

# I N F O I N T E R N E

Informationen, Referate und Aufsätze  
aus der Bernischen Justiz

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

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

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

Redaktion:

Weiterbildungskommission des Bernischen Obergerichts

(Vorsitz: Oberrichter J. Sollberger; 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)

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)

H E F T 14 / W I N T E R 1999

L I V R E 14 / H I V E R 1999

## Inhaltsübersicht

Zum Jahreswechsel 1999/2000	3
-----	
Kursprogramm 2000	4
-----	
Programme des cours 2000	7
-----	
Hinweise auf "auswärtige" Weiterbildungsveranstaltungen	10
-----	
Procédure de recours en matière de tutelle et d'adoption <i>Michel Girardin, Oberrichter</i>	11
-----	
Rechtsöffnungsprobleme bei schuldbrieflich gesicherten Forderungen II. Teil <i>Christian Leu, Kammerschreiber</i>	33
-----	
Kurze Darstellung des Waffengesetzes <i>Charles Haenni, Staatsanwalt</i>	45
-----	
Internationale akzessorische Rechtshilfe in Strafsachen <i>Michel-André Fels, Staatsanwalt</i>	67
-----	
Verzeichnis der bisher im Infointerne erschienenen Referate und Aufsätze	80
-----	

## Zum Jahreswechsel 1999 / 2000

Die Weiterbildungskommission wünscht den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Bernischen Justiz und allen Leserinnen und Lesern des Infointerne einen guten Rutsch ins nächste Jahrtausend und viele interessante Momente beim Lesen der Aufsätze dieser Ausgabe.

## Kursprogramm 2000

- Kurs 1:** **Check- und Kreditkartenmissbrauch**  
offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und BAV  
Referate, Übungen und Seminare  
Kursleitung: OR Sollberger unter Mitwirkung des UBS AG VISA Center  
ReferentInnen: Frau Dr. G. Schild, Frau OR Wüthrich und weitere  
Dauer: 1 Tag  
Termin: Dienstag, 6. Juni 2000, 09.00 - 16.00 Uhr  
Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal
- Kurs 2:** **Zum Spannungsfeld Justiz - Polizei, Verdeckte Fahndung, V-Mann, Zeugenpflicht und anderes mehr**  
Referate, Übungen und Diskussionen  
Kursleitung: OR Sollberger, lic. iur. P. Baumgartner, Chef Kriminalabteilung  
Kapo Bern  
Dauer: 1 Tag  
Termin: Mittwoch, 13. September 2000, 09.00 - 16.00 Uhr  
Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal
- Kurs 3:** **Probleme des Konkursrichters**  
(in französischer Sprache)  
offen für Magistratspersonen der Kantone Bern, Jura und  
Neuenburg sowie deren Mitarbeiter sowie französischsprachige  
Mitglieder des BAV  
Kursleitung: Professor Pierre-Robert Gilliéron  
Dauer: 1 Tag  
Termin: Donnerstag, 19. Oktober 2000  
Kursort: Hotel Elite in Biel, Bahnhofstrasse 14

**Kurs 4:** **Aktuelle verfahrensrechtliche Fragen**  
offen für Mitglieder BAV und Justiz  
Kursleitung: Ch. Trenkel  
Referenten: Prof. Dr. Franz Riklin, Universität Freiburg und Dr. Frank Schürmann, Bundesamt für Justiz  
Dauer: 1/2 Tag  
Termin: Mittwoch, 1. November 2000 ab 14.00 Uhr  
Kursort: Aula Freies Gymnasium

**Kurs 5:** **Erste Erfahrungen mit dem neuen Scheidungsrecht/ Mediation**  
offen für Mitglieder BAV und Justiz  
Referenten: GP Bähler, OR Jäggi, Fsp. Dr. Amberg, Fsp. Affolter und Frau Dr. Reusser  
Dauer: 1 Tag  
Termin: Mittwoch, 15. November 2000, 08.30 - 16.30 Uhr  
Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal

**Hinweis:**

**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.**

**Anmeldung:**

Bitte Anmeldung rechtzeitig einsenden.



Ich melde mich für die Teilnahme an folgendem Kurs für 2000 an:  
(mehrere Kursanmeldungen möglich)

- Kurs 1
- Kurs 2
- Kurs 3
- Kurs 4
- Kurs 5

Für den Fall, dass ich für den gewünschten Kurs nicht mehr berücksichtigt werden kann, möchte ich an folgendem Kurs teilnehmen:

Weitere Alternative: Kurs Nr. \_\_\_\_\_  
Kurs Nr. \_\_\_\_\_

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

---



---



---

Name: \_\_\_\_\_

Vorname: \_\_\_\_\_

Funktion: \_\_\_\_\_

Amtsstelle: \_\_\_\_\_

**Einsenden bis 31. Januar 2000 an:**

Obergericht des Kantons Bern  
Sekretariat der Weiterbildungskommission  
Hochschulstrasse 17  
3012 Bern

## **Programme des cours 2000**

- Cours 1:**                    **Abus de cartes-chèques et de cartes de crédit**  
ouvert aux magistrats de la justice bernoise et pour les  
membres de l'AAB  
conférences, exercices et séminaires
- Direction du cours: M. le Juge d'appel Sollberger avec le concours de l'UBS SA Visa  
Center
- Conférenciers: Mme G. Schild, Docteur en droit, Mme D. Wüthrich, Juge  
d'appel et autres
- Durée: 1 jour
- Date: mardi 6 juin 2000 de 09h00 à 16h00
- Lieu: Amthaus Berne, Salles des assises
- 
- Cours 2:**                    **Point de tension entre justice et police, recherches  
dissimulées, agent infiltré, obligation de témoigner et autres  
problèmes**  
conférences, exercices et discussions
- Direction du cours: M. le Juge d'appel Sollberger, lic. iur. P. Baumgartner, chef de la  
section criminelle Kapo Berne
- Durée: 1 jour
- Date: mercredi 13 septembre 2000 de 09h00 à 16h00
- Lieu: Amthaus Berne, Salles des assises
- 
- Cours 3:**                    **Les problèmes du Juge de la faillite**  
(en langue française)  
ouvert aux magistrats de la justice civile bernoise, jurassienne et  
neuchâteloise ainsi qu'à leurs collaborateurs et collaboratrices.  
Sur requête pour les membres francophones de l'AAB
- Direction du cours: M. Pierre-Robert Gilliéron, Professeur honoraire
- Durée: 1 jour
- Date: jeudi 19 octobre 2000
- Lieu: Hôtel Elite à Bienne, rue de la Gare 14

**Cours 4:**                    **Questions actuelles relatives au droit de procédure**

ouvert aux magistrats de la justice bernoise et pour les membres de l'AAB

Direction du cours: M. le Procureur général suppléant Ch. Trenkel  
Conférenciers: Prof. Dr. Franz Riklin, Université de Fribourg et Dr. Frank Schürmann, Office fédéral de la Justice  
Durée: 1/2 jour  
Date: mercredi 1er novembre 2000 dès 14h00  
Lieu: Aula du „Freies Gymnasium“

**Cours 5:**                    **Premières expériences relatives au nouveau droit du divorce/médiation**

ouvert aux magistrats de la justice bernoise et pour les membres de l'AAB

Conférenciers: M. le Président du Tribunal Bähler, M. le Juge d'appel Jäggi, Me Amberg, Me Affolter et Mme Ruth Reusser, Docteur en droit  
Durée: 1 jour  
Date: mercredi 15 novembre 1999 de 08h30 à 16h30  
Lieu: Amthaus Berne, Salles des assises

**Informations:**

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

**Inscription:**

Veillez svpl envoyer votre inscription à temps.



Je participerai au cours suivant en 2000 (possibilité de s'inscrire à plusieurs cours):

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

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

Autre alternative: Cours N° \_\_\_\_\_  
Cours N° \_\_\_\_\_

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

---



---



---

Nom: \_\_\_\_\_

Prénom: \_\_\_\_\_

Fonction: \_\_\_\_\_

Lieu: \_\_\_\_\_

**A RENVOYER JUSQU'AU 31 JANVIER 2000:**

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

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

2000 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 für die Kreditsprechung zuständige Stelle 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.

- 9./10. März 2000: Fortsetzung „Bankgeschäfte“/Wirtschaftskriminalität
- 2./3. März 2000: Der Beweis im Zivilprozess

### **2. Schweizerischer Juristenverein**

p.m.

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

p.m.

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

- Jahrestagung am 11./12. Mai 2000 in St. Gallen, Thema: Ausländerkriminalität
- Instruktionstagung in deutscher Sprache am 16./17. November 2000, Ort wird später bekannt gegeben, Thema: Das psychiatrische Gutachten

### **5. Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie**

8. - 10. März 2000 in Interlaken, Congress-Center-Casino: „Gemeingefährliche“ Straftäter

### **6. Berner Forum für Kriminalwissenschaften**

Abendveranstaltungen gem. Programm, donnerstags 19.15 Uhr, HS 57 Uni Bern

### **7. BAV**

Neue Entwicklungen im Wirtschaftsrecht, 14./21. und 28. Januar 2000, jeweils 17.00 Uhr

### **8. Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich**

- Der geistig abnorme Täter im Strafverfahren und Strafvollzug, 18.1. und (W) 21.1.2000
- Beweiswürdigungsprobleme bei Beziehungsdelikten, 14.3. und (W) 17.3.2000
- Neue Kommunikationstechnologien: Hindernis oder offene Türen für die Strafverfolgung, 11.4. und (W) 14.4.2000

Michel Girardin, Juge d'appel

## **Procédure de recours en matière de tutelle et d'adoption**

### **Bases légales**

Le 21 avril 1993, afin de se conformer à l'art. 6 ch.1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), le Conseil-exécutif promulguait **l'Ordonnance sur l'adaptation des compétences des autorités judiciaires civiles à la CEDH** dont l'article premier stipulait:

*"Les décisions et les décisions sur recours rendues par le préfet ou la préfète en matière de tutelle conformément à la loi du 28 mai 1911 sur l'introduction du Code civil suisse (LiCCS) sont susceptibles de recours dans un délai de 10 jours devant la Cour d'appel de la Cour suprême.*

*Les décisions et les décisions sur recours rendues par la Direction de la justice en matière d'adoption conformément aux articles 264 à 269b CCS sont susceptibles de recours dans un délai de 30 jours devant la Cour d'appel de la Cour suprême.*

*La procédure est régie par les dispositions de l'article 23a, 3<sup>ème</sup> alinéa LiCCS qui s'appliquent par analogie."*

Cette ordonnance, approuvée par le Conseil fédéral le 26 mai 1993, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 1993 et restait applicable jusqu'au 31 décembre 1996, date de l'entrée en vigueur des dispositions révisées de la LiCCS (art. 112 ch. 59 LOJ).

Effectivement, dans le cadre de la réorganisation judiciaire, le législateur a procédé à la révision partielle de la LiCCS. Il a précisé la possibilité d'un recours devant la Cour d'appel de la Cour suprême dans les cas suivants:

- décisions préfectorales concernant le retrait ou le rétablissement de l'autorité parentale (art. 23a);
- décisions sur recours de la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques (JCE) en matière de placement d'enfants (art. 26c al. 3);
- décisions et décisions sur recours de la JCE en matière d'adoption (art. 26e);
- décisions et décisions sur recours rendues par le préfet concernant *"les autres affaires relevant de la tutelle"* (art. 40a al. 3).

Sur le plan procédural, la LiCCS apporte les précisions (ou plus précisément les confusions) suivantes:

- L'art. 23a al. 3 (retrait ou rétablissement de l'autorité parentale) dont la teneur est la suivante:

*"Le Cour d'appel ordonne d'office les compléments d'enquête nécessaires à la constatation des faits et les mesures d'administration des preuves qui lui paraissent opportunes; elle donne aux parties l'occasion de se déterminer. Dès que le dossier est complet, elle statue et notifie son arrêt aux parties (en allemand: **den Beteiligten**) et au préfet."*

- en matière de placement d'enfants, la LiCCS précise
  - *"Les dispositions de l'article 23a, 3<sup>ème</sup> alinéa sont applicables **par analogie** à la procédure" (art. 26c al. 3 in fine).*
  - *"Pour ce qui est de la compétence et de la procédure, les voies de recours en matière de placement d'enfants sont régies par la présente loi, par la loi sur la procédure et la juridiction administrative **et par le Code de procédure civile du canton de Berne.**" (CCP selon la nouvelle abréviation adoptée par le législateur) (art. 26d).*
- en matière d'adoption (art 26e al.2) et des "autres affaires relevant de la tutelle" (art. 40a al 3 in fine), l'art. 23a est applicable **par analogie**.

