **5.2. Die polizeiliche Generalklausel**

Wir halten also fest, dass trotz Legalitätsprinzip und trotz dem daraus fließenden Normenbestimmtheitsgebot ein Legiferieren im Bereich des Polizeirechts unter

---

<sup>20</sup> Reinhard, a.a.O. S. 153

<sup>21</sup> Art. 29 PolG

<sup>22</sup> Polizeigesetz vom 8. Juni 1997

Vermeidung von unbestimmten Rechtsbegriffen ausgeschlossen und nicht praktikabel ist.

Aber damit sind wir noch nicht am Ende unserer Überlegungen.

Denn die Anzahl der möglichen polizeilichen Gefahren kann nicht abschliessend umschrieben werden. Es ist auch nicht möglich, die Abwehr aller nur irgendwie denkbarer Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung generell - abstrakt zu regeln<sup>23</sup>.

„Deshalb steht der Exekutive und der Verwaltung nach schweizerischer Lehre und Rechtsprechung die Befugnis zu, bei schweren, unmittelbar drohenden Gefahren oder schweren Störung der Polizeigüter auch ohne gesetzliche Grundlage die erforderlichen Massnahmen zu treffen.“<sup>24</sup> Diese polizeiliche Generalklausel (auch allgemeine Polizeiklausel genannt) ist ein geschriebener oder ungeschriebener Verfassungsgrundsatz.

Die Massnahmen, welche gestützt auf die polizeiliche Generalklausel zulässig sind, umfassen Polizeinotverordnung, Polizeinotverfügung, polizeiliche Anordnungen und - besonders wichtig - unmittelbares Verwaltungshandeln.

Im neuen Bernischen Polizeigesetz ist diese polizeiliche Generalklausel wie folgt umschrieben:

*Die Polizei trifft auch ohne besondere gesetzliche Grundlage unaufschiebbare Massnahmen, um eingetretene ernste Störungen oder unmittelbar drohende, ernste Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu beseitigen oder abzuwehren<sup>25</sup>.*

Diese Bestimmung basiert ihrerseits auf Art. 28 der neuen Bernischen Kantonsverfassung.

Nach diesem Verfassungsgrundsatz *bedarf jede Einschränkung eines Grundrechts einer Grundlage im Gesetz. Inhalt, Zweck und Umfang sind hinreichend zu bestimmen (Bestimmtheitsgebot). Vorbehalten blieben Fälle ernster, unmittelbarer und offensichtlicher Gefahr, insbesondere wenn Leben und Gesundheit von Menschen,*

---

<sup>23</sup> Reinhard, a.a.O. S. 157

<sup>24</sup> Reinhard, a.a.O. S. 157

<sup>25</sup> Art. 22 PolG

*die Ausübung demokratischer Rechte oder nicht wiedergutzumachende Schäden an der Umwelt in Frage stehen.*

Mit dieser sehr weitgefassten Bestimmung ist nun ein Dispens vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage in jedem Gebiete staatlichen Handelns zulässig, sofern eine ernste, unmittelbare und offensichtliche Gefahr droht.

Dort, wo es an der gesetzlichen Fassung der Generalklausel fehlt, gilt sie aber dennoch und die konkrete Normierung, wie sie im Bernischen Polizeigesetz erfolgt ist, ist so allgemein gehalten, dass sie eben immer noch eine Generalklausel bleibt. Aber weil diese Generalklausel einen derart wesentlichen Einbruch in das Gesetzmässigkeitsprinzip darstellt, ist sie deshalb nur unter qualifizierten Voraussetzungen zulässig.

Das ist denn auch bereits im erwähnten Artikel des Bernischen Polizeigesetzes berücksichtigt und diese Einschränkungen, die generell gelten müssen, also auch dort wo es an der gesetzlichen Bestimmung über die polizeiliche Generalklausel fehlt, sind dort im einzelnen aufgeführt<sup>26</sup>:

- es muss sich um eine schwere, direkte und unmittelbare Gefahr oder eine schwere Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung handeln. Die Schwere einer Störung oder Gefahr hängt von verschiedenen Kriterien ab. Zunächst kommt es auf den Rang oder die Gewichtung des betreffenden Polizeigutes an. Hier wird auch etwa die Auffassung vertreten, dass es dabei nur um fundamentale Rechtsgüter gehen dürfe. Wie dem auch sei, es leuchtet ein, dass bei Gefahr für Leib und Leben von einer Schwere der Drohung eher gesprochen werden kann, als bei einer Gefahr für das Eigentum
- Bedeutung ist weiter die Schwere des drohenden Schadens, wobei wiederum bei Leib und Leben hier Gefahr und Schadensdrohung zusammenliegen, beim Vermögen aber natürlich nicht. Es kommt darauf an, wie viele Personen oder Sachen vom drohenden Schadensereignis betroffen sind und wie gross das drohende Schadenspotential ist. Zu denken wäre da etwa bezüglich Sachen an ein unersetzliches, wertvolles Bild einerseits und an einen Personenwagen andererseits. Der Pw. ist leicht ersetzbar, ein wertvoller van Gogh wohl kaum.

---

<sup>26</sup> vgl. dazu auch Reinhard, a.a.O. S. 159 ff

- die Gefahr muss zudem eine direkte und unmittelbare sein, das heisst, der Schadenseintritt muss bestimmt unmittelbar bevorstehen oder bereits begonnen haben. Es muss also ein Zustand der zeitlichen Dringlichkeit gegeben sein. Damit ist ebenfalls gesagt, dass jedenfalls dort die Generalklausel nicht zum Tragen kommen kann, wo die typische Gefahr vorhersehbar war, damit ein Regelungsbedarf bestanden hat, aber versehentlich oder absichtlich eine Regelung nicht erfolgt ist.
- die Generalklausel kann dort nicht zum Tragen kommen, wo in einem Spezialgesetz eine abschliessende Regelung getroffen worden ist (Grundsatz der Subsidiarität).
- Von besonderer Bedeutung ist das Verhältnismässigkeitsprinzip, einer der wichtigsten Grundsätze des polizeilich begründeten staatlichen Handelns<sup>27</sup>. Das Verhältnismässigkeitsprinzip umfasst dabei drei verschiedene Teilgehalte:
  - das behördliche Handeln muss geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen (Geeignetheit)
  - die Massnahmen dürfen in zeitlicher, räumlicher, sachlicher und personeller Sicht nicht über das zur Erreichung des Ziels notwendige Mass hinausgehen (Erforderlichkeit). Eine Massnahme hat zu unterbleiben, wenn im gleichen Masse geeignete, aber weniger einschneidende Massnahmen und Vorkehrungen möglich sind.
  - es muss eine Wertung vorgenommen werden zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme und den durch die Massnahme beeinträchtigten Interessen des Einzelnen. Danach darf die Massnahme nicht zu einem Schaden für Einzelne führen, der im klaren Missverhältnis zum Zweck steht.
- und schliesslich muss das Störerprinzip<sup>28</sup> eingehalten werden. Dieses Prinzip verlangt, dass sich polizeiliches Handeln grundsätzlich gegen den oder die Störer zu richten hat und Dritte nur ausnahmsweise in Pflicht genommen werden dürfen. Dabei handelt es sich nicht um ein starres Dogma, denn im Rahmen der Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung geht es ja nicht um subjektive

---

<sup>27</sup> Reinhard, a.a.O. S. 198 f

<sup>28</sup> Reinhard, a.a.O. S. 175 ff



Tatbestände oder gar Verschulden. Beim Störerprinzip geht es vielmehr um einen Grundsatz, von dem auch abgewichen werden kann, sofern eine Situation vorliegt, die als polizeilicher Notstand bezeichnet wird.

## 6. Der polizeiliche Notstand.

„Für die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die Beseitigung von Störungen haben sich die Behörden, wie festgehalten, grundsätzlich an den Störer zu halten, sei es, dass der Störer mittels Verfügung zur Wiederherstellung des polizeimässigen Zustandes verpflichtet wird, sei es, dass die Behörden mit eigenen Mitteln und Kräften handeln und der Störer zumindest zur Duldung verpflichtet ist. In bestimmten Fällen kann es jedoch unumgänglich sein, dass unbeteiligte Dritte, die nicht selber als Störer zu qualifizieren sind, im Rahmen von Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit herangezogen werden müssen“<sup>29</sup>. In diesem Falle wird von einem polizeilichen Notstand gesprochen, wobei dieser Begriff auch noch in anderem Zusammenhang Verwendung findet. Darauf wird zurückzukommen sein.

Um auch Dritte heranziehen zu können, bzw. Vorkehrungen treffen zu dürfen, die Dritte tangieren, müssen Voraussetzungen gegeben sein, auf die bereits hingewiesen worden ist:

Es geht um die Voraussetzung der erheblichen Störung, oder der erheblichen, unmittelbar bevorstehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Auch hier werden erhöhte Anforderungen an die zeitliche Dringlichkeit und die Wahrscheinlichkeit des Gefahreneintritts zu stellen sein. Besonders bedeutungsvoll ist in diesen Fällen die ebenfalls schon angesprochene Unmöglichkeit der Gefahren- oder Störungsbeseitigung in anderer Weise. Zumutbarkeit und Verhältnismässigkeit haben auch hier ihren Stellenwert<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Reinhard, a.a.O. S. 195

<sup>30</sup> Zu denken wäre da etwa an einen Fall, da die Polizei zur Einrichtung eines KP vor Ort ideal geeignete Räumlichkeiten einer Religionsgemeinschaft räumen lässt, obwohl auch andere Lokalitäten zur Erfüllung des Zweckes geeignet und vorhanden wären.

Die neue Bundesverfassung, die das Schweizervolk im April 1999 angenommen hat, enthält nun in ihrem Artikel 36 die eigentliche verfassungsmässige Grundlage, die polizeiliches Handeln auch ohne gesetzliche Grundlage und unter Einschränkung der Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger unter bestimmten Voraussetzungen zulässt<sup>31</sup>:

### **7. Polizeiliches Ermessen** (auch als **polizeiliches Opportunitätsprinzip** bezeichnet)

Nach herrschender Auffassung sind nun aber trotz gesetzlichen Grundlagen und trotz polizeilicher Generalklausel die Behörden, die sich mit der Gefahrenabwehr zu befassen haben, nicht ohne weiteres zum Einschreiten verpflichtet. Dies gilt sowohl wenn eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gegeben ist, wie auch, wenn bereits eine Störung eingetreten ist <sup>32</sup>. Hier wird - m.E. unrichtigerweise - von einem Opportunitätsprinzip gesprochen. Darauf wird später einzugehen sein. Nach diesem polizeilichen Opportunitätsprinzip haben die Gefahrenabwehrbehörden, also insbesondere die Polizei im engeren Sinne, sowohl ein Ermessen bezüglich der Frage, ob überhaupt eingegriffen werden soll (Entschliessungsermessen), wie auch bezüglich der Art und Weise des Eingreifens (Auswahlermessen). Bereits hier sei betont, dass dieses freie Ermessen, wenn überhaupt, der Polizei nur im Rahmen der allgemeinen Gefahrenabwehraufgaben zukommen kann. Im Bereich der Strafverfolgung und des spezialgesetzlich geregelten Polizeigüterschutzes gilt - für das Strafverfahren mindestens theoretisch - das strikte Legalitätsprinzip. Also dort, wo

---

<sup>31</sup> *Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selber vorgesehen sein. (also das strikte Legalitätsprinzip) Und dann: Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr. Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.*

*Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.*

*Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.*

<sup>32</sup> Reinhard, a.a.O. S. 170

es das Gesetz vorsieht, hat die Behörde einzugreifen, sofern nicht diese konkreten gesetzlichen Bestimmungen selbst einen Ermessensbereich einräumen.

Diese grundsätzlich eingeräumte Ermessen - unter Vorbehalt der gesetzlichen Handlungsverpflichtung - darf nun aber die Polizei nicht dazu veranlassen, die Aufgaben der Gefahrenabwehr zu vernachlässigen oder behördliche Furcht vor der Rechtsdurchsetzung zu legitimieren<sup>33</sup>.