### **Décision du plenum de la section civile du 15 septembre 1995**

Ainsi, l'autorité judiciaire civile s'est trouvée pour la première fois dans la situation de devoir examiner des décisions rendues par des autorités administratives qui, de plus et dans certains cas, ont elles-mêmes jugé en deuxième instance (jugement du préfet suite à un recours contre une décision de l'autorité tutélaire).

L'Ordonnance du 21 avril 1993 ne réglant que très imparfaitement les questions de procédure résultant de cette nouvelle situation, la Cour d'appel, ne pouvant attendre la révision de la LiCCS, a constitué un petit groupe de travail qui s'est assuré la collaboration du Prof. Dr.

Ulrich Zimmerli. Les problèmes posés ont été examinés avant tout sous l'angle de la conformité à la CDEH.

Ce groupe de travail a considéré qu'il s'agissait d'un recours administratif (Beschwerde) au sens des articles 60 ss de la loi sur la procédure et la juridiction administrative (LPJA) et que la Cour d'appel devait être considérée comme une "*autre autorité de justice administrative indépendante de l'administration*" au sens de l'article 85 LPJA. En conséquence et conformément à l'article 86 LPJA, ce recours était soumis aux règles de procédure de la LPJA et non à celles du Code de procédure civile.

Sur la base du rapport présenté par ce groupe de travail, le Plenum de la section civile, dans sa séance du 15 septembre 1995, prenait les décisions suivantes:

1. *"Pour les recours selon l'Ordonnance sur l'adaptation des compétences des autorités judiciaires civiles à la CEDH du 21 avril 1993, la Cour d'appel applique, pour autant que cette ordonnance ne contienne pas des dispositions particulières, la loi sur la procédure et la juridiction administrative, notamment les dispositions concernant la procédure devant le Tribunal administratif (art. 74 à 84 LPJA). La Cour d'appel examine également les décisions sous l'angle de l'inopportunité."*
2. *"La Cour d'appel applique également le principe mentionné sous chiffre 1 dans les cas mentionnés aux articles 22 à 23a LiCCS (retrait et rétablissement de l'autorité parentale par le préfet)"*
3. *"Les dispositions de la LPJA s'appliquent au recours introduit devant la Cour d'appel après le 1<sup>er</sup> octobre 1995 ainsi qu'aux procédures encore pendantes devant la Cour d'appel au 1<sup>er</sup> octobre 1995" (traduction).*

Le 12 septembre 1997, le Plenum de la section civile apportait les précisions suivantes:

- les avances de frais selon l'art. 105 LPJA étaient fixées entre fr. 500.- et fr. 1'000.-.
- il devait être renoncé à une avance dans les cas où la procédure pouvait être gratuite (notamment en cas de recours de l'autorité tutélaire ou s'il apparaissait d'emblée que la personne concernée pouvait bénéficier de l'assistance judiciaire).

- Une audience des débats ne devait être fixée que si elle était expressément réclamée. L'avance était en principe de fr. 500.- en cas de procédure sans débats et de fr. 1'000.- si une audience était réclamée.

En fait, le texte révisé de la LiCCS n'a apporté aucun éclaircissement et l'ambiguïté subsiste. Au vu des nombreux problèmes rencontrés dans la pratique, le Plenum de la section civile a décidé de procéder à un nouvel examen en vue de fixer d'une manière plus précise les règles de procédure à appliquer. **Les décisions finalement prises sont résumées, en deux langues, à la fin de ce commentaire.**

### **Révision de la LiCCS**

A l'étude des travaux préparatoires, il est apparu d'emblée que l'interprétation donnée par le Prof. Dr. Ulrich Zimmerli et retenue par le Plenum des Chambres pénales - si elle satisfait aux exigences de la CEDH (elle a été en fait examinée principalement sous cet angle) -, **est en totale contradiction avec l'intention du législateur bernois, telle qu'elle s'est clairement manifestée lors de l'élaboration de la réforme judiciaire plus spécialement lors de la révision de la LiCCS.**

En effet, **le rapport de la DJCE au Conseil-exécutif à l'intention du Grand Conseil d'avril 1994**, rapport fondé lui-même sur celui de la Commission d'experts concernant la réorganisation de l'administration de la justice et des tribunaux, précise ce qui suit au sujet de l'art. 23a LiCCS:

*"Le terme de "recours" ne désigne pas une nouvelle voie de droit - il s'agit dans tous les cas de la voie de droit ordinaire de l'appel au sens du CPC - mais a été choisi pour tenir compte du fait qu'en règle générale l'appel au sens du CPC présuppose un jugement rendu par un tribunal civil. ... l'article 335, 1<sup>er</sup> alinéa CPC déjà prévoit que "l'appel est recevable ... pour les contestations ... qu'une disposition légale particulière déclare susceptible d'appel". **Nous sommes donc bien en présence d'un appel chaque fois que la Cour d'appel connaît en deuxième instance des décisions et des décisions sur recours rendues par la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques (...) ou par le préfet (...).**(rapport précité, ad. art. 23a, page 62)*

Ce rapport a été adressé sans aucune modification au Grand Conseil et publié (Tagblatt des Grossen Rates, 1994, annexe 43, p. 8).

Il ressort enfin du procès-verbal des séances du Grand Conseil que ce problème n'a soulevé aucune discussion et que les articles concernés, notamment les articles 23a et 40a LiCCS, ont été acceptés sans aucune modification, selon les procès-verbaux des 8 novembre 1994 (première lecture) et 14 mars 1995 (deuxième lecture).

Les deux rapports précités qui sont sur tous ces points absolument semblables précisent encore à plusieurs reprises (remarques ad art. 23a, 26c, 26d, 40a):

*"En matière de droit procédural, les dispositions applicables sont avant tout celles de la LiCCS. La procédure devant les autorités administratives et les autorités de justice administratives est également régie par la LPJA, **alors que le CPC s'applique à la procédure de recours devant la Cour d'appel de la Cour suprême**".... Toutefois ces cas de "recours" comportent certaines particularités".*

En ce qui concerne le recours en matière de placement d'enfants, la loi prévoit expressément l'application du CPC (art. 26d LiCCS).

**En conséquence, selon la volonté clairement exprimée du législateur, la procédure de recours est soumise au CPC et non à la LPJA et doit être traitée comme un appel ordinaire, sous réserve de certaines particularités.**

Selon les rapports précités, la base légale permettant d'introduire de nouvelles possibilités d'appel se trouve à l'article 335 al. 1 CPC qui précise que *"l'appel est recevable ... pour les contestations ... qu'une disposition légale particulière déclare susceptible d'appel"*.

Ce point de vue est **confirmé par le Tribunal fédéral** dans un arrêt du 26 septembre 1995 dans l'affaire S. contre Autorité tutélaire de N. (décision de la IIème Chambre civile no 306/1995):

*"Der Appellationshof des Obergerichts übt gemäss Art. 98 des Kantonsverfassung die Zivilgerichtsbarkeit aus. Er ist somit nicht Verwaltungsjustizbehörde, weshalb verwaltungsrechtliche Streitigkeiten nur durch Gesetz in seine Zuständigkeit gelegt werden*

*könnten (Art. 100 Abs. 2 Kantonsverfassung). Als Organ der Zivilgerichtsbarkeit aber muss er notwendigerweise die Zivilprozessordnung anwenden".*

## **Règles de procédure**

### **a) Les parties au procès**

Les recours portent toujours sur une décision rendue soit par le préfet (en matière de tutelle), soit par la JCE (en matière d'adoption). Il s'agit dès lors des autorités de première instance (puisque'il n'y a en principe pas plus de deux instances en procédure cantonale) qui ne peuvent en aucun cas être parties dans la procédure de recours devant la Cour d'appel.

Il peut toutefois s'agir de décisions sur recours. En matière de tutelle par exemple, de nombreuses décisions restent de la compétence de l'autorité tutélaire. Celle-ci peut agir d'office ou sur requête d'un tiers (par exemple un proche parent). C'est également elle qui le plus souvent requiert les mesures prise par le préfet. Il s'agit donc d'une **procédure non contentieuse**, tout au moins lorsque la décision n'intervient pas sur requête d'un tiers.

Il s'agit dès lors de définir quelle est la position de l'autorité tutélaire dans la procédure de recours. En effet, l'article 23a LiCCS lui accorde le droit de recourir contre les décisions du préfet. Par ailleurs, c'est elle qui, le plus souvent, a décidé ou proposé la mesure contestée par la personne concernée. Elle est donc directement intéressée. De plus, la loi lui octroie expressément le droit de présenter sa position par écrit et de recevoir la notification du jugement.

Dès lors, la question se pose de savoir si l'autorité tutélaire acquiert la qualité de partie dans la procédure de recours devant la Cour d'appel. L'article 23a al. LiCCS parle de partie adverse ("Gegenpartei") et l'alinéa 3 parle de partie (Beteiligten), ce qui ne fait qu'augmenter la confusion.

Dans les rapports précités, ad articles 26c et 26d, il est précisé:

*"Etant donné que "la procédure initiale", qui est une procédure administrative, n'oppose pas deux parties comme dans le cas d'une procédure civile, il s'agit, en ce qui concerne la qualité*

*pour recourir, de se fonder sur le terme de "partie" défini à l'article 12 LPJA, ce qui signifie que les "conditions matérielles" au sens du deuxième alinéa doivent être remplies. Ainsi, le droit d'attaquer une décision devant la Cour d'appel n'est pas limité aux personnes qui ont participé à la procédure initiale (art. 12, 2<sup>ème</sup> alinéa, lit. a LPJA), mais à quiconque qui est touché par la décision ou la décision sur recours"*

Ainsi, il serait concevable d'admettre que l'autorité tutélaire n'a pas la qualité de partie au sens du CPC et ne pourrait exercer que les droits qui lui sont expressément accordés dans la LiCCS. Il n'est pas évident non plus, pour des questions psychologiques, de considérer l'autorité tutélaire comme "l'adversaire" de la personne contre qui les mesures sont prises. D'un autre côté, il paraît assez peu logique de refuser la qualité de partie à la personne ou à l'autorité qui recourt. Il est assez peu concevable qu'une autorité qui peut, comme nous le verrons plus loin, motiver son recours ou se prononcer sur le recours de l'intéressé ou d'un tiers, ne soit pas citée à une éventuelle audience ou ne puisse pas exercer d'autres droits de partie comme. par exemple, celui de requérir des compléments de preuve ou de demander la récusation d'un juge.

Une solution serait de considérer qu'une procédure non contentieuse le devient lorsqu'une décision est attaquée, comme le défendent certains auteurs. Ainsi, l'autorité tutélaire acquerrait, par le recours, la qualité de partie devant la Cour d'appel. Elle serait toutefois soumise à des dispositions particulières en ce qui concerne les frais et les dépens. Cela pourrait s'appliquer à tous les tiers intéressés qui recourent, même s'ils n'ont pas participé à la procédure de première instance.

Cette solution semble être d'une application courante lorsque l'autorité qui intervient dans la procédure défend directement les intérêts de l'Etat, par exemple en matière fiscale, en matière de construction et de protection de l'environnement ou en matière de sécurité publique. Or, en l'espèce, l'autorité tutélaire protège des intérêts privés. Toutefois, la référence du législateur à l'article 63 CPC (voir ci-après) qui prévoit les cas où l'Etat est demandeur ou intervient au procès pour la sauvegarde de l'intérêt public tendrait à confirmer que la fonction de l'autorité tutélaire reste d'intérêt public et qu'elle peut véritablement exercer tous les droits de partie.

Dans tous les cas, le législateur a voulu que le droit de recours soit plus large que d'ordinaire dans les procédures civiles.