Zu denken ist hier etwa an eine Weigerung der Polizei, besetzte Häuser zu räumen, wenn diese Weigerung auf das polizeiliche Ermessen abgestützt wird. Das Bundesgericht hat in Entscheiden dazu ausgeführt, dass der soziale Friede auf die Dauer nicht aufrecht erhalten werden könne, wenn Eigentümer in ihren verfassungsmässigen Rechten - durch das Nichtaktiv- werden der Behörden - beschnitten würden<sup>34</sup>.

Das Ermessen der Behörden, also auch der Polizei, dient vielmehr einem ganz andern Zweck, nämlich der optimalen, zweckmässigen Aufgabenerfüllung. Das mag wie ein Widerspruch in sich tönen, ist es aber nicht.

Es ist für die Polizei schlicht unmöglich und gesellschaftspolitisch gesehen auch unerwünscht, wenn die Polizei gegen jede polizeiliche Gefahr und Störung vorgehen müsste.

Sie soll ihren Blick auch nicht einseitig und ausschliesslich auf die Aufrechterhaltung und Wiederherstellung von Ruhe und Ordnung richten, sondern im Einzelfall alle Umstände in Betracht ziehen und alle erheblichen öffentlichen und privaten Interessen sorgfältig gegeneinander abwägen. Es gilt zudem zu verhindern, dass durch das behördliche Vorgehen eine bestehende Gefahr vergrössert wird oder neue Gefahren geschaffen werden. Das darf nun aber nicht leichthin angenommen werden. So wäre angedrohter Widerstand (seitens des Störers etwa) nicht für sich allein zwingender Grund für einen Verzicht auf ein Eingreifen. Aber es geht darum Prioritäten zu setzen um den Einsatz der Mittel, die ja nun einfach beschränkt sind, optimal vornehmen zu können. Dazu sollen, und das scheint besonders wichtig, Bagatellen vernachlässigt

---

<sup>33</sup> Reinhard, a.a.O. S. 171

<sup>34</sup> Nachweis bei Reinhard, a.a.O. S. 171 (ZBI 92/1991 220 und 556)

werden dürfen. Das ein Gedanke, der auch in anderem Zusammenhang nochmals aufgenommen werden muss.

Zu diesem Fragenkomplex findet sich ein nicht unumstrittenes Urteil des Zürcher Kassationsgerichtes, in welchem die Weigerung der Polizei auf Anruf einer gefährdeten Person hin auszurücken, als widerrechtlich bezeichnet wird. Ein Ermessensentscheid darüber, ob eine Intervention nötig sei, stünde der Polizei nicht zu, müsse doch die Gewähr der Sicherheit von Personen und Eigentum dem Rechtsstaat eines der wichtigsten Anliegen sein<sup>35</sup>. Dazu gibt es nun aber einen neuen Entscheid des Europäischen Gerichtshofes<sup>36</sup>, der wesentlich differenzierter und im Sinne der obigen Ausführungen argumentiert. Im Fall Osman gegen das United Kingdom ging es darum, dass die Polizei trotz gewisser Verdachtsmomente gegen eine Person, die später tatsächlich eine andere erschossen und eine weitere erheblich verletzt hat, diese Person nicht in Gewahrsam genommen hat. Dazu führt der Gerichtshof unter Hinweis auf die Schwierigkeit der Polizeiarbeit, die Unvorhersehbarkeit menschlichen Handelns und das Problem der zu treffenden Wahl der Mittel und Prioritäten aus, die Schutzpflicht müsse in einer Weise ausgelegt werden, die den Behörden keine unmögliche oder unverhältnismässige Last auferlege. Nicht jede behauptete Lebensgefahr ziehe die Verpflichtung der Behörden nach sich, Massnahmen gegen die Verwirklichung dieser Gefahr zu treffen. Dieser Argumentation ist vorbehaltlos zuzustimmen

Immerhin, bei allem Verständnis für die Anliegen der Polizei, Einsatzprioritäten setzen und die Verwendung der vorhandenen Mittel bestimmen zu dürfen, bleibt natürlich für den Bürger, der mit einer, wie ihm scheint nicht funktionswilligen Polizei konfrontiert wird, ein schlechtes Gefühl. In diesem Kontext ist etwa der nicht selten an die Adresse der Polizei gerichtete Vorwurf zu sehen, sie, die Polizei sei sehr schnell zur Stelle, wenn es darum gehe, Bussen zu kassieren, aber wenn man sie dann brauche, die Polizei, dann sei weit und breit nichts von ihr zu sehen. Der Strafrichter weiss natürlich um den Stellenwert etwa der Geschwindigkeitskontrollen im Bereich der Gefahrenabwehr im Strassenverkehr. Kein Moment wirkt so überzeugend präventiv,

---

<sup>35</sup> Entscheid vom 17.6.1987, ZBl. 88 /1987, S. 545 ff

<sup>36</sup> Praxis des Bundesgerichts, 1999, Heft 3, S. 254 ff

wie das der hohen Gefahr des Erwischtwerdens. Und erwischt wird man insbesondere bei Kontrollen. Aber die gleiche Überlegung müsste auch dort gelten, wo das Sicherheitsbedürfnis der Bürger ebenso gross ist, wie im Strassenverkehr, nämlich im Bereich des täglichen Lebens im öffentlichen und privaten Raum. Wenn sich beispielsweise Personen weiblichen Geschlechts alleine nicht mehr ohne Pfefferspray und Alarminstrumente abends im öffentlichen Raum zu bewegen wagen, dann ist das ein Zeichen völliger Verunsicherung, die auf das Gefühl des mangelnden Schutzes, also auf ein krasses Manko im Bereich Sicherheitsbedürfnis zurückzuführen ist. Nicht, dass nun eine Lanze für den totalen Polizeistaat gebrochen werden soll, aber ein Mehr an Polizeipräsenz im öffentlichen Raum und insbesondere in Wohnquartieren, wäre aus der Optik dieses Sicherheitsbedürfnisses wünschbar. Wenn da nur diese Bestandesprobleme nicht wären. So betrachtet lässt sich wohl die Frage stellen, ob hier nicht am falschen Ort gespart wird.

Diese sich aus den Problemen der fehlenden personellen Ressourcen ergebende Einschränkung der Handlungsfreiheit erfüllt nun, soweit es um die Aufgaben der Polizei in der Strafverfolgung geht, auch den Strafrichter mit Sorge, denn es reicht nun einfach nicht, wenn der Staat Strafgesetze erlässt, also wenn mittels plakativer Festschreibung in Gesetzen klare Grenzen bezüglich verpönten Verhaltens gezogen und der Reaktionswille des Staates gegen Rechtsbrüche in diesen Bereichen angekündigt wird. Vielmehr ist es erforderlich, dass dem Staat auch die Mittel zur Verfügung stehen, die erforderlich sind, um einmal begangene Straftaten mit geeigneten Mitteln aufdecken und zum andern die Verantwortlichen einer gerichtlichen Beurteilung zuführen zu können. Wenn etwa, wie von einem immerhin als Strafrechtsprofessor tätigen Opfer berichtet, bei einem Diebstahl aus einem Gebäude, zu dem sich der Täter gewaltsam Zutritt verschafft hat, also dem was man gemeinhin als Einbruch zu bezeichnen pflegt, sich die Polizei aus Gründen der personellen Reserven damit begnügt, begnügen muss, eine Anzeige im Büro entgegenzunehmen, um diese dann später als Anzeige gegen unbekannte Täterschaft abzulegen bzw. ablegen zu lassen, dann könnte man in der Tat auch gleich auf die Ankündigung der staatlichen Reaktion auf diesen Rechtsbruch

verzichten<sup>37</sup>. Und wenn, was täglich im öffentlichen Raum, zu beobachten ist, Drogenkleindealer ungestört ihrer lukrativen Tätigkeit auch unter den Augen einer wegen mangelnder Mittel zur Untätigkeit verdamnten Polizeitruppe nachgehen können, dann macht in der Tat eine strafrechtliche Norm keinen Sinn. Beides, der Einbruch, wie auch der Drogenhandel ist heute Alltagskriminalität, Alltagskriminalität, auf die wenn überhaupt, durch die Organe des Staates nur minderheftig reagiert wird. Und das verunsichert natürlich nicht nur den in seinem Bedürfnis nach Sicherheit und Ordnung enttäuschten Bürger, sondern insbesondere auch den Strafrichter, der eine Existenzberechtigung, ja gar eine Notwendigkeit des Strafrechts auch und gerade im Alltagsbereich postuliert. Denn er geht davon aus, dass staatliches Handeln erfolgt, wo solches in Aussicht gestellt wird. Prävention durch merkbare Präsenz, und dort, wo es trotzdem zum Rechtsbruch kommt, Repression durch angemessenen Einsatz, darauf werden wir noch zurückkommen müssen.

## **8. Exkurs in den Bereich strafprozessualer Prinzipien.**

Die Verwendung des Begriffs „Opportunitätsprinzip“ im Zusammenhang mit polizeilicher Aktivitäten gibt Anlass zu einem Exkurs in den Bereich des Strafprozessrechtes, denn aus diesem Rechtsbereich stammt der eigentliche Begriff „Opportunitätsprinzip“<sup>38</sup>.

### **8. 1 Begriff von Opportunitätsprinzip und Legalitätsprinzip**

Legalitäts- und Opportunitätsprinzip sind also Begriffe aus dem Strafverfahrensrecht und gelten als Prozessprinzipien bzw. Verfahrensgrundsätze oder Prozessmaximen<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> vgl. dazu Gunther Arzt, Privatisierung der Sicherheit - Strafrecht am Ende, in Rechtliche Probleme der Privatisierung, Bern 1997

<sup>38</sup> vgl. dazu Jürg Sollberger, das Opportunitätsprinzip im Strafrecht, ZSR 1989, Band 108, S. 1 ff

<sup>39</sup> Sollberger, a.a.O. S. 27 ff, mit Verweisen

## **8.2. Das Legalitätsprinzip**

Das Legalitätsprinzip enthält die Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörde, bei Vorliegen des genügenden Tatverdachts und der im betreffenden Verfahrensstadium erforderlichen Prozessvoraussetzungen die Strafverfolgung zu eröffnen, fortzuführen und schliesslich Anklage zu erheben. Die Umschreibung als «Verfolgungspflicht» kann als Zusammenfassung des Begriffs verstanden werden, was jedoch besser mit dem Ausdruck «Ermittlungs- und Anklagepflicht» erfolgen dürfte<sup>40</sup>.

## **8.3. Der Begriff des Opportunitätsprinzips**

Unter der Herrschaft des Opportunitätsprinzips fällt bei Vorliegen des ausreichenden Tatverdachts und der im betreffenden Verfahrensstadium erforderlichen Prozessvoraussetzungen die unbedingte Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörde auf Eröffnung und Fortsetzung des Verfahrens sowie Anklageerhebung dahin und wird ersetzt durch das freie Ermessen. Die Strafverfolgungsbehörden haben also nach freiem Ermessen darüber zu entscheiden, ob sie die Strafverfolgung aufnehmen und weiterführen oder Anklage erheben wollen<sup>41</sup>.

## **8.4. Ausnahmen vom Legalitätsprinzip**

Sehen Bestimmungen des Strafverfahrensrechtes vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen in Einzelfällen auf eine Verfolgung und Anklage verzichtet werden kann, dann ist damit nicht das Opportunitätsprinzip als Verfolgungsgrundsatz in die betreffende Verfahrensordnung aufgenommen. Vielmehr gilt weiterhin das Legalitätsprinzip, das jedoch in einem oder mehreren Fällen durch Ausnahmen durchbrochen wird, ohne dass der Grundsatz der Verfolgungspflicht entfallen würde.

---

<sup>40</sup> Sollberger, a.a.O. S. 27 mit Verweisen

<sup>41</sup> Sollberger, a.a.O. S. 29

Als Beispiel sei hier der neue Art. 4 des Bernischen Strafverfahrens erwähnt.<sup>42</sup>

Das Gesetz definiert, wann von der Verfolgungspflicht abgewichen werden darf. Aber dennoch bleibt ein beträchtlicher Ermessensspielraum. Wenn, wie im zitierten Artikel festgehalten wird, dass von der Verfolgung abgesehen werden könne, wenn die Tat für die zu erwartende Strafe nicht beträchtlich ins Gewicht falle, dann drängt sich die Frage auf, welche Bedeutung dem Begriff „beträchtlich“ zugemessen werden soll.