En fin de compte, le débat paraît quelque peu académique. Ce qui importe c'est de savoir quels sont les droits que le législateur accorde à l'autorité tutélaire. Soit celle-ci a la qualité de partie avec certaines restrictions découlant de la nature particulière de cette procédure, soit elle n'est pas formellement partie mais la loi lui octroie les droits de partie les plus essentiels, de sorte qu'elle doit être traitée comme telle.

**En conséquence, le plenum de la section civile a finalement décidé de lui accorder, en procédure de recours et de fait, les droits de partie, sous réserve de la question des frais et dépens ainsi que des droits qui découlent directement de l'application de la CEDH.**

**b) Procédure écrite - Audience des débats**

L'appel ordinaire ne prévoit pas de procédure écrite. Toutefois, l'article 23a LiCCS fixe des règles qui concernent typiquement une telle procédure lorsqu'il mentionne à l'alinéa premier: "*Le recours peut être motivé par écrit. La possibilité doit être donnée en pareil cas à la partie adverse de déposer une défense écrite*". L'alinéa 3 précise encore que "*la Cour d'appel donne aux parties l'occasion de se déterminer. Dès que le dossier est complet, elle statue et notifie son arrêt aux parties et au préfet*". En fait, le législateur a repris la formulation de l'article 36 LiCCS qui concerne la procédure d'interdiction.

Comme déjà relevé, les règles de la LiCCS sont considérées comme *lex specialis* qui priment les dispositions du CCS. Il faut en déduire que le législateur a voulu déroger à la règle générale. La procédure écrite est donc la règle.

Cependant, une audience reste toujours possible si la Cour souhaite entendre les parties. Une question plus délicate est de savoir si les parties, elles, peuvent exiger une telle audience. Contrairement aux cas d'interdiction pour lesquels la décision de première instance est rendue par le président du Tribunal, la Cour d'appel est, au niveau cantonal, la première et la seule autorité judiciaire indépendante et impartiale au sens de l'art. 6 CEDH, dans les affaires de tutelles et d'adoption. Selon cette disposition, "*Toute personne a droit à ce que sa cause*

*soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, **soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit...***".

Ainsi, la personne concernée peut exiger d'être entendue. Selon la jurisprudence en matière de privation de liberté à des fins d'assistance qui repose sur le même principe, cette audition ne peut se faire par délégation, mais par l'ensemble du tribunal qui connaît du cas (ATF 115 II 129), de sorte qu'une audience des débats devient obligatoire.

Toutefois, le droit d'exiger d'être entendu tel que l'exige la CEDH ne concerne en principe que la personne qui fait l'objet de la mesure qui porte atteinte à ses droits de caractère civil. La question de savoir si l'état ou une corporation de droit public peut se prévaloir de l'article 6 CEDH doit être niée car, selon l'article 26 CEDH, le droit d'introduire une requête devant la Commission n'appartient qu'aux personnes physiques, aux organisations non gouvernementales et à tout groupe de particuliers... (cf. Peukert: EMRK-Kommentar ad art. 6 note 4 p. 156).

L'autorité tutélaire ne pourrait alors pas exiger une procédure orale. Toutefois, en raison du principe général de procédure de l'égalité de traitement, si une audience est tenue, toutes les parties doivent avoir la possibilité d'être entendues. La question est plus délicate en ce qui concerne le tiers intéressé. Selon Peukert (op.cit.), le droit d'action appartient, dans les procédures contentieuses aux parties "*D. h. also, dass im Streitverfahren die Prozessparteien ... als anspruchsberechtigt in Frage kommen*". Cette solution paraît logique, car ce tiers peut être lui-même lésé dans ses droits par la décision judiciaire (par exemple, lorsqu'une personne demande des mesures tutélaires à l'encontre d'un proche qui n'a plus la capacité de gérer ses biens).

**Compte tenu de tous ces éléments, la Cour d'appel a décidé de maintenir sa pratique actuelle, à savoir de juger l'affaire en procédure écrite à moins que l'une des parties, à l'exclusion de l'autorité tutélaire, ne demande expressément la tenue d'une audience des débats.**

c) **Maxime inquisitoriale**

L'article 23a al. 3. LiCCS mentionne expressément que *la Cour d'appel ordonne d'office les compléments d'enquête nécessaires à la constatation des faits et les mesures d'administration des preuves qui lui paraissent opportunes*". Cela signifie clairement qu'il y a lieu d'appliquer la maxime inquisitoriale (Untersuchungsmaxime) et non la maxime des débats (Verhandlungsgrundsatz). Ce principe est expressément confirmé dans les rapports des travaux préparatoires.

Le pouvoir d'examen de la Cour est total, même si, comme dans d'autres affaires de même nature, il est tenu compte du fait que le juge de première instance qui souvent connaît les parties, a une meilleure perception du cas.

Il faut relever que, contrairement à la LPJA et même à la procédure fédérale, la procédure civile bernoise ne prévoit pas de solliciter une prise de position de l'autorité qui a rendu la décision contestée (sauf dans le cas de pourvoi en nullité). Ainsi, ni le préfet, ni la JCE ne doivent être consultés.

#### **d) Délais d'appel**

Il sont fixés dans la LiCCS et dérogent dans certains cas à celui de l'appel ordinaire, notamment en matière d'adoption:

- retrait et rétablissement de l'autorité parentale: 10 jours (art. 23a al. 1);
- placement d'enfants: 30 jours (art. 26c al. 3);
- adoption: 30 jours (art. 26e al. 1);
- autres affaires relevant de la tutelle: 10 jours (art. 40a al. 3).

#### **e) Effet suspensif**

L'appel a un effet suspensif. (art. 336a al. 1 CPC a contrario). Le président de la Cour peut ordonner **des mesures préliminaires ou provisoires** (art. 8 al. 1 et 2 et 327 al 1 CPC).

Comme il ne s'agit pas d'un recours administratif, l'art. 68 al 2 LPJA ne s'applique pas. **Le préfet ne peut pas ordonner qu'un recours éventuel n'ait pas d'effet suspensif.**

#### **f) L'appel incident**

Rien ne s'oppose au dépôt d'un appel incident au sens de l'article 340 al. 2 CPC. A titre d'exemple, on peut citer le cas d'une demande de mise sous tutelle qui aboutit à une décision de mise sous curatelle: si la personne concernée s'y oppose et recourt, le tiers intéressé, requérant, peut se joindre à l'appel.

#### **g) Frais de procédure**

Il s'agit là d'un problème qui a fortement préoccupé la Cour et qui, à l'époque, a certainement influencé la décision d'appliquer la procédure administrative.

Les rapports dont il a déjà été question contiennent des précisions importantes à ce sujet:

*"En ce qui concerne l'attribution des frais, il convient de tenir compte du fait qu'en matière de tutelle, l'activité administrative est, de par la nature même des procédures, au service du droit privé (et qu'il ne s'agit pas de "juridiction contentieuse). Etant donné que dans ce domaine, les communes assument des tâches que la Confédération a déléguées aux cantons, sur mandat de ce dernier, il est justifié d'appliquer également à leur égard les dispositions procédurales relatives à l'attribution des frais au canton en matière de tutelle. Ainsi, dans le champ d'application de la LPJA, les autorités tutélaires des communes doivent être considérées comme organes de l'Etat au sens de l'article 2 1<sup>er</sup> alinéa, lettre a LPJA, et ne supporter en principe aucun frais de procédure conformément à l'article 108, 2<sup>ème</sup> alinéa, 1<sup>ère</sup> phrase. En procédure de recours, la disposition applicable est **l'article 63 CPC** dont Leuch précise de manière lapidaire la portée: "en particulier lorsque le Ministère public est intervenu dans un excès de zèle" (traduction). (A noter que Marbach et Kellerhals renvoient simplement à l'article 53 CPC.) Il convient toutefois de conférer une portée générale à cette idée et notamment de l'étendre à toutes les autorités qui agissent dans l'intérêt de la collectivité en matière de tutelle".*

*"Les autorités tutélaires des communes tombent elles aussi sous le coup de cette disposition, de sorte **qu'elles n'ont à supporter les frais que lorsqu'elles ont pris des mesures ou attaqué une décision sans motif valable**. Si cette solution n'était pas adoptée, il y aurait lieu de craindre que les autorités agissent avec davantage de retenue encore, notamment*

*dans le domaine de la protection de l'enfance, par crainte de devoir supporter des frais au cas où elles succomberaient dans une procédure."*

En conséquence:

- Si la mesure est confirmée ou ordonnée, la personne concernée supporte les frais, sous réserve de l'assistance judiciaire.
- Si la personne concernée obtient satisfaction, les frais de procédure sont mis à la charge de l'Etat et ne peuvent être mis à la charge de l'autorité tutélaire que si celle-ci a elle-même recouru et que son recours est manifestement abusif (en cas de recours par la personne concernée, la décision de l'autorité tutélaire, confirmée par le préfet, peut difficilement être considérée comme arbitraire).
- Les frais peuvent être mis la charge du tiers qui a requis la mesure, conformément aux règles générales de la procédure civile, y compris l'article 58 alinéa 3 CPC.

#### **h) Avance de frais**

En principe, en cas d'appel ordinaire les deux parties doivent faire une avance de frais. Or, l'autorité tutélaire ne pouvant, dans la règle, pas être condamnée aux frais de procédure, il n'est donc pas possible d'exiger d'elle une avance, même lorsqu'elle interjette appel. Dans un tel cas, il se justifie de faire une exception pour la personne concernée. Il serait en effet choquant, alors qu'elle a obtenu satisfaction devant le préfet, de lui réclamer une avance, l'autorité qui n'a pas obtenu satisfaction en étant dispensée. En conséquence, en cas de recours de l'autorité tutélaire, aucune avance de frais ne doit être réclamée.

En revanche, et sous réserve de l'assistance judiciaire, il n'y a aucune raison de ne pas réclamer une avance à la personne concernée qui recourt ou aux deux parties si la mesure a été requise par un tiers qui participe à la procédure.

Il paraît également tout à fait logique que si, après une deuxième sommation, la partie appelante ne verse pas l'avance requise, elle soit déclarée **défaillante** et l'appel considéré comme retiré.

## i) Les dépens

Si l'on veut maintenir un système cohérent et ne pas tenir compte de l'intérêt financier de l'Etat (ce dont le législateur ne semble pas trop se soucier dans le domaine des droits du justiciable) l'application des principes ci-dessus entraîne les conséquences suivantes:

- **Si la personne concernée recourt et succombe,**
  - elle supporte ses dépens, sous réserve de l'assistance judiciaire;
  - en principe elle devrait participer aux dépens du tiers requérant si celui-ci participe à la procédure d'appel, mais avec beaucoup de réserve.
  - Il n'est pas alloué de dépens à l'autorité tutélaire.
  
- **Si la personne concernée recourt et obtient satisfaction,** ses dépens sont à supporter
  - par l'Etat (l'autorité tutélaire ne peut pas être déclarée responsable d'une fausse décision du préfet, même si elle a elle-même pris une telle décision confirmée par le préfet ou si elle a requis la mesure auprès du préfet),
  - éventuellement par le tiers requérant.
  
- **Si l'autorité tutélaire recourt et n'obtient pas satisfaction,**
  - l'Etat devra payer les dépens de la personne concernée;
  - l'autorité tutélaire ne pourra supporter ces dépens que si elle a manifestement pris des mesures ou attaqué une décision sans motif valable (il est possible de se montrer plus strict en deuxième instance, comme en matière d'octroi de l'assistance judiciaire).
  
- **Si l'autorité tutélaire recourt et obtient satisfaction** (cas le plus délicat),
  - l'intéressé doit supporter ses propres dépens, sous réserve de l'assistance judiciaire. (L'intéressé doit assumer les conséquences de son opposition aux mesures tutélaires prises à son encontre; si l'autorité tutélaire recourt contre une décision préfectorale et obtient satisfaction, c'est qu'elle a proposé des mesures justifiées que le préfet n'aurait pas refusées si l'intéressé avait été d'accord).

- Il n'est pas alloué de dépens à l'autorité tutélaire
- **Si le tiers recourt**, il y lieu d'appliquer les règles générales de la procédure civile: le perdant supporte les dépens de l'autre partie. Il est possible de faire preuve de souplesse, l'article 58 al. 3 CPC pouvant être appliqué.