### **9. Polizei im Spannungsfeld zwischen Verfolgungspflicht und Opportunität<sup>43</sup>**

Wie haben bereits festgestellt, dass im Bereich der Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung von einem polizeirechtlichen Opportunitätsprinzip gesprochen wird. Dieser Begriff sollte zwar gerade mit Blick auf dessen strafprozessuale Bedeutung vermieden werden, und es drängt sich eher auf, von einem Ermessen der Polizei beim Einsatz der Mittel im Rahmen der Gefahrenverhinderung und Störungsbeseitigung im Interesse einer Prioritätensetzung zu sprechen, aber wie dem auch sei, im Rahmen der Strafverfolgung besteht - mindestens gesetzlich abgestützt - ein solches Ermessen der Polizei nicht. Im Rahmen der Strafverfolgung wird die Polizei als gerichtliche Polizei zu einem Organ der Strafverfolgung, mithin zur Strafverfolgungsbehörde<sup>44</sup>, die gesetzlichen Grundlagen für diesen Bereich ihrer Tätigkeit findet sich für die Polizei in den Strafverfahrensgesetzen<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Art. 4 Abs. 1 StrV:

*Von der Verfolgung kann abgesehen werden:*

- 1. wenn die Tat für die zu erwartende Gesamtstrafe oder Maßnahme nicht beträchtlich ins Gewicht fällt*
- 2. auf eine Zusatzstrafe nach Art. 68 Zi. 2 StGB verzichtet werden kann*
- 3. das Verschulden und die Tatfolgen gering sind*
- 4. die Tat von einer Behörde des Auslands verfolgt wird oder diese sich bereit erklärt, die Verfolgung einzuleiten*
- 5. das Bundesrecht dies vorsieht.*

<sup>43</sup> Sollberger, a.a.O. S. 121 ff

<sup>44</sup> Jürg Aeschlimann, Einführung in das Strafprozessrecht, Bern, 1997, N. 34

<sup>45</sup> vgl. vorne unter 3.



## 9.1. Grundlagen

Die Bestimmungen in den einzelnen kantonalen Prozessvorschriften weisen ein einheitliches und eindeutiges Bild auf. Die Polizei ist in allen Kantonen gesetzlich an die Anzeigepflicht gebunden<sup>46</sup>. Auch wenn diese gesetzliche Gebundenheit in der Literatur kaum bestritten ist, wird zu überprüfen sein, wieweit gesetzliche Forderungen und faktische Gegebenheit übereinstimmen.

## 9.2. Allgemeine Überlegungen

Es ist eine heute wohl kaum mehr bestrittene Tatsache - und damit wird eine bereits angetönte Gedanken wieder aufgenommen - dass die grösste Normtreue, die eine Gesellschaft erreichen kann, dann erzielt wird, wenn eine möglichst hohe Wahrscheinlichkeit des Entdecktwerdens besteht. Die Aufklärungserfolge der Polizei sind also von entscheidender Bedeutung für die Erhaltung des Rechtsfriedens, und es würde sich, unter diesem Gesichtspunkte isoliert betrachtet, rechtfertigen, die Polizei personell und materiell so weitgehend wie nur immer möglich auszubauen. Dem steht nun aber die Idee des liberalen Rechtsstaates entgegen, der auf einen zu stark ausgebauten Staatsapparat verzichten möchte und insbesondere eine übermächtige Polizei, die den Bürger in der Ausübung seiner Freiheitsrechte beschränken könnte, nicht will. Daraus ergibt sich, dass die Lösung des Problems der Verbrechensbekämpfung nicht über eine unbegrenzte Verstärkung des Polizeiapparates erreicht werden kann, auch wenn das kriminaltaktisch wünschbar wäre. Hier sind die gleichen Überlegungen anzustellen, wie dies im Bereich Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung erfolgt ist.

Gerade diese Beschränkung der Mittel trägt nun aber dazu bei, dass die Befolgung der gesetzlichen Vorgabe für die Polizei, die sich im Rahmen der Strafverfolgung ergeben, zu einer nicht geringen Belastung wird. Die Entgegennahme und Verfolgung jeder, auch der geringsten Bagatelle, führt zu einer Belastung mit Arbeiten, die nicht

---

<sup>46</sup> Aeschlimann, a.a.O. N 1219 (unter Hinweis auf Art. 200 StrV)

nur undankbar, sondern kriminalistisch gesehen auch wenig wertvoll sind. Dabei wird aber gerne übersehen, dass das Tätigwerden der Polizei auch in diesem Bereich ausgesprochen wertvoll und wichtig sein kann. In diesen Zusammenhang gehört, dass es entscheidend für das Vertrauen des Bürgers in die Institution Justiz und Polizei sein kann, zu wissen dass Klagen an die Hand genommen und Untersuchungen durchgeführt werden. Wie und in welcher Weise letztlich der Fall beurteilt und ob überhaupt bestraft wird oder nicht, vermag dieses Vertrauen nur untergeordnet zu beeinflussen. Die Ermittlungspflicht der Polizei ist eine ihrer Dienstleistungsfunktionen und erfüllt die Aufgabe der Wiederherstellung und Wahrung des Rechtsfriedens. Diese Ermittlungspflicht stellt auch ein notwendiges Pendant zum Verbot der Selbsthilfe dar.

Dazu steht nicht im Widerspruch, dass die Intensität der polizeilichen Ermittlungstätigkeit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu folgen hat.

Auch dort, wo Opportunitätsüberlegungen Eingang in Prozessvorschriften gefunden haben<sup>47</sup>, scheint es fraglich, ob eine Vorverlegung dieses Ermessensbereichs auf die Stufe Polizei sinnvoll ist. Gegen eine solche Kompetenzzuteilung wird etwa eingewendet, damit würde der Polizei quasi eine richterliche Funktion zugebilligt. Ob allerdings nicht gerade diese gesetzlichen Ausnahmen von der Verfolgungspflicht der Polizei den dringend erforderlichen Freiraum liefern könnten, müsste mindestens diskutiert werden.

Die Forderung, die Polizei müsse an die Ermittlungspflicht gebunden bleiben, bleibt aber vorerst mindestens theoretisch bestehen, dass hier natürlich die nachfolgend zu behandelnde Wirklichkeit des polizeilichen Alltags anders aussehen kann, wird zu zeigen sein.

---

<sup>47</sup> vgl. etwa Art. 4 des Gesetzes über das Strafverfahren des Kantons Bern von 1995 sowie FN 42

### **9.3. Die Wirklichkeit des polizeilichen Alltags**

#### **9.3.1. Der Einsatz der polizeilichen Mittel**

Diese Wirklichkeit des polizeilichen Alltags hat in der Tat ein anderes Gesicht. Abgesehen von den Fällen, die aufgrund der Anzeigehäufigkeit zu vermuten sind, handelt die Polizei, wie in anderem Zusammenhang festgestellt, bereits im Rahmen der Kontrolltätigkeit, die ja in den Bereich des allgemeinen Polizeigüterschutzes gehört, nach Opportunitätsüberlegungen. Sie wird beim Einsatz der nur beschränkt vorhandenen technischen und personellen Mittel sich genau überlegen müssen, wo diese Mittel zu Kontrollzwecken eingesetzt werden sollen. Die Verfügbarkeit dieser Mittel ist nicht nur eingeschränkt durch deren Begrenztheit, sondern insbesondere auch durch den Umstand, dass die gleichen zumindest personellen Mittel auch in anderen Bereichen der polizeilichen Tätigkeit eingesetzt werden müssen. Ordnungsdiensteinsatz, friedlicher und unfriedlicher, erfordert die Bereitstellung einer grossen Zahl von Beamten, Fahrzeugen und Verbindungsmitteln, die natürlich dann anderweitig nicht zur Verfügung stehen. Das gleiche gilt für die kriminalpolizeiliche Arbeit, die zumindest erhebliche technische Mittel absorbiert. Der Einsatz der Kontrollmittel will daher gut überlegt und abgewogen sein und bestimmt sich daher nicht zuletzt nach Überlegungen der Verhältnismässigkeit.

Diese Überlegungen können am folgenden Beispiel deutlich gemacht werden: Die Kontrolle der Einhaltung der Gurtentragpflicht (Art. 3 a VRV) erfordert im Verhältnis zur Geringfügigkeit der Normverletzung einen unverhältnismässig grossen personellen Aufwand, muss doch die Vorschriftsverletzung auf der Fahrt festgestellt und später bewiesen werden können. Anzeigen wegen Verletzung der Gurtentragpflicht sind denn auch in der Regel nur im Zusammenhang mit der Verzeigung weiterer SVG-Delikte zu finden. Dass entsprechende Grosskontrollen zu ganz anderen Anzeigezahlen auch bei VRV 3 a führen würden, lässt sich aus jahrelanger Praxis des Polizeirichters bestätigen. Damit entsteht die Gefahr, dass mit Rücksicht auf Beweisprobleme und in Erwartung einer hohen Erfolgsquote eine sachfremde Auswahl beim Einsatz der polizeilichen Mittel getroffen werden könnte.

### **9.3.2. Polizeiliche Stellungnahmen zum Problembereich Legalitätsprinzip und Polizei**

In ausführlichen und aufschlussreichen Antworten auf eine entsprechende Anfrage, die vor etwa 10 Jahren gestartet wurde, haben zwei Polizeikorps (Stellungnahme des Kommandos der Kantonspolizei Bern vom 17.7.1988 und des Kommandos der Kantonspolizei Zürich vom 26.9.1988)<sup>48</sup> eine ganze Reihe höchst interessanter Hinweise zur im entsprechenden Korps gehandhabten Praxis geliefert. Bei der Auswertung dieser Antworten bleibt zu betonen, dass für die Korps beider Kantone gesetzlich das Legalitätsprinzip, mithin Verzeigungs- und Verfolgungspflicht vorgeschrieben ist.

#### **a) Der Polizeinotstand (im engeren Sinne verstanden<sup>49</sup>)**

Es liegt auf der Hand, dass bei unfriedlichen Ordnungsdienst-Einsätzen durch die Polizei eine Grosszahl von Rechtsverstössen festgestellt werden können. Sachbeschädigungen, Störung des öffentlichen Verkehrs, Landfriedensbruch, Gewalt und Drohung gegen Beamte, Verunreinigung öffentlicher Gebäude (Art. 10 Abs. 1 des bernischen EG zum StGB) sind die hauptsächlichsten Normverletzungen, die anlässlich von Demonstrationen begangen werden. Dennoch wird die Polizei aus zweierlei Gründen kraft faktischer Hinderung darauf verzichten dürfen, diese strafbaren Handlungen zu verfolgen. Einmal sind Ordnungsdienst-Einheiten der Polizei für die Beweissicherung im Zusammenhang mit diesen Taten nicht geeignet, sind sie doch durch ihre primäre Aufgabe, die Ordnung soweit möglich aufrecht zu erhalten, gebunden. Somit würde der Einsatz spezieller Fahndertrupps erforderlich, die ihrerseits in der herrschenden tumultösen Lage eine Identifizierung der Täter kaum riskieren können. Damit ist der zweite Grund angesprochen. Ein Einschreiten gegen Störer könnte einen unverhältnismässig grösseren Schaden im Vergleich zu demjenigen, der tatsächlich von den Störern angerichtet worden ist, zur Folge haben. Darauf habe ich bereits in anderem Zusammenhang hingewiesen. Der Verzicht auf

---

<sup>48</sup> Sollberger, a.a.O. S. 127 ff

Verfolgungshandlungen im Rahmen von Ordnungsdienstesinsätzen rechtfertigt sich aus Gründen der Verhältnismässigkeit. Dieses polizeiliche Untätigbleibenmüssen wird denn auch gelegentlich als Polizeinotstand - nicht zu verwechseln mit dem oben umschriebenen Polizeinotstand bei Inanspruchnahme von Dritten - bezeichnet.