### **Conclusions**

Il ressort de tout ce qui précède que cette procédure de recours reste boiteuse et qu'elle ne peut que difficilement s'intégrer dans un système cohérent. Le début de la procédure est non contentieuse et menée par des autorités administratives. Elle est ensuite transmise à une autorité judiciaire qui doit en principe appliquer la procédure civile avec des règles spéciales qui doivent s'inspirer de la LPJA.

La solution qui une nouvelle fois s'impose est la création d'une juridiction administrative de première instance. Cela ne signifie par la suppression des préfets qui resteraient notamment autorité de surveillance des communes et autorité compétente pour assurer la sécurité ou délivrer les différents permis. En revanche, ils n'auraient plus de compétences juridictionnelles, celles-ci étant confiées à un juge administratif qui aurait la qualité de tribunal indépendant et impartial au sens de la CEDH. Les recours, qu'ils soient administratifs ou de droit civil, pourraient être traités selon les procédures respectives, sans qu'il soit nécessaire d'envisager toutes sortes de particularités.

## Cour suprême du canton de Berne

### Section civile

#### Procédure de recours (Weiterziehung) en matière de tutelle et d'adoption.

Après une nouvelle étude des travaux préparatoires concernant la révision de la Loi sur l'introduction du Code civil suisse (LiCCS), le plenum des Chambres civiles, dans sa séance du 12 novembre 1999, a pris les décisions suivantes (en modification des décisions prises le 15 septembre 1995):

1. **La procédure de recours est soumise au Code de procédure civile (CPC)** et non à la Loi sur la procédure et juridiction administrative (LPJA), sous réserve de certaines particularités résultant de la LiCCS et de la nature même d'une telle procédure.
2. Il s'agit en principe d'une **procédure d'appel ordinaire**
  - I. Cette procédure d'appel comprend les **particularités suivantes**:
    - a) **Les parties au procès**
      - Il s'agit formellement
        - de **la personne concernée** (la personne contre qui la mesure a été requise ou prise) et
        - du **tiers** (justifiant d'un intérêt digne de protection comme, par exemple, un proche parent qui a requis la mesure refusée par le préfet ou qui s'oppose à la mesure ordonnée).
      - **L'autorité tutélaire** n'a en principe pas la qualité de partie au sens du CPC. Elle doit toutefois être traitée comme telle dans la procédure devant la Cour d'appel, sous réserve

de la question des frais et dépens. Par ailleurs, elle ne peut pas invoquer la CEDH pour exiger une procédure orale.

b) Vu la nature des litiges, il y a lieu d'appliquer **la maxime inquisitoriale** et non la maxime des débats

c) **Procédure écrite - Audience des débats**

- Il ressort clairement du texte de l'article 23a LiCCS que le législateur a retenu le principe d'une procédure écrite:

- le recours **peut être motivé**;
- dans un tel cas, la possibilité est donnée à la "partie adverse" de déposer une défense écrite;
- dès que le dossier est complet, la Cour d'appel statue et notifie son arrêt aux parties et au préfet.

- **L'audience des débats est possible**

- **L'audience des débats est obligatoire si la personne concernée le demande expressément.** La pratique actuelle est donc maintenue.

d) **Les délais de recours** sont fixés dans la LiCCS:

- retrait et rétablissement de l'autorité parentale: 10 jours (art. 23a al. 1)
- placement d'enfants: 30 jours (art. 26c al. 3)
- adoption: 30 jours (art. 26<sup>e</sup> al. 1)
- autres affaires relevant de la tutelle: 10 jours (art. 40a al. 3)

II. Le fait qu'il s'agisse d'un appel ordinaire implique **les conséquences suivantes:**

a) L'appel a un **effet suspensif** (art. 336a al 1 CPC a contrario). Le président de la Cour peut ordonner **des mesures préliminaires ou provisoires** (art. 8 al. 1 et 2 et art. 327 al. 1 CPC)

Comme il ne s'agit pas d'un recours administratif, l'art.68 al 2 LPJA ne s'applique pas. **Le préfet ne peut pas ordonner qu'un recours éventuel n'ait pas d'effet suspensif.**

b) **L'appel incident** est possible (art. 340 al. 2 CPC)

c) **Frais:**

- Si la mesure est confirmée ou ordonnée, la personne concernée supporte les frais, sous réserve de l'assistance judiciaire
- Si la personne concernée obtient satisfaction, les frais de procédure sont mis à la charge de l'Etat et ne peuvent être mis à la charge de l'autorité tutélaire que si celle-ci a manifestement pris des mesures ou attaqué une décision sans motif valable.
- Les frais peuvent être mis à la charge du tiers qui a requis la mesure, conformément aux règles générales de la procédure civile (y compris l'art.58 al. 3 CPC).

d) **Avance de frais:**

- **Si l'autorité tutélaire recourt**, pas d'avance.
- **Si la personne concernée recourt**, elle doit effectuer une avance, sous réserve de l'assistance judiciaire.
- **En procédure contentieuse** (un tiers intéressé participe à la procédure contre la personne concernée), les deux parties doivent effectuer une avance.

e) **Dépens:**

- **Si la personne concernée recourt et succombe:**
  - elle supporte ses dépens, sous réserve de l'assistance judiciaire;
  - elle supporte les dépens du tiers requérant si celui-ci participe à la procédure d'appel (avec beaucoup de réserve);
  - pas de dépens à l'autorité tutélaire.

- **Si la personne concernée recourt et obtient satisfaction:**
  - ses dépens sont à la charge de l'Etat (et non de l'autorité tutélaire),
  - éventuellement à la charge du tiers requérant.
  
- **Si l'autorité tutélaire recourt et succombe:**
  - l'Etat supporte les dépens de la personne concernée;
  - l'autorité tutélaire devra les supporter si elle a manifestement pris des mesures ou attaqué une décision sans motif valable.
  
- **Si l'autorité tutélaire recourt et obtient satisfaction:**
  - la personne concernée doit supporter ses propres dépens, sous réserve de l'assistance judiciaire gratuite;
  - pas de dépens à l'autorité tutélaire.
  
- **Si le tiers recourt:**
  - la partie qui succombe supporte les dépens de l'autre partie, sous réserve de **l'article 58 al 3 CPC.**

**Berne, le 9 septembre 1999**

**AU NOM DE LA SECTION CIVILE  
DE LA COUR SUPRÊME DU CANTON DE BERNE**  
**Le Président:                    Le Greffier de la Cour suprême:**

**A. Jäggi**

**Chr. Scheurer**

# Obergericht des Kantons Bern

## Zivilabteilung

### Verfahren der Weiterziehung

Nach erneuter Überprüfung der Materialien zur Revision des Gesetzes betreffend die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (EGZGB) hat das Plenum der Zivilabteilung, in seiner Sitzung vom 12. November 1999, in Abänderung des Beschlusses vom 15. September 1995, beschlossen:

1. Das **Weiterziehungsverfahren richtet sich nach der Zivilprozessordnung** für den Kanton Bern (ZPO) und nicht nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG), unter Vorbehalt einiger Besonderheiten, die sich aus dem EGZGB und der Natur des Verfahrens ergeben.
2. Bei der Weiterziehung handelt es sich grundsätzlich um **eine Appellation im ordentlichen Verfahren**.

#### **I. Die Besonderheiten dieses Appellationsverfahrens:**

##### a) **Die Prozessparteien:**

- In formeller Hinsicht sind als Parteien zu betrachten
  - die von der Anordnung betroffene Person und
  - die Drittperson (mit einem schutzwürdigen Interesse, so z.B. ein nahestehender Verwandter, der die vom Regierungsstatthalter verweigerte Massnahme beantragt hat oder der sich gegen die angeordnete Massnahme stellt).
- Die Vormundschaftsbehörde hat im Prinzip nicht die Stellung einer Partei im Sinne der ZPO, wird aber im Verfahren vor dem Appellationshof als solche behandelt, ausser in Bezug auf die Gerichts- und Parteikosten. Ebenso wenig kann sie mit Berufung auf die

Europäische Konvention für Menschenrechte (EMRK) eine öffentliche Verhandlung verlangen.

b) Angesichts der Natur der Streitigkeiten ist die **Untersuchungsmaxime** anzuwenden, nicht die Verhandlungsmaxime.

c) **Schriftlichkeit des Weiterziehungsverfahrens - Verhandlungstermin:**

- Aus folgenden Textpassagen des Art. 23a EGZGB ergibt sich klarerweise, dass der Gesetzgeber grundsätzlich ein schriftliches Verfahren wollte:

- Die Weiterziehung kann schriftlich begründet werden.
- Der "Gegenpartei" ist diesfalls Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu gegeben.
- Werden die Akten als vollständig erachtet, entscheidet der Appellationshof und eröffnet sein Urteil den Beteiligten und dem Regierungsstatthalter.
- Die Durchführung einer Verhandlung ist möglich.
- Die Durchführung einer Verhandlung ist obligatorisch, wenn die betroffene Person es ausdrücklich verlangt. Die bisherige Praxis wird demnach aufrecht erhalten.

d) Die **Weiterziehungsfristen** sind im EGZGB geregelt und betragen

- beim Entzug und der Wiederherstellung der elterlichen Gewalt 10 Tage (Art. 23a Abs. 1);
- im Pflegekinderwesen 30 Tage (Art. 26c Abs. 3);
- in Adoptionssachen 30 Tage (Art. 26e Abs. 1);
- für die übrigen Vormundschaftssachen 10 Tage (Art. 40a Abs. 3).

## **II. Die Konsequenzen der Behandlung der Weiterziehung als Appellation im ordentlichen Verfahren:**

a) Die Weiterziehung hat **aufschiebende Wirkung** (Art. 336a Abs. 1 ZPO e contrario). Der Präsident des Appellationshofs kann indessen vorsorgliche oder vorläufige Massnahmen anordnen (Art. 8 Abs. 1 und 2 sowie Art. 327 Abs. 1 ZPO).

Nachdem es sich bei der Weiterziehung nicht um eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde handelt, ist Art. 68 Abs. 2 VRPG (i.V.m. Art. 82 VRPG) nicht anwendbar. Der Regierungsstatthalter kann deshalb einer allfälligen Weiterziehung die aufschiebende Wirkung nicht entziehen.

- b) Die **Anschlussappellation** ist zulässig (Art. 340 Abs. 2 ZPO).
- c) Die **Gerichtskosten** des Weiterziehungsverfahrens werden wie folgt verlegt:
- Wird der angefochtene Entscheid bestätigt, hat die betroffene Person die Gerichtskosten zu tragen, unter Vorbehalt der unentgeltlichen Prozessführung.
  - Obsiegt die betroffene Person, gehen die Gerichtskosten zu Lasten des Kantons und können der Vormundschaftsbehörde nur auferlegt werden, wenn sie offensichtlich keinen begründeten Anlass für ihre Massnahme bzw. für die Einlegung des Rechtsmittels hatte.
  - Die Gerichtskosten können nach den allgemeinen Regeln des Zivilprozesses (einschliesslich Art. 58 Abs. 3 ZPO) der beteiligten Drittperson, welche die Anordnung einer Massnahme verlangt hat, auferlegt werden.
- d) Der **Gerichtskostenvorschuss**:
- Die Vormundschaftsbehörde, welche die Weiterziehung einlegt, hat keinen Vorschuss zu leisten.
  - Wenn die von der Anordnung betroffene Person die Weiterziehung einlegt, hat sie einen Vorschuss zu entrichten, unter Vorbehalt der unentgeltlichen Prozessführung.
  - Ist das Weiterziehungsverfahren streitig (eine Drittperson beteiligt sich am Verfahren gegen die betroffene Person), haben beide Parteien einen Vorschuss zu entrichten.
- e) Die **Parteikosten**:
- Wenn die betroffene Person die Weiterziehung einlegt und unterliegt,
    - trägt sie ihre eigenen Parteikosten, unter Vorbehalt der unentgeltlichen Prozessführung;
    - hat sie der Drittperson, welche die Massnahme beantragt und sich am Weiterziehungsverfahren beteiligt hat, die Parteikosten zu ersetzen (Zuspruch des Parteikostenersatzes nur mit grosser Zurückhaltung);
    - ist der Vormundschaftsbehörde kein Parteikostenersatz zuzusprechen.

- Wenn die betroffene Person die Weiterziehung einlegt und obsiegt,
  - werden ihr die Parteikosten vom Kanton ersetzt, nicht von der Vormundschaftsbehörde;
  - eventuell gehen ihre Parteikosten zu Lasten der beteiligten Drittperson, welche die Massnahme beantragt hat.
- Wenn die Vormundschaftsbehörde die Weiterziehung einlegt und unterliegt,
  - hat der Kanton der betroffenen Person die Parteikosten zu ersetzen;
  - die Vormundschaftsbehörde hat der betroffenen Person die Parteikosten nur zu ersetzen, wenn sie offensichtlich keinen begründeten Anlass für ihre Massnahme bzw. für die Einlegung des Rechtsmittels hatte.
- Wenn die Vormundschaftsbehörde die Weiterziehung einlegt und obsiegt,
  - hat die betroffene Person ihre Parteikosten selber zu tragen, unter Vorbehalt der unentgeltlichen Prozessführung;
  - sind der Vormundschaftsbehörde keine Parteikosten zu ersetzen.
- Wenn die beteiligte Drittperson die Weiterziehung einlegt, hat die unterliegende Partei der obsiegenden die Parteikosten zu ersetzen, unter Vorbehalt von Art. 58 Abs. 3 ZPO.

Bern, 9. September 1999

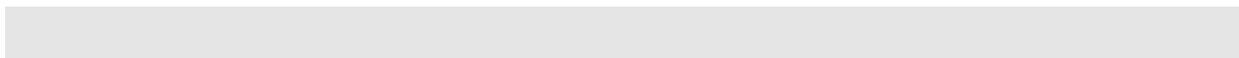
**NAMENS DER ZIVILABTEILUNG DES OBERGERICHTS  
DES KANTONS BERN**

**Der Präsident:**

**Der Obergerichtsschreiber:**

**A. Jäggi**

**Chr. Scheurer**



## RECHTSÖFFNUNGPROBLEME BEI SCHULDBRIEFLICH GESICHERTEN FORDERUNGEN

von Christian Leu, Kammerschreiber

### II. Teil

#### **4. Die Rechtsöffnung für das Pfandrecht:**

Im Zuge der SchKG-Revision wurde auch Art. 85 Abs. 1 VZG geändert. Gemäss dieser Bestimmung muss der Schuldner den Rechtsvorschlag betreffend das geltend gemachte Pfandrecht - wie für die in Betreuung gesetzte Forderung - nicht mehr begründen, weil sich dieser vermutlich auf beides bezieht. Als Folge davon fragt sich nun, ob auch für das Pfandrecht Rechtsöffnung zu erteilen ist, wenn das Rechtsöffnungsbegehren lediglich die Forderung erwähnt. In zwei Fällen wurde dies bejahend entschieden mit der Begründung, dass, wenn sich schon der Rechtsvorschlag auf beides beziehe, auch für beides Rechtsöffnung erteilt werden müsse<sup>1</sup>. M.E. ist grundsätzlich nur für das Verlangte Rechtsöffnung zu gewähren, denn mehr als dieses zuzusprechen, verstösst gegen die Dispositionsmaxime. Ergibt sich jedoch aus der Begründung des Rechtsöffnungsgesuchs und den Beilagen, dass auch für das Pfandrecht Rechtsöffnung beantragt wird, gebietet die sinngemässe Auslegung des Rechtsbegehrens ebenfalls die Prüfung des Pfandrechts<sup>2</sup>. Wo Unklarheiten bestehen, ist die Gesuch stellende Bank zur Präzisierung anzuhalten, damit der Schuldner in seiner Vernehmlassung Einwendungen und Einreden zum Beantragten erheben kann. Ist ausdrücklich oder sinngemäss für Forderung und Pfandrecht Rechtsöffnung verlangt, hat sich das Dispositiv über beides auszusprechen, so z.B. wie folgt:

---

<sup>1</sup> Entscheide der II. ZK Nr. 444/II/97 vom 2. Dezember 1997 und Nr. 436/II/97 vom 28. November 1997 i.S. B. gegen J. bzw. i.S. C. gegen M.

<sup>2</sup> Entscheid der I. ZK Nr. 297/I/98 vom 13. August 1998 i.S. B. gegen W.

" Der Gesuchstellerin wird in der Betreuung Nr. ... des Betreibungs- und Konkursamtes ..., Dienststelle ..., für den Betrag von Fr. ... nebst Zins zu ... seit ... sowie für das Grundpfandrecht, verkörpert im [bzw. für das Faustpfandrecht am] .....-Schuldbrief über Fr. ..., lastend im ... Rang auf dem Grundstück ..., GBBI-Nr. ..., die provisorische Rechtsöffnung erteilt."

Kann die Rechtsöffnung für die Forderung oder das Pfandrecht nicht gewährt werden, soll das Rechtsöffnungsgesuch gemäss Staehelin<sup>3</sup> vollumfänglich abgewiesen werden. Er erachtet eine teilweise Rechtsöffnung als unpraktikabel, weil ohnehin ein Prozess in der Sache geführt werden müsse. Ferner könne es im gleichen Fall zur Erhebung einer Anerkennungsklage und einer Aberkennungsklage kommen. Dem ist entgegen zu halten, dass dort, wo klarerweise ein Rechtsöffnungstitel vorliegt, kein Anlass besteht, die Gesuch stellende Bank in die Klägerrolle zu drängen. Hinzu kommt, dass i.d.R. der Schuldner zuerst die fristgebundene (Art. 83 Abs. 2 SchKG) Aberkennungsklage erheben wird. Sinnvollerweise wird die Gesuch stellende Bank den Teil, für welchen sie keine Rechtsöffnung erhalten hat, widerklageweise geltend machen<sup>4</sup>. Zur getrennten Einreichung einer Anerkennungs- und Aberkennungsklage dürfte es demnach kaum je kommen. Falls doch, können die Klagen, jedenfalls wenn sie beide am Wohnsitz des Schuldners bzw. dem Betreuungsort eingereicht wurden, durch gerichtlichen Beschluss und in Anwendung von Art. 38 Abs. 2 ZPO verbunden werden.

## **5. Faustpfand und Grundpfand - Drittpfand - Einrede der Vorausverwertung des Pfandes:**

Gelegentlich ist unklar, ob die das Rechtsöffnungsgesuch stellende Bank ein Faustpfandrecht am Schuldbrief oder das sich aus dem Schuldbrief ergebende Grundpfandrecht geltend macht. In diesem Falle ist von der Bank eine präzisierende Erklärung zu verlangen, denn zum

---

<sup>3</sup> vgl. SchKG-Staehelin, Art. 82 N. 166

<sup>4</sup> zur Möglichkeit der Widerklage gegen die Aberkennungsklage vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 4. Auflage, Bern 1995, N. 1.b zu Art. 170 ZPO

einen muss das Rechtsöffnungsbegehren mit der im Zahlungsbefehl erwähnten Sicherung übereinstimmen (Identität) und zum andern muss der Schuldner auch zur Art des Pfandes Stellung nehmen können. Macht die Bank die Schuldbriefforderung und das verbriefte Grundpfandrecht geltend, obschon ihr nur die Forderung aus dem Grundverhältnis (z.B. Darlehensforderung) und ein Faustpfandrecht am Schuldbrief zustehen, ist das Rechtsöffnungsgesuch vollumfänglich abzuweisen.

Besteht ein Drittpfandrecht, kann auch der Drittpfandeigentümer Rechtsvorschlag erheben (Art. 153 Abs. 2 SchKG). Beide Rechtsvorschläge müssen durch Rechtsöffnung beseitigt werden, bevor die Betreuung fortgesetzt werden kann. Dabei ist zu beachten, dass Schuldner und Drittpfandeigentümer separat Aberkennungsklage erheben können<sup>5</sup>.

Für die pfandgesicherte Forderung kann der Schuldner - anders als für die grundpfandgesicherten Zinsen oder Annuitäten, Art. 41 Abs. 2 SchKG - verlangen, dass sich die Gesuch stellende Bank in der Betreuung auf Pfandverwertung an das Pfand hält, bevor sie auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses in das übrige Vermögen des Schuldners vollstrecken lässt. Die diesbezüglich vom Schuldner zu erhebende Einrede (beneficium excussionis realis) ist schon mit Beschwerde gegen den Zahlungsbefehl geltend zu machen (Art. 41 Abs. 1 und Abs. 1bis SchKG), nicht erst im Rechtsöffnungsverfahren, wo sie wegen Verwirkung nicht mehr berücksichtigt werden kann<sup>6</sup>. Unter den Pfandbegriff von Art. 41 SchKG fallen indessen nur das Faust- und Grundpfand, nicht auch die heute stark verbreitete Sicherungsübereignung. Bei der Sicherungsübereignung kann sich der Schuldner daher nicht mittels Beschwerde auf das beneficium excussionis realis berufen<sup>7</sup>, sondern hat die entsprechende materiellrechtliche Einrede durch Erhebung des Rechtsvorschlags<sup>8</sup> und mit Vernehmlassung zum Rechtsöffnungsgesuch geltend zu machen.

---

<sup>5</sup> vgl. SchKG-Staehelin, Art. 82 N. 171

<sup>6</sup> vgl. SchKG-Acocella, Art. 41 N. 43

<sup>7</sup> SchKG-Acocella, Art. 41 N. 5; ZGB-Bauer, Art. 891 N. 9

<sup>8</sup> vgl. SchKG-Acocella, Art. 41 N. 20; BGE 122 III 296 f. E. 1

Nicht zum Tragen kommt das beneficium excussionis realis u.a., wenn eine Gesuch stellende Person zum Voraus auf das Pfandrecht verzichtet. Dies muss grundsätzlich zulässig sein<sup>9</sup>, kann aber, wenn die Gesuch stellende Person den im Handelsregister eingetragenen Schuldner auf Konkurs statt Pfandverwertung betreibt, um Druck auf ihn auszuüben, im Einzelfall rechtsmissbräuchlich sein.

Wenn eine Bank als Pfandgläubigerin im Rechtsöffnungsverfahren auftritt, ist weiter zu beachten, dass die Vorausverwertungseinrede in den Pfandverträgen regelmässig wegbedungen ist<sup>10</sup>. Die Privatverwertung, zu der sich die Banken ebenfalls ermächtigen lassen, ändert daran nichts, ausser wenn dem Pfandvertrag zu entnehmen ist, dass die Parteien die Zwangsvollstreckung vollständig ausgeschlossen haben, was in der Praxis kaum jemals der Fall sein dürfte. Einen allfälligen Privatverwertungseinwand hat der Schuldner jedoch nach Erhebung des Rechtsvorschlages im Rechtsöffnungsverfahren geltend zu machen, nicht auf dem Beschwerdeweg<sup>11</sup>. Wie der Verzicht auf das Pfandrecht kann auch der Verzicht auf die Privatverwertung rechtsmissbräuchlich sein<sup>12</sup>.