### **b) Verzicht auf Verfolgung aus polizeitaktischen Gründen**

Im Rahmen einer Observationstätigkeit werden in der Regel festgestellte SVG-Widerhandlungen (auch Vergehen), Widerhandlungen gegen das BetMG oder auch «einfachere» (Formulierung der Stellungnahme) Vermögensdelikte, also wahrscheinlich nicht nur unechte Bagatellen, nicht angezeigt, «sofern die Beweisführung nicht ohne Preisgabe der Observation möglich ist». Dabei werden diese beobachteten Vorgänge nicht aktenkundig gemacht oder höchstens in Observationsberichten, die der Kriminaljustiz nicht zugänglich gemacht werden, als Hinweise festgehalten. Wenn auch Verständnis für diese aus polizeitaktischen Überlegungen entstandene Praxis aufgebracht werden kann, bleibt letztlich dieses Vorgehen doch fragwürdig. Die Nichtpreisgabe polizeilicher Quellen an die Justiz haftet immer zudem auch der Beigeschmack der geheimpolizeilichen Tätigkeit an. Die Entscheidungsbefugnis, ob überhaupt, wann und wieviel die Polizei von den gewonnenen Erkenntnissen an die Justiz weiterleiten müsse, darf ihr nicht zukommen, auch wenn verständlich ist, dass sie ihre Insiderkenntnisse nicht vorzeitig durch repressive Verfolgungstätigkeit preisgeben möchte.

Dass die Preisgabe polizeilicher Quellen aber in der Tat ein echtes Problem sein kann, das für die Polizei gelegentlich nur mit rechtsstaatlich fragwürdigen Kompromissen zu lösen ist, muss der Objektivität halber betont werden. Es besteht ein echter Konflikt zwischen strafprozessualer Wahrheitsermittlungspflicht einerseits und polizeilichem Interesse, Informationsquellen nicht zu enttarnen, damit diese in Zukunft weiter fließen. In diesen Zusammenhang gehört auch das in der Schweiz immer aktueller werdende Problem des V-Mannes. Trotzdem bleibt bestehen, dass

---

<sup>49</sup> vgl. vorne zum Bereich polizeilicher Notstand und Störerprinzip

die Praxis insbesondere dort unzulässig scheint, wo nicht Bagatellen zur Diskussion stehen.

In einer älteren Entscheidung des Bernischen Obergerichts (Urteil I. StrK vom 10.3.1988 in Sachen S.) wurde das strenge Inquisitionsprinzip unter Hinweis auf Art. 71 StrV in dem Sinne interpretiert, dass ein Verfolgungszwang nur für solche strafbaren Handlungen bestehe, die dem Beamten in seiner amtlichen Stellung bekannt werde. Observationstätigkeit ist aber eine Tätigkeit in amtlicher Stellung.

Aus diesen Überlegungen rechtfertigt es sich zwar, wenn die Polizei den «Straftaten einstweilen nur zusieht», später aber ihre Anzeigepflicht, von der sie durch ein einstweiliges Zuwarten nicht entbunden ist, nachkommt.

### **c) Der Verzicht auf Verfolgung aus Gründen der (polizeilichen) Prozessökonomie**

In umfangreichen polizeilichen Ermittlungen werden gelegentlich bewusst untergeordnete Nebengeleise vernachlässigt. So werden in Verfahren gegen international tätige Drogenhändler Endverbraucher (hier würde allerdings auch das BetMG selber dazu Grundlagen liefern, vgl. nachfolgend), aber auch Dealer am unteren Ende der Verteilerkette nicht weiter verfolgt, auch wenn mit entsprechendem Aufwand positive Resultate möglich erscheinen. Gleiches gilt für den Bereich der Wirtschaftskriminalität.

Im Gegensatz zum Verfolgungsverzicht aus polizeitaktischen Gründen erfolgt hier der polizeiliche Verfolgungsverzicht im ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis mit den Untersuchungsbehörden, und auch teilweise gestützt auf die im Gesetz nun meist verankerten Ausnahmen vom formellen Legalitätsprinzip. Die oben angeführten theoretischen Bedenken gegen eine solche Ausweitung der Umsetzung der Ausnahmen von der Verfolgungspflicht auch für die gerichtliche Polizei treten damit in der Praxis zurück.

Die Tatsache, dass bei der Festlegung von Prioritäten bezüglich personeller und materieller Mittel eine Konzentration auf die Verfolgung erheblicher Rechtsverstösse erfolgt, wird in der Antwort der Polizei denn auch ausdrücklich bestätigt.

#### **d) Der Verzicht auf Verfolgung unter Berufung auf materialrechtliche Bestimmungen**

Hinweise etwa auf Art. 100 Zi. 1 Abs. 2 SVG oder Art. 19 a Zi. 2 und Art. 19 b BetMG und insbesondere Art. 66 bis StGB sollen in diesem Zusammenhang genügen.

Nach diesen Bestimmungen ist es bereits den Strafverfolgungsbehörden möglich, auf Eröffnung und Weiterverfolgung in leichten oder sonstwie besonderen Fällen zu verzichten. Zumindest mit genereller Zustimmung durch die Staatsanwaltschaft sollte diese Möglichkeit auch der Polizei zustehen.

#### **e) Das Problem der Dunkelziffer**

Dass eine grosse Zahl von strafbaren Handlungen begangen werden, bei denen weder die Tat, noch die Täter den Strafverfolgungsbehörden bekannt werden, ist eine Tatsache, die vor allem aus kriminalpolitischer Sicht, aber auch bei der Strafrechtsanwendung und in der Kriminologie von erheblicher Bedeutung ist. Wo diese Dunkelziffer besonders hoch ist, ist der Polizei sehr wohl bekannt. Besonders im Stricher- oder Dirnenmilieu dürften Straftaten durch an sich leicht eruierbare Täterinnen und Täter in erheblichem Umfange begangen werden. Da sich der Geschädigte aber recht häufig in einem Dilemma befindet, werden diese Straftaten bei der Polizei kaum einmal angezeigt. Obwohl hier der Dunkelfeldbereich durchaus bekannt ist und mittels geeigneter polizeitaktischer Massnahmen etwa Erpressung im Homosexuellen-Milieu auch angegangen werden könnte, verzichtet die Polizei hier unter Abwägung von Verfolgungspflicht, Verhältnismässigkeit und Verfolgungsinteresse des Geschädigten vertretbarerweise auf weitere Anstrengungen.

#### **9.4. Zusammenfassung**

Wenn auch aus der Einsicht, dass nur eine Befolgung einer strengen Legalität durch die Polizei den einzelnen Bürger vor Willkür schützen und eine gleichmässige Rechtsanwendung sichern kann, die klare Einhaltung der gesetzlichen Verfolgungs- und Untersuchungspflicht der Polizei gefordert werden muss, wird doch anerkannt werden müssen, dass besonders aus dem Gebot der Verhältnismässigkeit aber auch

aus der Tatsache der Begrenzung polizeilicher Mittel und Möglichkeiten die strikte Einhaltung des Legalitätsprinzips im Rahmen der Verfolgungspflicht faktisch nicht möglich ist. Das Legalitätsprinzip wird sachnotwendig für die Polizei begrenzt durch die Verfolgungskapazität. Eine rigorose Verfolgung jeden Verdächtigen im polizeilichen Alltag würde so viele Kräfte binden, dass wichtigere Aufgaben bei der Bekämpfung der schweren Kriminalität vernachlässigt werden müsste. Diesem Umstand muss trotz rechtsstaatlicher Bedenken dadurch Rechnung getragen werden, dass sich die Polizei auch auf die heute geltenden gesetzlichen Ausnahmen von der Verfolgungspflicht berufen können sollte<sup>50</sup>. Aber darüber hinaus wäre gerade bei Mehrfachtätern - man denke etwa an Grossbetrüger oder Serieneinbrecher - eine noch weitergehende gesetzliche Ausnahmeregelungen vom formellen Legalitätsprinzip auch für die Polizei wünschbar. Ob für den Kanton Bern nun allerdings nicht bereits der mehrfach zitierte Art. 4 StrV die Basis für ein solches hinsichtlich Beschleunigung und Konzentration wünschbares Handling liefern könnte, soll als Frage im Raum stehen bleiben<sup>51</sup>.

Wie haben also nun festgestellt, dass die Polizei sowohl im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung zur Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung wie auch im Bereich der Strafverfolgung ein faktisches Opportunitätsprinzip kennt.

Aber auch für die Justiz, die ja, wie erwähnt, in der Regel heute ausdrücklich gesetzlich normierte Ausnahmen vom Legalitätsprinzip kennt, gilt dieses sogenannte faktische Opportunitätsprinzip<sup>52</sup>, das über die gesetzlich begründeten Ausnahmen hinausgeht, ebenfalls. Die tägliche Praxis beweist, dass im Stadium der Voruntersuchung oftmals aus den praktisch gleichen Überlegungen, wie sie in polizeilichen Stellungnahmen zu finden sind, Verfahren eingestellt werden. Die Schwierigkeit für das jeweilige Organ der Strafjustiz besteht darin, dem aus Zweckmässigkeitsüberlegungen erfolgten Verzicht auf Verfolgung oder Verurteilung

---

<sup>50</sup> vgl. vorne N. 42

<sup>51</sup> Die gesetzliche Vorgabe, wonach von einer Verfolgung abgesehen werden kann, wenn die Tat für die zu erwartende Gesamtstrafe nicht beträchtlich ins Gewicht fällt (Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1 StrV), eröffnet m.E. Möglichkeiten, die heute noch bei Weitem nicht ausgeschöpft sind.

<sup>52</sup> Sollberger, a.a.O. S. 58 ff



eine Form und Inhalt zu geben. Die dominante Methode war in früheren Jahren, wenn Wunder's, die Behauptung der fehlenden Beweisbarkeit, heute bieten sich dazu die neuen gesetzlichen Regelungen an, die nötigenfalls auch ausweitend interpretiert werden können.

## **10. Überblick und Ausblick**

All diese nun besprochenen Abweichungen vom Verfolgungszwang ändern nichts am Grundsatz:

Sowohl für die Polizei, wie auch für die Justiz muss gelten, dass ein Handeln auf gesetzmässiger Ebene zu erfolgen hat, wo dies vom Gesetz verlangt wird. Wird aber dennoch dort, wo das Gesetz einen Ermessensspielraum lässt und allenfalls auch ausserhalb dieser gesetzlichen Vorgaben auf ein Handeln verzichtet, so darf dies keinesfalls willkürlich geschehen, vielmehr hat dieser Verzicht immer zu Gunsten einer besseren Variante zu erfolgen, sei es zu Gunsten einer zweckmässigeren Ausschöpfung der personellen und materiellen Mittel, sei es im Interesse einer besseren Möglichkeit zur Erreichung des Rechtsfriedens.

Gefahrenabwehr, Störungsbeseitigung und Reaktion der dazu berufenen Behörden auf durch Verletzung wesentlicher Normen eingetretene Störungen sind vornehmste Aufgaben des Staates. Sie dienen allesamt der Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des Rechtsfriedens.

Immer häufiger wird heute - und diese Bemerkungen seien einem Strafrichter als Einschub gestattet - die Frage nach der Existenzberechtigung des Strafrechts gestellt, und diese Frage verlangt auch im Zusammenhang mit den nun gemachten Ausführungen nach einer verbindlichen Antwort:

Solange die menschliche Gesellschaft die Einhaltung der wesentlichen Normen, die sie sich gegeben hat, beansprucht, wird sie sich mit Rechtsbrechern auseinandersetzen müssen. Damit wird sie auch nicht darum herumkommen, nach aussen deutlich zu machen, dass sie auf der Einhaltung dieser Normen besteht, sie wird diese Normen plakativ zu fassen und allgemeinverständlich den Rechtsgenossen zugänglich zu machen haben. Sie wird darüber hinaus aber auch durch die Androhung von Nachteilen für den Fall der Nichteinhaltung der Norm die

Ernsthaftigkeit dieser Normsetzung deutlich machen müssen. Und weil die Erfahrung lehrt, dass die Beschaffenheit des Menschen eben derart ist, dass Normtreue nicht zu den allgemein vorhandenen positiven Charaktereigenschaft des homo sapiens gehört, wird die Nachteilsandrohung allein nicht genügen. Verlangt sind reale Sanktionen und deren Ein- und Umsetzung. Verlangt ist aber auch, und darauf wurde bereits hingewiesen, dass Mittel vorhanden sind, die die Verfolgung begangener Taten überhaupt erst möglich machen.

Fazit der angestellten Überlegungen:

1. Die Gesellschaft hat alles daran zu setzen, dass ein Zusammenleben in Frieden und Ordnung möglich ist.
2. Das bedingt Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung im Rahmen von Legalität und Verhältnismässigkeit. Wo dies nicht gelingt, wo also Gefahr und Störung zu einem Schaden führen, muss der Staat wiederum reagieren.
3. Strafrecht ist und bleibt in Rahmen dieser Reaktion die einzige Option der Gesellschaft bei der Festlegung der unverzichtbaren gesellschaftlichen Normen und damit ultima ratio.
4. Damit aber die Polizei ihre Aufgaben im Bereich der Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung, also im präventiven Bereich erfüllen kann, muss sie über die nötigen materiellen und personellen Mittel verfügen.
5. Das gleiche muss dort gelten, wo Polizei und Justiz sich mit begangenen Straftaten konfrontiert sehen. Verbrechensaufklärung und Prävention, also Verbrechensverhinderung im Sinne von Gefahrenabwehr sind untrennbar miteinander verbunden.

Polizei und Justiz haben der Gesellschaft zu dienen, sie erfüllen nicht etwa einen Selbstzweck und schöne Uniformen und Gradabzeichen sind ebensowenig gesellschaftsnotwendig wie Perücke und Talar. Polizei und Justiz haben für die Gesellschaft Funktionen auszuüben, die, und darauf wurde bereits hingewiesen, der Rechtsfriedenssicherung dienen. Damit dies in ordentlichen Bahnen geschehen kann, gilt grundsätzlich das materielle und formelle Legalitätsprinzip. Die Polizei und die Justiz haben gestützt auf gesetzliche Vorgaben und in der Weise, wie es das

Gesetz bestimm zu wirken. Für Ermessensentscheidungen bleibt ein kleiner, aber bedeutungsvoller, vom Gesetz ausdrücklich bestimmter oder faktisch erforderlicher Freiraum. Nicht mehr, aber auch nicht weniger.

**Erwartungen an ein psychiatrisches Gutachten aus der Sicht der Justiz**  
**von Markus Weber**

(Kurs 2 der Weiterbildungskommission für die  
kantonalerberrnische Richterausbildung  
vom 5. Mai 1999)

In Platon's Staat verbindet Aerzte und Richter dasselbe Misstrauen: Sie sind Enthüller der körperlichen und sittlichen Krankheiten, an denen die Bürger leiden. Wie die Aerzte so sehen auch die Richter und wir Staatsanwälte um uns herum nichts als Kranke, Krüppel und Aussätzige, wie die Aerzte atmen die Staatsanwälte die verdorbene Luft jener Hospitäler menschlicher Laster, welche die Gerichtshöfe sind.

Auf die Frage was der Richter oder Staatsanwalt vom forensisch psychiatrischen Gutachter erwarten, könnte man mit BRANDENBERGER antworten: **Mehr!** Damit könnte ich eigentlich schon zum Schluss meines Referates kommen. Diese Forderung nach MEHR muss aber konkretisiert werden.

Um es gleich vorwegzunehmen, wie auch immer Richter und Psychiater zueinander stehen, eines muss klar sein „**l'expert propose, le magistrat dispose.**“ Der Richter, die Strafverfolgungsbehörde erteilt den Auftrag, der Psychiater ist somit der „beauftragte Helfer“. Insofern besteht eine Subordination. Fühlt sich ein Psychiater deswegen degradiert, so hat er seine Aufgabe verkannt. Das Gesetz hat die Kompetenz zum Entscheid dem Richter und nur dem Richter zugeteilt. Das Gesetz hat auch die Hauptfragen entschieden. Der Psychiater muss deshalb z.B. im Gutachten den Standpunkt des Strafgesetzbuches in der Frage der Willensfreiheit akzeptieren. Will er dies nicht tun, so muss er den Auftrag ablehnen. Für einen Dialog zwischen Richter und Arzt über solche Fragen ist im Gutachten kein Raum.

Diese drei Vorbemerkungen waren nötig, um zur Sache zu kommen. Das Thema des heutigen Tages kann ja sinngemäss nur dahin interpretiert werden, dass ich über das

psychiatrische Sachverständigengutachten im Strafrecht einige Gedanken aus der Sicht des Praktikers äussern soll. Strafprozessuale Gutachten gibt es bekanntlich viele, vom Blutalkohol bis zum kriminaltechnischen; sie sind auch unterschiedlich gut lesbar und beweismässig zu verwerten; aufgrund des hiesigen Adressatenkreises spreche ich aber nur über das Sachverständigengutachten des **forensischen** Psychiaters. Dabei werde ich versuchen, nicht zu den **sieben** Säulen der Weisheit aufzubrechen, sondern Ihnen die folgenden sieben Fragen zu beantworten:

1. Wann ist ein Gutachten in Auftrag zu geben?
2. Zu welchem Zeitpunkt soll der Auftrag erteilt werden?
3. Wer soll beauftragt werden ein Gutachten auszuarbeiten?
4. Welche Fragen gehören zu einem Gutachtensauftrag?
5. Welche Akten sind dem Gutachter zuzustellen?
6. Welche Form soll das Gutachten haben?
7. Was erwarten wir vom Psychiater bzw. was tun wir, wenn sein Gutachten nicht befriedigt?

Die erste Frage „**wann ist ein Gutachten in Auftrag zu geben**“ ist die Grundfrage schlechthin bzw. diejenige nach den gesetzlichen Grundlagen: sie finden diese in den Artikeln 10 bis 13 und 42 bis 44 des Schweizerischen Strafgesetzbuches. Als zentrale Bestimmung verlangt Art. 13 StGB unter dem Marginale „zweifelhafter Geisteszustand des Beschuldigten“, dass die untersuchungs- oder urteilende Behörde eine Untersuchung des Beschuldigten dann anzuordnen habe, wenn sie Zweifel an dessen Zurechnungsfähigkeit hat oder wenn zum Entscheid über die Anordnung einer sichernden Massnahme Erhebungen über den körperlichen oder geistigen Zustand des Beschuldigten nötig sind. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung äussern sich die Sachverständigen über die Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten sowie auch darüber, ob und in welcher Form eine Massnahme nach den Art. 42 bis 44 StGB zweckmässig sei. Wer strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden soll, muss die Fähigkeit besitzen zu erkennen, was sich als Folge seines Verhaltens verwirklichen wird und welche rechtliche Bedeutung dem Verhalten und seinen Folgen zukommt. Diese Fähigkeit nennen wir Juristen bekanntlich Schuldfähigkeit. Unsere

Fähigkeit, sich nach den rechtlichen Normen zu richten, setzt voraus, dass ein Mensch alt genug ist, diese Regeln zu kennen. Das kleine Kind kennt diese Normen nicht. Strafmündigkeit tritt nach dem Gesetz erst mit 18 Jahren ein. Sie ist das erste Merkmal der vollen Schuldfähigkeit. Die strafrechtliche Verantwortung fordert ausser dieser Strafmündigkeit eine bestimmte Beschaffenheit des Menschen, nämlich die Zurechnungsfähigkeit. Art. 10 StGB erklärt als zurechnungsunfähig, wer nicht fähig ist, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Zurechnungsfähig ist demnach umgekehrt geschlossen, wer fähig ist, das Unrecht seiner Tat einzusehen und sich nach dieser Einsicht zu richten. Die Zurechnungsfähigkeit umfasst nach dieser Definition zwei Elemente: ein intellektuelles des Wissens oder Erkennens und ein voluntatives des Willens. Um das Unrecht der Tat zu bemerken, muss der Mensch in der Lage sein, die möglichen Folgen seines Verhaltens zu erfassen, was Einsicht in die Kausalbeziehungen voraussetzt. Es genügt, wenn ihm zum Bewusstsein kommt, dass sein Verhalten dem Recht widerspricht. Zurechnungsfähigkeit setzt mithin eine solche Reife voraus, dass der Täter die Möglichkeit dieser Einsicht besitzt. Gefordert wird ausserdem, dass der Täter die Fähigkeit besitzt, sich nach dieser Einsicht in das Unrecht der Tat zu verhalten. Bei allem Verständnis für die Forschungen von FREUD und neueren tiefenpsychologischen Schulen ist daran festzuhalten, dass der mit Bewusstsein begabte Mensch die Möglichkeit der Freiheit besitzt, Unrecht zu tun oder nicht, und dass das Recht sich an diesen bewusst handelnden und damit verantwortungsfähigen Menschen halten muss. Es wird einzig vorausgesetzt, dass der Mensch willensmässiger Beherrschung überhaupt zugänglich gewesen war. Diese Zurechnungsfähigkeit steht nicht für die ganze Dauer eines Menschenlebens fest, sie ändert sich mit der Zeit, beispielsweise durch Alterserscheinungen, und sie muss im Zeitpunkt einer bestimmten Tat vorhanden gewesen sein. Als Normalzustand darf bei jedem Menschen Zurechnungsfähigkeit vermutet werden, sagt der Altmeister der Strafrechtspflege Hans SCHULTZ. Nur wenn über sie Zweifel herrschen oder sich aufdrängen, gebietet eben Art. 13 StGB, den Geisteszustand zu untersuchen. Diese Bestimmung ist wenig klar, denn ich gebe zu, wann soll der untersuchungs- oder urteilende Richter Zweifel haben? Die Untersuchung des Geisteszustandes ist nämlich nicht nur anzuordnen, wenn der Richter nach den Umständen des Falles Zweifel an

der Zurechnungsfähigkeit **hat**, sondern auch wenn er solche Zweifel haben **sollte**; ernsthafter Anlass zu derartigen Zweifeln genügt nach der Bundesgerichtspraxis (BGE 102 IV 75, 106 IV 242). Das Bundesgericht hat die frühere Auslegung von Art. 13 in BGE 98 IV 156 aufgegeben und erklärt in dieser Entscheidung, für die Anordnung einer psychiatrischen Untersuchung müsse es genügen, dass ernster Anlass zu Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit des Angeschuldigten bestehe. Im damals zu beurteilenden Falle litt die Tochter der Angeklagten, mit der diese teilweise zusammenlebte, an einer schubweise auftretenden Schizophrenie, was nach Meinung des Bundesgerichts die Möglichkeit nahelegte, dass diese Krankheit in der einen oder andern Form auch bei der Angeschuldigten bestehe. Nach der weiteren Kasuistik bestehen ernsthafte Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit und damit eine Pflicht zur Begutachtung bei einem Sexualdelinquenten mit möglicherweise abnorm starkem Geschlechtstrieb (BGE 71 IV 193); bei einem wegen Geisteskrankheit nach Art. 369 ZGB bevormundeten Täter (BGE 72 IV 63); bei Drogensüchtigen, sofern nicht überzeugende Gründe gegen die Begutachtung vorliegen (BGE 102 IV 76). Bei Drogensüchtigen ist unter Umständen auch dann ein Gutachten einzuholen, wenn die körperliche Drogenabhängigkeit nicht mehr besteht (Praxis 79 Nr. 176). Begehung der Tat in angetrunkenem Zustand allein bildet noch keinen Grund, um an der Zurechnungsfähigkeit des Täters zu zweifeln (BG 91 IV 68, BGE 107 IV 6), ebenso wenig der Hinweis auf zwei früher erlittene Hirnerschütterungen (sem.jud. 1977, 248). Allerdings haben BGE 117 IV 294 und 118 IV 6 entschieden, dass bei Blutalkoholkonzentrationen von über 2 Gew.o/oo eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit in Betracht falle und damit zur Strafreduktion führen könne, wenn keine „actio libera in causa“ vorliege. In BGE 119 IV 120 jedoch hat der Kassationshof präzisierend erklärt, ein psychiatrisches Gutachten sei zwar grundsätzlich anzuordnen, wenn der Richter an der Zurechnungsfähigkeit eines angetrunkenen Fahrers ernsthaft zweifle, **ausnahmsweise** könne aber eine Expertise unterbleiben, wenn ausser der Blutalkoholkonzentration keine weitere Indizien für die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit vorlägen. Konkret wurde einem Fiazler mit 2,39 - 3 Gew.o/oo erhebliche Verminderung zugebilligt. Bezüglich sexuelle Handlungen mit Kind gilt es aber wieder zu differenzieren:

T. V. wurde am 20. Januar 1998 von der 4. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern schuldig erklärt der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern und der mehrfachen sexuellen Nötigung z.N. eines Mädchen, das im Tatzeitraum 11 bis 12-jährig gewesen war. T. V. wurde deswegen zu 2 ½ Jahren Gefängnis verurteilt.