## **6. Die Rechtsöffnung für den Zins auf der Schuldbriefforderung bzw. für den Vertragszins:**

Beim direkten Hypothekargeschäft im engeren Sinne (Bsp.: Errichtung eines Namensschuldbriefes zur Sicherung einer Darlehensforderung der Bank) richtet sich der geltend zu machende Zins grundsätzlich nach den Abmachungen im Schuldbrief. Auf Grund der Zinsschwankungen am Markt wird darin aber meistens auf eine separate Zinsvereinbarung (z.B. im Darlehensvertrag) verwiesen<sup>13</sup>, was, wie in Teil I, Ziff. 3, bereits erwähnt, gleichzeitig ein Indiz für den Novationsausschluss ist (Art. 855 Abs. 2 ZGB). Solche Verweise müssen im Lichte und unter den Voraussetzungen von Art. 795 ZGB (Einhaltung der Höchstzinsvorschriften) zulässig sein, sogar wenn es um einen variablen Zinssatz geht,

---

<sup>9</sup> vgl. SchKG-Acocella, Art. 41 N. 26

<sup>10</sup> vgl. SchKG-Acocella, Art. 41 N. 17

<sup>11</sup> SchKG-Acocella, Art. 41 N. 14

<sup>12</sup> zu Letzterem vgl. ZGB-Bauer, Art. 891 N. 30

<sup>13</sup> vgl. Daniel Staehelin, AJP 10/1994, S. 1266

der einseitig, aber gemäss vertraglicher Abmachung der Parteien von der Bank bestimmt wird. Auch für variable Zinsen ist daher Rechtsöffnung zu erteilen, sofern die beweispflichtige Bank die separate Zinsvereinbarung vorlegt und nachweist, dass sie dem Schuldner die jeweiligen Zinserhöhungen mitgeteilt hat<sup>14</sup>. Keine Rechtsöffnung zu gewähren ist hingegen für den im Schuldbrief erwähnten Maximalzins<sup>15</sup>, der hauptsächlich festgelegt wird, um zu vermeiden, dass bei einer Erhöhung des Vertragszinses auf über 5% jedesmal eine Zustimmung der im Range nachgehenden Grundpfandgläubiger eingeholt werden muss (Art. 818 Abs. 2 ZGB)<sup>16</sup>. Die Eintragung des Maximalzinsfusses im Grundbuch ist allerdings Voraussetzung für die Entstehung des Pfandrechts für den Zins<sup>17</sup>, im Kanton Bern jedenfalls sofern der Zins 5% übersteigt<sup>18</sup>. In den seltenen Fällen, in denen keine Zinsvereinbarung für die Schuldbriefforderung vorliegt<sup>19</sup>, kann keine Rechtsöffnung für behauptete Schuldbriefzinsen erteilt werden<sup>20</sup>. Für die Zinsen aus dem Schuldbrief besteht weiter eine Deckungsgrenze. Gemäss Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB haftet das Grundpfand nämlich nur für die letzten drei verfallenen Jahreszinsen und den laufenden Zins. Weil dem Rechtsöffnungsrichter zur Zeit des Rechtsöffnungsentscheides noch nicht bekannt ist, wann das für die Bestimmung des laufenden Zinses massgebliche Ereignis (Pfandverwertungsbegehren oder Konkursöffnung, Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) stattfindet,

---

<sup>14</sup> vgl. Staehelin, AJP 10/1994, S. 1266;

für die Zinsen im Grundverhältnis vgl. SchKG-Staehelin, Art. 82 N. 28, der - anders als noch in AJP 10/1994, S. 1266 - zusätzlich verlangt, dass die Bank gleiche Zinssätze für alle Schuldner einer gewissen Kategorie gewährt und diese öffentlich bekannt gibt; vgl. auch a.a.O., N. 31

<sup>15</sup> Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, §77 Ziff. 18; vgl. auch Staehelin, AJP 10/1994, S. 1266;

in der Praxis ist häufig ein Zinsfuss von 8% anzutreffen

<sup>16</sup> vgl. ZGB-Trauffer, Art. 818 N. 15f.

<sup>17</sup> ZGB-Trauffer, Art. 795 N. 6

<sup>18</sup> ZGB-Trauffer, Art. 818 N. 10

<sup>19</sup> vgl. z.B. das von Daniel Staehelin anlässlich der Tagung "Das Recht der Sicherungsmittel" vom 20. November 1997 in Luzern vorgelegte Schuldbriefmuster, welches lediglich einen Maximalzinsfuss, aber keinen Schuldbriefzins und keinen Verweis auf eine externe Zinsvereinbarung enthält

<sup>20</sup> ähnlich wohl auch Staehelin, AJP 10/1994, S. 1266 f., zum direkten Grundpfand und zur Sicherungsübereignung

kann er auch nicht über den genauen Umfang der Pfandhaft befinden. Sowohl in der Grundpfandverwertung als auch im Konkurs (hier als Teil des Kollokationsplans) wird ein Lastenverzeichnis erstellt, das den Umfang der zuzulassenden Pfanddeckung festlegt und von Gläubigerin wie Schuldner angefochten werden kann. Dem ist im Dispositiv (vgl. Ziff. 4, oben) Rechnung zu tragen.

Die Sicherungsübereignung, bezeichnet als direktes Hypothekargeschäft im weiteren Sinne, ermöglicht es der Bank, im Rahmen der Rechtsöffnung entweder die Schuldbriefzinsen mit der Schuldbriefforderung oder die Vertragszinsen mit der Sicherungsforderung geltend zu machen, beides indessen nur bis zur Deckungsgrenze, welche sich, wie beim direkten Hypothekargeschäft im engeren Sinne, nach Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB bestimmt (vgl. Teil I, Ziff. 3 lit. c). Bei der Sicherungsübereignung ist - wie bei der Verpfändung von Eigentümerschuldbriefen - die Vereinbarung zulässig, dass die Schuldbriefe bis zum Betrag des Schuldbriefkapitals und der drei verfallenen Jahreszinsen eine beliebige Forderung sicherstellen (BGE 115 II 349 ff.). Die Pfandsicherung kann sich dadurch z.B. auf Zinsen beziehen, denen keine echte Zinsschuld zu Grunde liegt<sup>21</sup>. Im Ergebnis lässt sich damit quasi eine Maximalhypothek begründen<sup>22</sup>. Ausgeschlossen ist hingegen, die Schuldbriefforderung mit dem Vertragszins oder die Sicherungsforderung mit dem Schuldbriefzins geltend zu machen. Die Bank muss sich für eine Forderung und das damit verbundene Akzessorium entscheiden.

In Bezug auf die Variabilität des Zinses und das Dispositiv betreffend den Umfang der Pfandhaft kann auf die Ausführungen zum direkten Hypothekargeschäft im engeren Sinne verwiesen werden.

Beim indirekten Hypothekargeschäft setzt die Gläubigerin mit der Forderung aus dem Grundverhältnis den *Vertragszins* (z.B. Zins für Baukredit) in Betreuung, der durch das Faustpfand (z.B. an einem Eigentümerschuldbrief) gedeckt ist. Das Faustpfand bietet Sicherheit für *alle* Vertragszinsen aus dem Grundverhältnis (Art. 891 Abs. 2 ZGB), nicht nur, wie das Grundpfand, für die drei zur Zeit des Pfandverwertungsbegehrens oder der Konkurseröffnung verfallenen (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)<sup>23</sup>. Kantonale

---

<sup>21</sup> ZGB-Trauffer, Art. 818 N. 11

<sup>22</sup> vgl. Vollenweider, a.a.O., S. 65

<sup>23</sup> vgl. ZGB-Bauer, Art. 891 N. 42

Höchstzinsvorschriften (Art. 795 Abs. 2 ZGB) kommen bei der Übertragung des Grundpfandtitels zu Faustpfand nicht zur Anwendung. Das ist auch der Grund, weshalb in Kantonen mit niedrigem Höchstzinsfuss der Weg über das indirekte Hypothekargeschäft gewählt wird<sup>24</sup>. Das Faustpfandrecht *selber* erfasst neben der Schuldbriefforderung nur den laufenden Grundpfandzins (Art. 904 Abs. 1 ZGB), kann aber (analog Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) vertraglich auf die drei verfallenen Jahreszinsen ausgedehnt werden<sup>25</sup>.

Wie beim direkten Hypothekargeschäft, ist auch beim indirekten im Rechtsöffnungsverfahren nicht zu prüfen, wieweit die Forderung samt Vertragszins aus dem Grundverhältnis durch das Faustpfand gedeckt ist.

## **7. Die Rechtsöffnung für den Verzugszins:**

Aus Gründen der Praktikabilität wird für die Verzugzinsen Rechtsöffnung erteilt, obwohl hierfür in der Regel kein Rechtsöffnungstitel vorliegt. Das bietet bei schuldbrieflich gesicherten Forderungen insofern keine Schwierigkeiten, als die Pfandhaft ohnehin nur für die gesetzlichen Verzugszinsen besteht<sup>26</sup>. Voraussetzung für die Erteilung der Rechtsöffnung ist allerdings, dass es sich beim geltend gemachten Verzugszins um einen geringfügigen, leicht feststellbaren Betrag handelt, der gleichzeitig mit der Hauptforderung verlangt wird<sup>27</sup>. Bei Schuldbriefforderungen müssen mindestens die Titelzinsen in Betreuung gesetzt sein, damit auch für Verzugszinsen Rechtsöffnung erteilt werden kann<sup>28</sup>. Ferner muss die Gläubigerin eine Mahnung einreichen (Art. 102 Abs. 1 OR) oder urkundlich dartun, dass ein Verfalltag vereinbart ist (Art. 102 Abs. 2 OR). Die Mahnung muss von der Gläubigerin nur vorgelegt werden, wenn der Schuldner den Erhalt bestreitet. Ist vor Einreichung des Betreibungsbegehrens noch keine Mahnung erfolgt und war auch kein Verfalltag vereinbart, laufen die Verzugszinsen ab Zustellung des Zahlungsbefehls, der die Funktion einer Mahnung hat.

---

<sup>24</sup> ZGB-Trauffer, Art. 795 N. 5

<sup>25</sup> vgl. ZGB-Bauer, Art. 904 N. 6

<sup>26</sup> vgl. ZGB-Trauffer, Art. 818 N. 8

<sup>27</sup> vgl. Staehelin, AJP 10/1994, S. 1267, und SchKG-Staehelin, Art. 82 N. 32, 33 und 35

<sup>28</sup> für Kapitalzinsen als 'Hauptforderung' vgl. BJM 1970, S. 284ff.

Die Höhe des Verzugszinses beträgt 5% (Art. 104 Abs. 1 OR), es sei denn, die Parteien hätten vertraglich einen höheren Zinsfuss vereinbart (Art. 104 Abs. 2 OR). Unter Kaufleuten, d.h. wenn beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind, kann der Privatkontsatz geltend gemacht werden (Art. 104 Abs. 3 OR). Verzugszinsen auf ausstehenden Vertragszinsen sind grundsätzlich erst ab Anhebung der Betreibung geschuldet (Art. 105 Abs. 1 und 2 OR)<sup>29</sup>.

## **8. Die fehlende Zustimmung des Ehegatten zur hypothekarischen Belastung:**

Verschiedentlich wurde in Rechtsöffnungsverfahren geltend gemacht, dass die hypothekarische Belastung eines Grundstücks durch den einen Ehegatten ohne Zustimmung des anderen gemäss Art. 169 Abs. 1 ZGB nichtig sei.

Zwar ist Nichtigkeit die Folge der fehlenden Zustimmung des Ehegatten<sup>30</sup>, doch werden (direkte oder indirekte) hypothekarische Belastungen von Art. 169 Abs. 1 ZGB nur erfasst, wenn es sich eindeutig um Umgehungsgeschäfte handelt, die in der Absicht geschlossen wurden, indirekt der Familie die Wohnung zu entziehen. Vor üblichen Belastungen will das Gesetz nicht schützen. In der Regel ist davon auszugehen, dass eine Belastung bis zu vier Fünfteln des Grundstückverkehrswerts kein Umgehungsgeschäft darstellt und daher ohne Zustimmung des andern Ehegatten zulässig ist<sup>31</sup>. Eine Zustimmung wird in der Lehre ebenfalls verlangt, wenn der Bank als Geldgeberin ersichtlich war, dass der Grundeigentümer angesichts seiner wirtschaftlichen Lage die Hypothekarzinsen kaum wird aufbringen können<sup>32</sup>. Selbst wenn dies zu bejahen sein sollte, wäre ein entsprechender Einwand im

---

<sup>29</sup> vgl. Staehelin, AJP 10/1994, S. 1267, und SchKG-Staehelin, Art. 82 N. 32, 33 und 35

<sup>30</sup> Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar zum Familienrecht, Bd. II/1c, Zürich 1997, N. 69 zu Art. 169 ZGB; Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, Bd. I, Bern 1988, N. 59 zu Art. 169 ZGB und Art. 271a OR; BGE 118 II 491 E. 2 = Pra 83/1994, Nr. 9, S. 37, E. 2

<sup>31</sup> Entscheid Nr. 313/II/97 der II. ZK vom 1. Oktober 1997 i.S. R. gegen B.

<sup>32</sup> vgl. Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N. 46 zu Art. 169 ZGB

Rechtsöffnungsverfahren schwerlich glaubhaft zu machen. Sind die Beweise nicht liquid, ist die Schuldnerin oder der Schuldner auf den Aberkennungsprozess zu verweisen.