T. V. beschwerte sich in der Folge beim Bundesgericht darüber, dass er nicht begutachtet worden war. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, im wesentlichen mit folgender Begründung:

*„Art. 13 StGB gilt nicht nur, wenn der Richter tatsächlich Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit hegt, sondern auch, wenn er nach den Umständen des Falles Zweifel haben sollte. Bei der Prüfung dieser Zweifel ist zu berücksichtigen, dass nicht jede geringfügige Herabsetzung der Fähigkeit, sich zu beherrschen, genügt, um verminderte Zurechnungsfähigkeit anzunehmen. Der Betroffene muss vielmehr, zumal der Begriff des normalen Menschen nicht eng zu fassen ist, in hohem Masse in den Bereich des Abnormen fallen, seine Geistesverfassung nach Art und Grad stark vom Durchschnitt nicht bloss der Rechts-, sondern auch der Verbrechensgenossen abweichen (BGE 116 IV 273 E. 4a und b). Zeigt das Verhalten des Täters vor, während und nach der Tat, dass ein Realitätsbezug erhalten war, dass er sich an wechselnde Erfordernisse der Situation anpassen, auf eine Gelegenheit zur Tat warten oder diese gar konstellieren konnte, so hat eine erhebliche Beeinträchtigung nicht vorgelegen (Volker DITTMANN, Psychotrope Substanzen, Delinquenz und Zurechnungsfähigkeit, Schweizerische Rundschau für Medizin (PRAXIS) 85/1996 S. 109, 111).“*

In einem neueren Entscheid vom 6. November 1990 hat der Kassationshof des Bundesgerichts in BGE 116 IV 273 die Gründe, wann ernsthafter Anlass zu Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit bestünden, nochmals zusammengefasst. Dabei hat er die Notwendigkeit, einen Sachverständigen zuzuziehen dann bejaht, wenn Anzeichen vorliegen, die geeignet sind, Zweifel hinsichtlich der vollen Schuldfähigkeit zu erwecken, wie etwa ein Widerspruch zwischen Tat und Täterpersönlichkeit oder völlig unübliches Verhalten; ein Sachverständiger sei ferner beizuziehen, wenn sich aus



einem bei den Akten befindlichen Strafregisterauszug ergebe, dass ein Angeklagter in einem früheren Verfahren für vermindert schulfähig erklärt wurde, wenn er in ärztlicher Behandlung stand oder steht, wenn die Schuldfähigkeit eines Epileptikers, eine geistig Zurückgebliebenen, eines Schwachsinnigen oder eines Hirngeschädigten zu beurteilen ist, bei altersbedingtem psychischem Abbau dann, wenn die Tatausführung auffällige Eigenheiten zeige oder die Tat mit der bisherigen Lebensführung als unvereinbar erscheine; gleiches könne je nach den Umständen bei wiederholten Sittlichkeitsdelikten oder bei einer erstmals nach dem Klimakterium auftretenden Kriminalität gelten, ferner dann, wenn die Schuldfähigkeit durch Affektzustände beeinträchtigt sein könne oder wenn der Angeklagte seelische Abartigkeiten zeige bzw. in seiner bisherigen Lebensführung oder bei der seiner Angehörigen besondere Auffälligkeiten, wie etwa mehrere Selbstmordversuche aufgetreten seien. Schliesslich sei auch dann ein Sachverständiger beizuziehen, wenn der Täter nur über geringe Intelligenz, einen Hang zu bestimmten Delikten und nur geringes Hemmungsvermögen gegenüber der Versuchung, Gelegenheit zu Eigentumsdelikten zu nutzen, verfüge. Aus allen diesen Beispielen mögen Sie ersehen, wann die Gerichtspraxis den Richter anweist, im Sinne von Art. 13 StGB zu verfahren und einen psychiatrischen Sachverständigen beizuziehen. Nach derselben schon altherwürdigen Bundesgerichtspraxis 84 IV 137 versteht sich übrigens von selbst, dass die Begutachtung stets durch einen Facharzt für Psychiatrie durchgeführt werden muss. Art. 161 des neuen Strafverfahrens ermöglicht die Untersuchung des körperlichen oder geistigen Zustands des Angeschuldigten zur Abklärung seiner Zurechnungs-, Verhandlungs- oder Hafterstehungsfähigkeit und seiner Massnahmebedürftigkeit. Für die Ernennung des sachverständigen Gutachters machen die Artikel 128 ff. Strafverfahrensregel.

## 2. Zu welchem Zeitpunkt soll ein Gutachtensauftrag erteilt werden?

In der Regel sollte ein Gutachten erst nach Abschluss der Untersuchung in Auftrag gegeben werden, d.h. erst dann, wenn sämtliche für die Beurteilung des Angeschuldigten wichtigen Akten vorhanden sind. Eine Ausnahme wäre allenfalls dann möglich, wenn von Anfang an sehr grosse Zweifel darüber bestehen, ob der betreffende Angeschuldigte überhaupt zurechnungsfähig ist. Dann nämlich kann durch eine frühzeitige Begutachtung ein unter Umständen sehr aufwendiges Verfahren erheblich abgekürzt werden. Immerhin ist das für Kapitaldelikte kein gangbarer Weg. Eine frühzeitige Einschaltung des psychiatrischen Sachverständigen drängt sich aber auch dann auf, wenn es beispielsweise um die Hafterstehungsfähigkeit oder überhaupt um die Einvernahme- und Verhandlungsfähigkeit eines Angeschuldigten geht. Wie erwähnt enthält das neue Strafverfahren in Art. 161 ff. expressis verbis die Möglichkeit der diesbezüglichen Untersuchung des körperlichen oder geistigen Zustands der angeschuldigten Person. In diesem Zusammenhang ist vielleicht ein Wort zur langen Zeitdauer fällig, die psychiatrische Gutachten in aller Regel beanspruchen: die Praxis lehrt, dass die vom Untersuchungsrichter (oder urteilenden Richter) gesetzte Frist von drei Wochen bis einem Monat in der Regel nie eingehalten wird. Die Gründe hierfür kennen Sie wahrscheinlich besser als ich. Es ist für den inhaftierten Angeschuldigten fatal und widerspricht dem Beschleunigungsgebot im Strafprozess, wenn nach Abschluss einer Untersuchung monatelang auf psychiatrische Expertisen gewartet werden muss. Ich erlaube mir, in diesem Zusammenhang an Art. 136 StrV zu erinnern, dessen Wortlaut ich Ihnen gerne wieder einmal vorlese...

## 3. Wer soll mit dem Gutachten beauftragt werden?

Nach dem Kreisschreiben der Strafabteilung des Obergerichts vom Mai 1997 zu Art. 129 und 131 StrV soll bei der Ernennung der sachverständigen Person vor der schriftlichen Beauftragung telefonisch mit der Klinik Verbindung aufgenommen und der Auftrag mit der Direktion oder dem/der zuständigen Abteilungsleiter/in besprochen

werden. Insbesondere ist die Frist zur Abgabe des Gutachtens abzusprechen, wobei in Haftsachen auf Erledigung innert ein bis zwei Monaten gedrängt werden soll, spätere Fristverlängerungen sind von einer schriftlichen Begründung der sachverständigen Person abhängig zu machen und in den Akten zu vermerken.

Wer schon Stunden und Tage damit versäumt hat, einen Psychiater nach dem andern anzufragen, ob er vielleicht Zeit und Lust habe, innert vernünftiger Frist, d.h. möglichst vor einem Vierteljahr, ein Gutachten auszuarbeiten, wird eher die Frage stellen, wie man überhaupt an einen Gutachter gelangen könne. Ebenso schwer hält es oft, eine psychiatrische Klinik zu finden, in der der Explorand stationär untersucht und sicher gehalten werden kann. Wenn man bedenkt, wie häufig Untersuchungsrichter einen erheblichen Anteil ihrer Arbeitszeit dafür verwenden, an diverse Gutachter zu schreiben oder mit diesen zu telefonieren, hat vielleicht für meinen Wunsch Verständnis, dass eine zentrale Stelle dafür sorgen soll, dass diese Gutachten angenommen und verteilt werden, im Kanton Bern vielleicht künftigerweise der Leiter des integrierten forensisch-psychiatrischen Dienstes. Bei der Frage, wer als Gutachter beauftragt werden soll, ist der Richter im Prinzip in der Wahl der Person frei, einzige Schranke ist laut Bundesgerichtspraxis und dem schon zitierten BGE 84 IV 137, dass stets ein Facharzt beizuziehen ist. Art. 128 StrV spricht von einer oder mehreren Personen, die mit einer gemeinsamen Begutachtung beauftragt werden können. Klar ist nur, dass die Verfahrensleitung gemäss Art. 129 StrV **allein** bestimmt, wer Sachverständiger sein soll, wie der Auftrag und die zu beantwortenden Fragen zu umschreiben sind. Gewöhnlich wird in einem sehr schwierigen Kapitaldelikt oder auch bei einem den Tatbestand völlig bestreitenden Angeschuldigten an die Anforderungen des Experten praxisgemäss ein grösserer Massstab gelegt werden müssen und deshalb ein Chefarzt oder Oberarzt einer entsprechenden Klinik ad personam ohne Substitutionsrecht zu ernennen sein. In bernischen Landen ist es im „Normalfall“ allerdings üblich, die Klinikdirektion unter Einräumung des Substitutionsrechts mit der Begutachtung zu beauftragen. Das führt dann in der Praxis nicht selten dazu, dass vor Kreisgericht in der Regel der Oberarzt als Sachverständiger auftritt und aussagt, die eigentliche Exploration inkl. Begutachtung ausführlicher und zeitintensiver aber eigentlich der Assistent gemacht hat. Falls sich die am Gutachten beteiligten Aerzte

nicht mindestens in den Schlüssen einig sind, werden allfällige Diskrepanzen nur dem Angeschuldigten oder Verteidiger nützen, wenn er sie zur Verwirrung der Geister vor Gericht ausspielen sollte. Wenn der Zweck der Untersuchung es erlaubt, ist nach Art. 129 neu StrV den Parteien Gelegenheit zu geben, sich zur Person und zu den Expertenfragen im voraus zu äussern und entsprechende Anträge zu stellen. Verbindlich sind diese jedoch für den Richter nicht. Findet also ein schliesslich mit dem Gutachten beauftragter Experte entsprechende Anträge oder Fragen der Parteien im Dossier vor, so soll er sich davor hüten, diese zu beantworten, wenn sie ihm vom auftraggebenden Richter nicht gestellt wurden. In der Praxis wird oft bei den der Landessprache nicht mächtigen Angeschuldigten versucht, aus naheliegenden Gründen einen Psychiater zum Sachverständigen zu ernennen, der die Sprache des Beschuldigten spricht oder gut versteht. Dagegen ist nichts einzuwenden, im Gegenteil kann es für die Erfassung einer Persönlichkeit sehr nützlich sein, jedenfalls dann, wenn der Gutachter trotz des besseren sprachlichen und gedanklichen Zugangs zum Angeschuldigten die nötige Distanz nicht verliert.

Die Ernennung ist dem sachverständigen Psychiater in der Regel schriftlich mitzuteilen und hat nach Art. 131 neu StrV zu enthalten:

1. den Auftrag und die zu beantwortenden Fragen.
2. den Hinweis auf die Straffolgen des falschen Gutachtens und die Geheimhaltungspflicht.
3. die Frist zur Erstattung des Gutachtens.

Es ist auch gesetzliche Pflicht, einen Auftrag anzunehmen, wenn man als Experte im Kanton die nötigen Fachkenntnisse hat, nicht über 60 Jahre ist und keine wichtigen Gründe für die Ablehnung nachweisen kann (Art. 130 neu StrV).

Ein Wort noch zur Privatexpertise: auf den ersten Blick scheint der Gesetzestext („Die Untersuchungs- oder die urteilende Behörde ordnet eine Untersuchung des Geschuldigten an....“) dafür zu sprechen, dass Art. 13 StGB den Richter bei Zweifeln über die Zurechnungsfähigkeit zum Beizug eines amtlich bestimmten

Sachverständigen verpflichte. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verfolgt aber Art. 13 StGB nur den Zweck, zu verhindern, dass der Richter seine Zweifel hinsichtlich Zurechnungsfähigkeit selber beseitigt; sofern ein privat (z.B. vom Angeschuldigten) bestellter Sachverständiger seinen Bericht (das Wort „Gutachten“ steht ja gar nicht im Gesetz) aufgrund vollständiger Informationen hinsichtlich der konkreten Straftaten erstellt habe und seine Untersuchung als umfassend erscheine, könne auf eine weitere (amtlich angeordnete) Begutachtung verzichtet werden (BGE 113 IV 1).

#### **4. Welche Fragen gehören zu einem Gutachtensauftrag**

Hier kann ich mich kurz fassen, über die entsprechenden Frageschemata liegen genügend Publikationen vor, sie kennen als bernische Richter das den Psychiatern landläufig zugestellte Frageschema. Der Psychiater wird als Sachverständiger ja regelmässig beigezogen zur Frage der Beurteilung der Schuldfähigkeit einerseits und zur Klärung der Frage, ob eine Massnahme, und wenn ja welche, als zweckmässig erscheine. Der oft übliche lange standardisierte stereotype Fragenkatalog wirkt auf den Experten demotivierend, mag die Gutachtenerstellung manchmal verzögern und den Experten zu rein formalistischer Schriftstellerei nötigen. Ich will mich nicht dazu äussern, ob das bernische Frageschema, das dem Gesetzestext mehr oder minder folgt, das bessere ist, oder ob dasjenige von Prof. REHBERG in ZStR 93, S. 222 ff. vorzuziehen ist. Viel wesentlicher scheint mir, dass die gestellten Fragen präzise sind, in der Hoffnung, auch die Antworten würden präzise erteilt. Unter präzisen Fragen des Richters, der Richterin verstehe ich, dass unnötige oder nicht zur Sache gehörende Fragen wegzulassen sind und damit der Fragenkatalog vereinfacht wird. Es macht z.B. keinen Sinn, den Experten zu fragen, ob für den Fall des bedingten Strafvollzuges Weisungen oder ärztliche Betreuung nötig sei, wenn der Angeschuldigte ein vollendetes Tötungsdelikt mit fünf Jahren Mindeststrafdrohung begangen hat. Sind nicht in allen Punkten präzise Antworten möglich oder die Fragen ungenau, soll der Gutachter es ehrlich sagen. Besonders dankbar ist auch der Richter, wenn ihm praktikable Vorschläge für die nötigen Massnahmen gemacht werden: wo, wie, wann, durch wen, in welcher Anstalt usw.. Der Psychiater sollte dem Richter sachkundige

Hinweise geben, die für den Entscheid über die gestellten Fragen nützlich sind. Dies ist nur möglich, wenn die Antworten vollständig sind. Es ist eine verbreitete Unsitte der Gutachter, für die Fragebeantwortung auf die Zusammenfassung im Gutachten zu verweisen. Gerade dies ist aber manchmal interpretationsbedürftig und führt zu Ungenauigkeiten, unnötigen Weiterungen wie Erläuterungsfragen oder Streitereien vor Gericht. Es ist nicht unwichtig darauf hinzuweisen, was nicht in einen Gutachtensauftrag gehört. Dazu gehören z.B. alle Fragen derart, die vom Psychiater wissen wollen, ob er eine entsprechende Tat dem Angeschuldigten zutraue, ob der Angeschuldigte glaubwürdig sei, ob man seine Bestreitungen Ernst nehmen könne oder müsse usw.. Solche Fragen soll der Experte, sollten sie trotzdem gestellt werden, klipp und klar mit der schnodrigen Bemerkung abwimmeln, hierfür sei er nicht zuständig. Der Experte soll nur das beantworten, was die Strafjustiz von ihm als Sachverständigen wissen muss, weil sie es nicht von vorneherein selber beurteilen kann, wie beispielsweise eben die Einschätzung der Zurechnungsfähigkeit, die Drogenabhängigkeit, die Persönlichkeitsschilderung und die Massnahmebedürftigkeit und Zweckmässigkeit. Es ist z.B. eine Unsitte, nur weil es so in Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 und 3 StGB steht, vom psychiatrischen Sachverständigen, der den Täter schon als rückfallsgefährlich z.B. bezüglich Sexualdelikte bezeichnet hat, nochmals zu verlangen, es solle sagen, ob der Explorand auch die öffentliche Sicherheit gefährde. Meiner Ueberzeugung nach haben auch nicht geständige Angeschuldigte für den Fall eines Schuldspruchs Anspruch auf eine psychiatrische Begutachtung, denn wenn aufgrund schlüssiger Beweismittel in der Untersuchung mindestens feststeht, was ihnen zur Last gelegt wird und der Tatverdacht gegen sie dringend ist, dann kann auch ihr Persönlichkeitsbild zur Zeit der Tat fachärztlich beurteilt werden: sind oder waren sie geisteskrank? bewusstseinsgestört? in ihrer geistigen Gesundheit oder Entwicklung beeinträchtigt? usw.. Mir will scheinen, dass das in einem gewissen (mit den Initialen WKR anonymiserten) Straffall kürzlich auch die Auffassung des urteilenden Gerichtes war, hat es doch ein entsprechendes psychiatrisches Persönlichkeitsgutachten trotz entsprechendem Antrag der Verteidigung nicht aus den Akten gewiesen.

## 5. Welche Akten sind dem Gutachter zuzustellen?

Der Gutachter soll seiner Expertise keine Feststellungen zum Tatbestand zugrunde legen, die sich nicht aus den Untersuchungsakten ergeben. Stösst er bei seiner Exploration auf neue Sachverhalte, soll er dem Auftraggeber davon Kenntnis geben, der seinerseits zu entscheiden hat, ob der Gutachtensauftrag erweitert werden muss. Nur so bleiben die Verantwortlichkeiten klar. Nach dem schon erwähnten Kreisschreiben der Strafabteilung vom Mai 1997 muss ja der Untersuchungsrichter dem Gutachter eine knappe Zusammenfassung derjenigen Sachverhalte geben, die dem Angeschuldigten zur Last gelegt werden. Ferner werden dem Gutachter jedenfalls in Bern in der Regel alle existierenden Straf- und Vorakten zur Verfügung gestellt. Bei umfangreichen Akten soll der Gutachter auf Aktenstellen hingewiesen werden, die Angaben zur Person oder zu den Tatmotiven enthalten. Aufgabe des Experten ist es sicher in erster Linie persönlichkeitskonzentriert, aber auch aktenkonzentriert zu arbeiten. Es hat keinen Zweck, wenn der Gutachter den ganzen Sachverhalt vom Exploranden noch einmal erfragt und ihn seitenweise für sich zusammenfasst und dann von dem ausgeht, was ihm der Angeschuldigte - manchmal beschönigend - liefert. Macht er wesentlich andere Aussagen als sich aus den richterlichen Akten und der richterlichen Zusammenfassung ergibt, dann soll der Experte dies vermerken, aber total von den Akten entfernen soll er sich nicht. Insbesondere darf er nicht aktenwidrige Feststellungen treffen. Jeder Experte hat ein anderes Verhältnis zu den ihm zugestellten Akten. Konzentriert er sich mehr auf die Persönlichkeit, dann sind ihm vielleicht kleinere tatbeständliche und aktenkundige Ungenauigkeiten zuzubilligen, wenn sie für das Verständnis der Täterpersönlichkeit und der Tatpsychologie nicht ins Gewicht fallen. Ist er mehr aktenzentriert, dann wird ihm nicht passieren, dass er sich vom Sachverhalt entfernt. Immer häufiger wird in letzterer Zeit dem Experten der Auftrag erteilt, ein psychiatrisches Kurzgutachten zu erstellen. Mir ist manchmal nicht klar, was darunter zu verstehen ist. Kurz fassen kann sich der Experte dann und nur dann, wenn ihm weniger gezielte Fragen vorgelegt werden. Erwartet der Richter eine vollständige Persönlichkeitsanalyse und Psychologie der Tat, dann eignet sich ein Kurzgutachten weniger. Ein Kurzgutachten, dem dann auch nur wenige Akten beizulegen sind, kann eventuell dann nützlich und

zweckmässig sein, wenn es nur um die Bestätigung einer bereits in früheren Verfahren gestellten Diagnose geht.

## 6. Welche Form soll das Gutachten haben?

Auch zur Form des Gutachtens haben Richter und Staatsanwalt einige klare Wünsche: boshaft habe ich einmal behauptet, die Länge des Gutachtens sei oft umgekehrt proportional zu seinem Inhalt. Diese meine subjektive Meinung geht sicher nicht ganz daneben, vor allem wenn ich an die vielen unnötigen Wiederholungen denke. Es gibt Gutachter, die es fertigbringen, in der Anamnese, beim Befund, in einer Zusammenfassung des Befundes und schliesslich im Gutachtenteil immer wieder das nämliche anzubringen. Ich verweise hier auf BLEULER, Lehrbuch der Psychiatrie, 11. Auflage, S. 545.

Beim Aufbau des Gutachtens soll dem bewährten Schema gefolgt werden: Einleitung mit Wiederholung der Fragen, Angaben über stationären Klinikaufenthalt des Exploranden, Zahl und Dauer der Gespräche, Beizug von Akten, Tests, Hilfspersonen, Vorgeschichte, Straftatbestände (nach der Zusammenfassung durch den Untersuchungsrichter), eigene Beobachtungen und Untersuchungen, Gutachten, Schlussfolgerungen mit Fragebeantwortung (ich verweise hiezu auf Mark HELFENSTEIN, Der Sachverständigenbeweis im schweizerischen Strafrecht, eine Zürcher Diss. 1978, S. 214 ff.). Die klar gegliederte Darstellung und Nummerierung der Fakten schafft Voraussetzung für ein klares Gutachten. Es ist selbstverständlich, dass Kompliziertheit des Sachverhalts, eigene Fähigkeit des Gutachters zur Darstellung, Zeitdruck, taktische Erwägungen und Erfahrungen des Gutachters, eine entscheidende Rolle spielen. Die Sprache des Gutachters soll knapp und bestimmt sein. Sie soll nur wissenschaftliche Ausdrücke enthalten, die auch dem gebildeten Laien klar und verständlich sind. Dieser muss den Gedankengängen des Gutachters folgen können und imstande sein, diese zu überprüfen oder sie überprüfen zu lassen. Werden Aussagen des Exploranden wiedergegeben, so sollen diese wörtlich zitiert werden, weil die Anschaulichkeit grösser ist. Wenn der Mediziner juristische Ausdrücke verwendet, muss deren Sinn mit dem identisch sein, was der Jurist damit



meint. Begriffe wie z.B. Fahrlässigkeit, Absicht, Notwehr usw. Rechtsirrtum können nicht medizinisch interpretiert werden. Wir müssen vom psychiatrischen Experten auch verlangen, dass er den (vom Gesetz so formulierten) Unterschied der Einsichtsfähigkeit in das Unrecht der Tat, das Wissenselement, vom Handeln gemäss dieser Einsicht (dem Willenselement) im Gutachten herausarbeitet und nicht vermengt. Dankbar wird der Richter und der Staatsanwalt auch sein, wenn das Gutachten innert nützlicher, vor allem kurzer Frist, speditiv erstattet wird. Auch telefonische Uebermittlungen von Untersuchungsergebnissen vor der regelmässig schriftlich zu erfolgenden Gutachtenserstattung sind nützlich. Wenn der Gutachter dann zum mündlichen Vortrag, z.B. vor das Gericht geladen ist, soll er möglichst einfach sprechen und nur Fragen beantworten. So können unnötige prozessuale Weiterungen und Missverständnisse vermieden werden. Das Richtige lässt sich immer einfach sagen, hat schon J.W. von Goethe gewusst.