## **9. Geltendmachung von Schuldbriefforderungen nach Bankübernahmen:**

Privatrechtliche Bankübernahmen erfolgen i.d.R. auf dem Wege der Absorption (Art. 748 OR). Dabei gehen die Schuldbriefforderungen kraft Universalsukzession auf die übernehmende Bank über. Insbesondere ist für die Übertragung der Forderung aus dem Namensschuldbrief ungeachtet von Art. 869 Abs. 2 ZGB kein Indossament erforderlich<sup>33</sup>. Die übernehmende Bank kann die Schuldbriefforderung auch im Rechtsöffnungsverfahren ohne Übertragungsvermerk geltend machen. Neben dem Schuldbrief, der (noch) auf die übernommene Bank als Gläubigerin lautet, hat sie allerdings die Unterlagen einzureichen, welche liquide auf die Übernahme schliessen lassen. Für die Schuldbriefforderungen, welche die BEKB an Stelle der früheren Hypothekarkasse des Kantons Bern geltend macht, genügt allerdings ein Hinweis auf Art. 26 KBG (BSG 951.11), weil die mit dieser Bestimmung publizierte Bankübernahme als allgemein bekannt gelten kann. Ob es für die spätere Übertragung der Schuldbriefforderung an eine Drittperson eines Übertragungsvermerks betreffend die vorgängige Universalsukzession bedarf (Lückenlosigkeit der Indossamentenkette), kann hier offen bleiben.

## **10. Nachtrag zum Kündigungs- und Einziehungsrecht:**

Seit dem Erscheinen des ersten Teils dieses Beitrages sind im erwähnten Bereich zwei bedeutsame Rechtsöffnungsentscheide des Appellationshofs ergangen<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, Bern 1998, §24 RN 12 und 46; ZGB-Staehelin, Art. 869 N. 24

<sup>34</sup> Es sind dies die Entscheide Nr. 68/III/99 vom 14. April 1999 i.S. C. gegen J. (französischer Text) und Nr. 432/II/99 vom 8. Juni 1999 i.S. K. gegen B.

Im ersten Entscheid<sup>35</sup> ging es um ein Darlehen zweier Konsortianten, das mit diversen zu Faustpfand übergebenen Inhaberschuldbriefen gesichert war. Die Inhaberschuldbriefe lasteten auf Grundstücken, an denen die beiden Darlehensnehmer Miteigentum hatten, und lauteten auf die beiden Miteigentümer als Schuldner. Die zuständige Kammer ging daher von Eigentümerschuldbriefen, die als Inhaberschuldbriefe ausgestaltet waren, aus. Sie erwog, dass das Faustpfandrechte an einem Schuldbrief nur beschränkte Rechte am Titel vermittele. Der Faustpfandgläubiger sei nicht Gläubiger der Titelforderung, könne sich aber ermächtigen lassen, die Rechte aus dem Schuldbrief wie ein Eigentümer geltend zu machen. Diese Theorie biete beim Auseinanderfallen der Gläubiger- und Schuldnerstellung für die Forderung aus dem Schuldbrief keine Probleme, sei aber diskutabel, wenn es um einen zu Faustpfand übergebenen Eigentümerschuldbrief gehe. Gelte der Grundsatz, dass niemand mehr Rechte übertragen könne, als ihm selber zustünden, sei es schwer verständlich, dass der Faustpfandgläubiger die verbrieftete Forderung kündigen könne, wenn dies dem Titelgläubiger verwehrt sei. Ausserdem genüge jedenfalls nach einem Teil der Lehre die Einräumung eines Faustpfandrechts am Eigentümerschuldbrief nicht, um die Schuldbriefforderung entstehen zu lassen, und müsse der Faustpfandgläubiger vorgängig den Selbsteintritt erklären. Dieses theoretische Hindernis sei indessen durch diverse Autoren, die es bei der Ausdehnung der Rechte des Faustpfandgläubigers als zulässig erachteten, dass dieser unter bestimmten Voraussetzungen die Betreibung auf Grundpfandverwertung einleiten könne, überwunden worden. Nachdem Art. 906 ZGB dispositiv sei, erachte die Mehrheit der Lehre eine Pfandvertragsbestimmung als zulässig, die dem Faustpfandgläubiger ein Kündigungs- und Einziehungsrecht einräume und ihm die Eintreibung erlaube, wie wenn er selber Grundpfandgläubiger wäre. Diese Theorie, der sich die Kammer anschliesse, trage der Tatsache Rechnung, dass eine vorgängige Zwangsverwertung des Faustpfandes zu schockierenden Resultaten führen könne, würden die Eigentümerschuldbriefe bei den betreibungsamtlichen Versteigerungen doch regelmässig zu einem tiefen Preis dem Faustpfandgläubiger zugeschlagen, der sodann als Grundpfandgläubiger die gesamte Schuldbriefforderung geltend machen könne. Vorliegend habe die Bank als Faustpfandgläubigerin vom Kündigungs- und Einziehungsrecht Gebrauch gemacht, so dass sie die Forderung aus dem Inhaberschuldbrief, wenn nicht in eigenem Namen, so doch aus

---

<sup>35</sup> Nr. 68/III/99

eigenem Recht, geltend machen dürfe. In der Folge wurde der Gesuch stellenden Bank provisorische Rechtsöffnung für die Schuldbriefforderungen erteilt.

Im zweiten Fall<sup>36</sup> ging es um einen Kredit, der mit zwei zu Faustpfand übergebenen Namensschuldbriefen gesichert war. Beide Schuldbriefe lauteten auf verschiedene Personen, die gleichzeitig als Schuldbriefgläubiger und -Schuldner aufgeführt waren. Einer der Schuldbriefschuldner hatte auch die Solidarhaftung für die gesicherte Kreditschuld übernommen. U.a. gegen ihn setzte die Bank die Schuldbriefforderungen in Betreuung. Die für diesen Fall zuständige Kammer erwog, dass die Bank die Schuldbriefforderungen zwar nicht in eigenem Namen, aber aus eigenem Recht geltend mache. Dies könne sie nur, wenn die Pfandvertragsbestimmung, welche ihr das Kündigungs- und Einziehungsrecht einräume, gültig sei. Art. 906 Abs. 1 ZGB sei unbestrittenermassen dispositiv. Die Parteien hätten von der Dispositionsbefugnis Gebrauch gemacht durch Abschluss einer Pfandvertragsklausel. Es frage sich indessen, ob die Kündigung und Einziehung beim Eigentümerschuldbrief, der auf den Namen der gleichen Personen als Gläubiger und Schuldner laute, überhaupt möglich sei. Art. 906 Abs. 1 ZGB beziehe sich seinem Sinn und Zweck nach nur auf Forderungen, die dem Pfandschuldner gegenüber Dritten zustünden. Die streitige Pfandvertragsklausel gehe wesentlich weiter, indem sie die Bank generell zur Einziehung einer Schuldbriefforderung des Gesuchsgegners gegen sich selber ermächtige. Das Bundesgericht habe bisher<sup>37</sup> die Zulässigkeit einer Vertragsabmachung, die der Faustpfandgläubigerin die Möglichkeit zur Kündigung und Einziehung der Schuldbriefforderung einräume, lediglich beim Eigentümerschuldbrief, der auf den Inhaber laute und von einem Dritten, dem Ehemann und Schuldner im Grundverhältnis, zur Verfügung gestellt worden sei, nicht auch beim Eigentümerschuldbrief, der auf den Namen des Schuldbriefschuldners laute und von diesem zu Faustpfand übergeben worden sei, bejaht. Bei dem als Drittpfand übergebenen Inhaberschuldbrief sei die Zulassung des Kündigungs- und Einziehungsrechts noch einigermaßen nachvollziehbar, denn der Drittpfandgeber und Schuldbriefschuldner könne einen von der Bank erweckten Rechtsschein, Inhaberin der Schuldbriefforderung zu sein, tolerieren. Beim Eigentümerschuldbrief, der die gleiche Person als Schuldbriefschuldner und Schuldbriefgläubiger erwähne, sei dies hingegen nicht möglich. Der Besitz eines solchen Schuldbriefes lasse höchstens auf ein Faustpfandreht schliessen, nicht auf eine

---

<sup>36</sup> Nr. 432/II/99

<sup>37</sup> die Kammer stützte sich für diese Aussage einzig auf BGE 64 II 415 ff.

Titelgläubigerstellung. Hinzu komme, dass der Pfandschuldner nicht mehr Rechte übertragen könne, als ihm selber zustünden. So könne er sich für die Schuldbriefforderung nicht selber betreiben. Früher sei die Selbstbetreibung als zulässig erachtet worden, um Unbilligkeiten bei der amtlichen Verwertung des zu Faustpfand übergebenen Eigentümerschuldbriefes zu vermeiden (Bank ersteigert den Titel günstig und macht danach als Grundpfandgläubigerin die volle Schuldbriefforderung geltend, obschon ihr im Grundverhältnis nur ein viel tieferer Betrag zusteht<sup>38</sup>). Seit Erlass des Art. 156 Abs. 2 SchKG sei dies indessen nicht mehr aktuell, weil diese Bestimmung die Herabsetzung der Titelforderung auf den tieferen Steigerungserlös ermögliche. Schliesslich habe das Bundesgericht für die Zeit ab der Übergabe des Eigentümerschuldbriefes lediglich das Bestehen eines Pfandobjekts, nicht auch das tatsächliche Entstehen einer eintreibbaren Schuldbriefforderung bejaht. Eine solche entstehe vielmehr erst durch Übertragung zu Vollrecht (Sicherungsübereignung, Vollindossament oder Selbsteintritt im Rahmen der Privatverwertung). Fielen die Gläubiger- und Schuldnerstellung nicht auseinander, gebe es nichts zu kündigen und nichts einzuziehen. Das im Pfandvertrag vereinbarte Kündigungs- und Einziehungsrecht sei daher nichtig. In der Folge wies die Kammer das Rechtsöffnungsgesuch für die Schuldbriefforderung ab.

Ich enthalte mich eines Kommentars zu den beiden Entscheiden, die sich in der Frage der Zulässigkeit der Kündigung und Einziehung der Forderung aus dem Eigentümerschuldbrief durch die Bank als Faustpfandgläubigerin offensichtlich widersprechen. Erlaubt sei der Hinweis, dass beide Kammern den Entscheid der ersten Instanz umgestossen haben. Nach meinem Kenntnisstand sind beide oberinstanzlichen Entscheide unangefochten geblieben. Eine bundesgerichtliche Klärung der Frage steht damit weiter aus.

Bern, 12. November 1999

---

<sup>38</sup> vgl. BGE 115 II 149 ff. und Roland Pfäffli, Verpfändung von Eigentümer- oder Inhaberschuldbriefen: Rechtsfolgen in der Zwangsverwertung, in: ZBJV 127/1991, S. 684 ff.

## Kurze Darstellung des Waffengesetzes

*Gedanken sind nicht stets parat,  
man schreibt auch, wenn man keine hat.*  
W. Busch

*‘Das Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition, das gestützt auf den Verfassungsauftrag des Artikels 40bis der Bundesverfassung (BV) erlassen wird, bezweckt die Bekämpfung des Waffenmissbrauchs. Es führt zur Vereinheitlichung des Waffenrechts in der Schweiz und löst das Konkordat vom 27. März 1969 über den Handel mit Waffen und Munition und die entsprechenden kantonalen Bestimmungen ab (...) Ein schweizerisches Waffengesetz hat auf Traditionen (Milizsystem der Armee, Jagd- und Sportschiessen, Sammeln von Waffen) Rücksicht zu nehmen. Für Personen, die Waffen sammeln oder diese zum Jagen oder Sportschiessen verwenden, sind Ausnahmebestimmungen vorgesehen’* (Botschaft vom 24.1.1996, S. 2).

## Verfassungsgrundlage und Entstehungsgeschichte

Verfassungsgrundlage des am 1. Januar 1999 in Kraft getretenen Waffengesetzes (WG)<sup>1</sup> ist Art. 40bis BV<sup>2</sup>, der folgenden Wortlaut hat: ‘Der Bund erlässt Vorschriften gegen den Missbrauch von Waffen, Waffenzubehör und Munition.’