Hat der Gutachter Hilfspersonen beigezogen, z.B. für die Durchführung von Tests oder andern fachärztlichen Untersuchungen, muss er dies angeben, damit gegebenenfalls auch diese richterlich abgehört werden können. Aus dem Gutachten muss ersichtlich sein, wer, in welchem Umfang, bezogen auf welche Gebiete tätig geworden ist. Zu unterscheiden vom Beizug von Hilfspersonen ist die Delegation an einen andern Gutachter. Diese ist unzulässig, sofern nicht Substitution gestattet worden ist. Dass der Gutachter selber keine Beweismethoden anwendet, die verboten sind, also Aussagen erzwingt, Hypnose oder andere illegale Mittel wie etwa einen Lügendetektor verwendet, versteht sich von selbst.

7. **Was erwarten wir vom Psychiater bzw. was tun wir, wenn sein Gutachten nicht befriedigt?**

Wenn ich hier nochmals gefragt werde, was ich vom psychiatrischen Gutachter erwarte, dann antworte ich mit der eingangs verwendeten Formulierung von BRANDENBERGER: MEHR!. Sachlich kann ich sagen, dass die Strafverfolgungsbehörde in möglichst kurzer Zeit ein möglichst klares Gutachten erwartet, das auf alle Fragen erschöpfend Antwort gibt und dies erst noch in einem

auch für Juristen verständlichen Deutsch. Die sachverständige Person ist nach Art. 132 StrV für das Gutachten persönlich verantwortlich. Sie kann zu Beweismassnahmen beigezogen und ermächtigt werden, Fragen an die Parteien oder andere Beteiligte zu stellen. Hält sie eine Ergänzung des Beweisverfahrens für nötig, stellt sie der Gerichtsbehörde Antrag, welche letztere den Sachverständigen ermächtigen kann, Personen die er benötigt, selber zum Erscheinen einzuladen oder fachspezifische Erhebungen selber vorzunehmen. Damit ist das von forensischen Psychiatern schon längst praktizierte, nämlich Auskünfte einzuholen bei Behörden, Verwandten, Bezugspersonen usw., weitere Test und Abklärungen machen zu lassen, endlich auch legalisiert worden. Wir erwarten selbstverständlich auch, dass das unter Hinweis auf die Straffolgen des falschen Gutachtens und der Geheimnishaftung Abgelieferte dann auch vor Gericht bestätigt wird und nicht, möglicherweise wegen interner Differenzen zwischen den Gutachtern in der Klinik, von Experten selber zerzaust wird. Es ist mir in meiner früheren Tätigkeit als erstinstanzlicher Staatsanwalt einmal passiert, dass der Geschwornengerichtsvorsitzende den Oberarzt und der Verteidiger den Assistenten hat laden lassen und beide kontroverse Diagnosen und Behandlungsvorschläge über den Angeschuldigten zu Protokoll gaben.

Wenn ein Gutachten nicht befriedigt, soll nicht einfach ein Obergutachten im Sinne von Art. 135 StrV in Auftrag gegeben werden. Vielmehr soll der Untersuchungsrichter das Gutachten den Parteien (auch dem Staatsanwalt) unter Ansetzung einer Frist gemäss Art. 134 StrV zur Stellung von Erläuterungs- und Ergänzungsfragen zusenden und seinerseits die sachverständige Person zu Erläuterung oder Ergänzung des Gutachtens anhalten. Erst wenn sich Widersprüche nicht erklären oder durch Erläuterungen beseitigen lassen bzw. wenn die Erklärungen noch unbefriedigender als das Gutachten ausfallen, muss ein Obergutachten in Auftrag gegeben werden, allenfalls aber kann und soll der Richter auch gestützt auf dieses Gutachten sein Urteil fällen. Denn es ist ja nicht so, dass der Richter an die betreffenden Gutachten gebunden ist. Dem Richter geht zwar das fachärztliche Fachwissen ab, und an ein Expertengutachten ist er grundsätzlich nicht gebunden, sondern darf es als Beweismittel frei würdigen. Hingegen ist eine Abweichung vom Gutachten nur dann erlaubt, wenn zuverlässig bewiesene Tatsachen die Ueberzeugungskraft des

Gutachters erschüttern (BGE 101 IV 129). Bei mehreren voneinander abweichenden Gutachten kann der Richter z.B. auf das Obergutachten abstellen oder sonst seine Wahl frei treffen, darf aber nicht in Willkür verfallen (BGE 107 IV 8). Hier pflegen wir Juristen gelegentlich zu sagen, es sei nicht mehr der Richter, der richte, sondern letztlich der Sachverständige im weissen Kittel.

Von dieser rechtlichen Situation her sollten sich die Gutachter vermehrt darüber im Klaren sein, welchen einen entscheidenden Einfluss sie auf das Urteil haben, überspitzt ausgedrückt hat man auch schon festgehalten, dass der Gutachter oft insbesondere bei Gewaltverbrechen Einzelrichter in Strafsachen ist. Dieser Verantwortung sind sich nicht immer alle Gutachter bewusst, besonders diejenigen, die über einen noch relativ kleinen Erfahrungsschatz verfügen, wissen dies nicht. Ich stelle immer wieder mit grossem Erstaunen fest, dass frisch der alma mater entsprungene Assistenzärzte bereits Gutachtensaufträge in grossen Kapitalfällen ausführen, selbstverständlich unter Aufsicht des berechtigten Klinikdirektors oder Oberarztes. Bei allem Verständnis für die Auszubildenden bleibt ein Unbehagen zurück, da nicht selten Angeschuldigte über ein erhebliches Plus an Menschenkenntnis und allgemeiner Lebenserfahrung gegenüber dem Gutachter verfügen und dies auch zielstrebig einzusetzen wissen.

Ein Gutachten befriedigt insbesondere dann nicht, wenn es z.B. anstelle von Wahrscheinlichkeit Gewissheit annimmt, anstelle objektiver Abwägung subjektiv etwas würdigt und anstelle von klaren Akten unvollständig und ungenau selber apodiktische Thesen aufstellt sowie die Fragen zuwenig präzise oder konkret beantwortet. Ein Gutachten soll auch nicht moralische Sentenzen oder Werturteile, rechtliche Würdigungen oder juristische Schlussfolgerungen enthalten, die dem Richter vorbehalten sind oder Beweiswürdigungen, also z.B. Angaben wie: er hat vorsätzlich gehandelt oder die Tat ist dem Angeklagten zuzutrauen oder der Affekt, in dem er gehandelt hat, ist entschuldbar.

Zusammenfassend könnte ich vielleicht den Hauptwunsch des Staatsanwalts an den Psychiater so formulieren: helft uns mit Eurem Fachwissen, durch verständliche Sprache und durch genaue Beachtung der juristischen Regeln, die Dunkelheiten

aufzuhellen im Wesen und Tun der Menschen, die wir anklagen und einen Urteilsvorschlag über sie beantragen müssen. Wenn diese Angeschuldigten schon nicht oder vermindert zurechnungsfähig sein sollen, dann wären wir gerne vom Grad der Beeinträchtigung ihrer Schuldfähigkeit auch durch überzeugende Gutachter überzeugt. Denn, wie **Montesquieu** in den „lettres persanes“ schreibt, certains fous sont enfermés pour persuader que ceux qui sont dehors ne le sont pas oder wie **La Fontaine** sagte,

Chacun se trompe ici-bas  
On voit courir après l'ombre  
tant de fous qu'on n'en sait pas  
la plupart du temps le nombre

### **Benutzte Literatur**

ANCEL, Le rôle de l'expertise dans l'évolution de la procédure pénale moderne, ZStR 98/133 ss.

BERNHEIN, Les expertises de responsabilité en psychiatrie légale, ZStR 95/337 ff.

BERTSCHI/GEHRIG/VOSSEN, Begutachtung aus juristischer und forensisch-psychiatrischer Sicht, ZStR 97/352 bis 385

BINDER, Die Geisteskrankheit im Recht, Zürich 1952

BINDER, Der juristische und der psychiatrische Massstab bei der Beurteilung der Tötungsdelikte, ZStR 67/307

BLEULER, Lehrbuch der Psychiatrie, Berlin/Heidelberg/New York 1975

DUBS, Zur Stellung und Aufgabe des Psychiaters im Strafverfahren, ZStR 106/357 ff.

DUKOR, Ueber Forschen und Lehren in der forensischen Psychiatrie, ZStR 59/442 ff.

FURGER, Hinweise zum kritischen Umgang mit psychiatrischen Gutachten, ZStR 105/385 ff.

HEIM, Justice pénale et délinquants mentalement anormaux, ZStR 95/350 ff.

HELFENSTEIN, Der Sachverständigenbeweis im schweizerischen Strafprozess, Zürich 1978

REHBERG (Hsg.), Probleme des gerichtspychiatrischen und -psychologischen Gutachtens, Diessenhofen 1976

REHBERG, Fragen bei der Anordnung und Aufhebung sichernder Massnahmen, ZStR 93/164 ff.

WYRSCH, Der Psychiater im Strafverfahren, ZStR 76/233 ff.

## Verzeichnis der bisher im Inforterne erschienenen Referate und Aufsätze

### Anonymus

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

### Aeschlimann Jürg, Prof.

- Referat über die Verhandlungsführung Heft 4

### Arzt Gunther, Prof. Dr. jur.

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

### Binggeli Renate, Generalprokurator-Stellvertreterin

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

### Brun Alex, Kammerschreiber

- Die Zahlungsfähigkeit Heft 11, S. 27 - 32

### Burri Michael, Handelsgerichtsschreiber

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

### Cavin Marcel, Oberrichter

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

Feller Klaus, Staatsanwalt

- Vortrag über das Unmittelbarkeitsprinzip Heft 2

Flotron Pascal, Staatsanwalt

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

Greiner Georges, Staatsanwalt

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

Haenssler Rolf, Oberrichter

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

Jäggi Andreas, Oberrichter

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

Jester Hansjürg, Staatsanwalt

- Fahren unter Drogen-/Medikamenteneinfluss FUD Heft 4
- Die Vernehmung Heft 6, S. 27 - 33
- Aspekte des Arztrechts Heft 9, S. 56 - 70
- Die Glaubwürdigkeitslehre Heft 12, S. 21 - 43

Kipfer Christof, Staatsanwalt

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

Leu Christian, Kammerschreiber

- Einige Auswirkungen der Mehrwertsteuer auf den gerichtlichen Bereich Heft 6, S. 34 - 40
- Rechtsöffnungsprobleme bei schuldbrieflich gesicherten Forderungen Heft 12, S. 44 - 58

Mathys Heinz Walter, Staatsanwalt

- Computerkriminalität, insbesondere im neuen Vermögensstrafrecht Heft 5

Maurer Thomas, Oberrichter

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

Möckli Urs, Kammerschreiber

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

Naegeli Hans-Jürg, Obergerichtspräsident

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

Rieder François, Oberrichter

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



Schnell Beat, Staatsanwalt

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

Sollberger Jürg, Oberrichter

- Das Unmittelbarkeitsprinzip als gesetzliche Vorgabe und seine Umsetzung in der Praxis Heft 1, S. 23 - 36
- Einige Grundgedanken zur Revision des Allgemeinen Teils des StGB Heft 3
- Opportunitätsprinzip und Legalitätsprinzip und die polizeiliche Generalklausel Heft 13, S. 15 - 43

Staatsanwaltschaft des Kantons Bern

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

Trenkel Christian, Generalprokurator-Stellvertreter

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

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

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

Walter Hans Peter, Bundesrichter

- Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht Heft 3

Weber Markus, Generalprokurator

- Erwartungen an ein psychiatrisches Gutachten aus der Sicht der Justiz

Heft 13, S. 44 - 61

Zinglé Jürg, Untersuchungsrichter

- Beschränkung des Verfahrens auf den Scheidungspunkt?

Heft 2