Die Entstehungsgeschichte des Verfassungsartikels und des Waffengesetzes lässt sich folgendermassen skizzieren:

1978 setzte das EJPD gestützt auf verschiedene parlamentarische Vorstösse eine Arbeitsgruppe mit dem Auftrag ein, einen Vorentwurf für eine Verfassungsbestimmung und ein Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition zu erarbeiten. Vorentwurf und Begleitbericht wurden im Jahre 1982 präsentiert und anschliessend in Vernehmlassung gegeben. Aufgrund der Reaktionen im Vernehmlassungsverfahren wurde auf die

---

<sup>1</sup> SR 514.54

<sup>2</sup> Art. 107 Abs. 1 neue Bundesverfassung (unveränderter Wortlaut)

Weiterführung des Projektes verzichtet, da der Widerstand als zu gewichtig eingeschätzt wurde. Drei auf die gesetzliche Regelung des Waffenhandels abzielende Motionen im Nationalrat in den Jahren 1988 und 1989 wurden auf Antrag des Bundesrates abgeschrieben<sup>3</sup>.

Am 10.12.1990 wurde eine Standesinitiative des Kantons Tessin zur Schaffung eines Waffengesetzes eingereicht, am 22.1.1991 reichte Nationalrat François Borel eine parlamentarische Initiative zur Einführung eines Art. 40bis BV ein. Am 3.10.1991 gab der Nationalrat die Zustimmung zu beiden Initiativen und erteilte den Auftrag an die Sicherheitspolitische Kommission, eine Vorlage auszuarbeiten. Am 16.10.1992 gingen Bericht und Antrag der Sicherheitspolitischen Kommission an den Nationalrat. Am 16.12.1992 verabschiedete der Nationalrat die Vorlage, am 9.3.1993 erfolgte die Zustimmung des Ständerates. Die Vorlage wurde in beiden Räten in der Schlussabstimmung vom 19.3.1993 angenommen. In der Volksabstimmung vom 26.9.1993 wurde der neue Verfassungsartikel unter Zustimmung aller Stände und bei einem Volksmehr von 86% angenommen<sup>4</sup>.

Vor diesem Zeitpunkt beschränkte sich die Kompetenz des Bundes auf Kriegsmaterial, d.h. Waffen, Munition, Sprengmittel sowie weitere Erzeugnisse und deren Bestandteile, die als Kampfmittel verwendet werden können<sup>5</sup>. Da trotzdem ein Bedürfnis nach einer minimalen einheitlichen Regelung bestand, wurde ein erstes Waffenhandelskonkordat der Schweiz im Jahre 1944 abgeschlossen, dem sämtliche Kantone beitraten. Die Ablösung des alten Konkordats erfolgte durch das Konkordat vom 27.3.1969, dem sämtliche Kantone ausser Aargau beitraten<sup>6</sup>. Eine striktere Regelung des Waffenhandels auf dem Konkordatsweg wurde versucht, scheiterte aber definitiv im Jahre 1991, als die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren entschied, ihre Vorbereitungsarbeiten einzustellen<sup>7</sup>. In einigen Kantonen (z.B. Genf, Zug, Schwyz und St. Gallen) bestanden ergänzende Regelungen zum Konkordat<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> T. Jaag in Kommentar BV, Art. 40bis, Rz. 1 und 2

<sup>4</sup> Botschaft vom 24.1.1996 zum Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition, Sonderdruck, S. 3.f.; Jaag. a.a.O., Rz. 3 bis 7

<sup>5</sup> Jaag, a.a.O., Rz. 8

<sup>6</sup> Jaag, a.a.O., Rz. 11

<sup>7</sup> Botschaft, S. 3

<sup>8</sup> Jaag, a.a.O., Rz. 13; vgl. BGE 118 Ia 305 ff, 114 Ia 286 ff

Trotzdem wurde die Schweiz nach den Worten von alt Bundesrat Furgler zum europäischen Supermarkt für Waffen. Insbesondere kam es zu einer sehr beträchtlichen Eindeckung mit Waffen im ersten jugoslawischen Konflikt, was zum Erlass der Verordnung über den Erwerb und das Tragen von Schusswaffen durch jugoslawische Staatsangehörige vom 18.12.1991<sup>9</sup> führte, der weitere Verordnungen folgten (betreffend türkische<sup>10</sup>, srilankische<sup>11</sup> und algerische<sup>12</sup> Staatsangehörige). Diese Verordnungen stützten sich auf Art. 102 Ziff. 8 BV (allgemeine Verordnungskompetenz des Bundesrates zur Wahrung der Interessen der Eidgenossenschaft nach aussen) und 102 Ziff. 10 BV (Kompetenz zur Sorge für die innere Sicherheit und für die Handhabung von Ruhe und Ordnung)<sup>13</sup>. Ob sie verfassungsmässig seien, war umstritten. In einem Entscheid des bernischen Geschworenengerichts wurde die Schusswaffenverordnung betreffend jugoslawische Staatsangehörige als verfassungswidrig bezeichnet, während die Anklagekammer des bernischen Obergerichts kurze Zeit später die gegenteilige Meinung vertrat. Das Bundesgericht nahm ebenfalls zur Verfassungsmässigkeit Stellung (eine Verfassungsmässigkeitsprüfung war grundsätzlich unbeschränkt möglich, da es sich um eine selbständige, d.h. unmittelbar auf einer Ermächtigung in der BV beruhende Verordnung handelte<sup>14</sup>). Das Bundesgericht hat in BGE 123 IV 29 ff die Verordnung insoweit als verfassungsmässig bezeichnet, als sie in Art. 4 den jugoslawischen Staatsangehörigen das Tragen und Mitführen von Schusswaffen in der Öffentlichkeit generell verbot, hingegen in BGE 122 IV 258 ff festgehalten, dass die Verordnung den Anforderungen an eine verfassungsunmittelbare Polizeiverordnung des Bundesrates nicht genüge, soweit sie die Veräusserung von Schusswaffen an ausnahmslos alle Ausländer ohne Niederlassungsbewilligung beschränke. Im jüngeren Entscheid musste das Bundesgericht auch zur Frage Stellung nehmen, ob in einer Verordnung ohne entsprechende Grundlage in einem formellen Gesetz überhaupt eine Freiheitsstrafe angedroht werden könne, da das Gericht in früheren Entscheiden erklärt hatte, jede Strafe, welche einen Freiheitsentzug mit sich bringe, bedürfe als schwerer Eingriff in die persönliche Freiheit einer klaren Grundlage in

---

<sup>9</sup> AS 1992 23, 1996 2996, 1996 3118

<sup>10</sup> AS 1993 2045, 3410, 1996 3117

<sup>11</sup> AS 1996 1861, 2432

<sup>12</sup> AS 1997 808

<sup>13</sup> Jaag, a.a.O., Rz. 14 bis 16

<sup>14</sup> vgl. dazu Haller in Kommentar BV, Art. 113, Rz. 182

einem formellen Gesetz<sup>15</sup>. Das Bundesgericht kam zum Ergebnis, dass angesichts der zu schützenden Rechtsgüter (Schutz der inneren Sicherheit vor der unberechenbaren Gefahr gewalttätiger Auseinandersetzungen von Jugoslawen in der Schweiz) die Androhung auch von Gefängnisstrafe angemessen sei, wies aber auf die Notwendigkeit hin, bei der Androhung von Gefängnisstrafen in einer verfassungsunmittelbaren Verordnung des Bundesrates möglichst rasch eine Grundlage in einem formellen Gesetz zu schaffen, welche Voraussetzung angesichts des Standes der Arbeiten am Waffengesetz erfüllt sei (123 IV 38 f.). Um die mit den besagten Verordnungen anvisierten Ziele auf längere Frist erreichen zu können, war mithin eine baldige Realisierung einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn nötig.

Das Fehlen einer bundesrechtlichen Regelung hatte überdies international u.a. die Konsequenz, dass die Schweiz wegen des Erfordernisses der beidseitigen Strafbarkeit<sup>16</sup> auf dem Gebiet des illegalen Waffenhandels auf weiten Gebieten keine Rechtshilfe gewähren konnte.

Die Verfassungsbestimmung von Art. 40bis BV schaffte nur eine sogenannt fragmentarische Kompetenz des Bundes, d.h., sie begründete keine umfassende Kompetenz zur Regelung des Waffenhandels und des Waffentragens, sondern bloss eine solche zur Missbrauchsregelung. In der parlamentarischen Diskussion wurde denn auch klargestellt, dass die auf alter Tradition beruhende Befugnis der Schweizer zum Erwerb, Besitz und Tragen von Waffen nicht angetastet werden solle<sup>17</sup>.

Am 23.2.1994 gab das EJPD der Expertenkommission unter dem Präsidium des Tessiner Staatsrates Alex Pedrazzini den Auftrag, einen Entwurf und Bericht zum WG zu erarbeiten. Die Arbeiten wurden im November 1994 abgeschlossen<sup>18</sup>.

Am 15.2.1995 ermächtigte der Bundesrat das EJPD zur Durchführung des Vernehmlassungsverfahrens, an dem sich alle Kantone, die eidg. Kommission für

---

<sup>15</sup> vgl. dazu auch Gilbert Kolly, Selbständige Verordnungen als Grundlage für Freiheitsstrafen, SJZ 89 (1993), S. 352 ff

<sup>16</sup> vgl. Art. 64 Abs. 1 IRSG

<sup>17</sup> Jaag, a.a.O., Rz. 22

<sup>18</sup> Botschaft, S. 4

Jugendfragen, acht Parteien, 95 Organisationen, diverse Behörden und über 1700 (besorgte) Bürgerinnen und Bürger beteiligen<sup>19</sup>.

Am 2.10.1995 erfolgte der Beschluss des Bundesrates über das weitere Vorgehen, worauf der Vorentwurf verwaltungsintern überarbeitet wurde.

Die parlamentarische Beratung des WG wurde im Sommer 1997 abgeschlossen, die Referendumsfrist lief am 9. Oktober 1997 unbenützt ab. Gleichzeitig mit dem Erlass der Waffenverordnung (WV)<sup>20</sup> beschloss der Bundesrat, das WG und die WV auf 1.1.1999 in Kraft zu setzen<sup>21</sup>. Die Gesetz gewordene Fassung enthält gegenüber dem Entwurf gewisse Änderungen (z.B. Verzicht auf einen Waffenpass, in den jede Übertragung einer Waffe eingetragen werden und der die Waffe bei jeder Übertragung begleiten sollte, dafür Erfordernis eines schriftlichen Vertrages bei Erwerb unter Privaten, grundsätzlich Gleichstellung von Schweizerbürgern mit Wohnsitz im Ausland beim Waffenerwerb gegenüber Schweizerbürgern mit Wohnsitz in der Schweiz etc.), hält sich im Übrigen aber eng an die Vorlage.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Erlass des Waffengesetzes nach einem überaus harzigen Start ungewöhnlich rasch vonstatten gegangen ist. Unter dem schnellen Tempo litt allerdings ein wenig die Koordination mit den Kantonen, denen über weite Strecken der Vollzug des Gesetzes obliegt (Art. 38 WG). Verschiedene Bundesvorgaben wie praxistaugliche Formulare, Prüfungsfragen bei der Waffenhandelsprüfung und der Prüfung für die Waffentragbewilligung lagen beim Inkrafttreten des Gesetzes nicht vor. Wegen der raschen Gangart des Bundes war es auch nicht möglich, gleichzeitig mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes die kantonalerbische Vollziehungsverordnung in Kraft zu setzen. Der Regierungsrat hat die Verordnung über den Vollzug des eidgenössischen Waffenrechts (Kantonale Waffenverordnung, KWV)<sup>22</sup> erst am 28.4.1999 verabschiedet. Sie ist am 1.7.1999 in Kraft getreten (Art. 26 KWV).

### **Grundzüge des abgelösten Konkordats über den Handel mit Waffen und Munition**

---

<sup>19</sup> Botschaft, S. 4

<sup>20</sup> SR 514.541

<sup>21</sup> BRB vom 21.9.1998, AS 1998 2547

<sup>22</sup> BAG 99-42, BSG 943.511.1

Das durch das WG abgelöste Konkordat vom 27.3.1969<sup>23</sup> schrieb für den gewerbsmässigen Verkauf von Waffen und Munition ein kantonales Waffenhändler-Patent vor (Art. 1). Faustfeuerwaffen und andere Schusswaffen zu einhändigem Gebrauch sowie alle Geräte zum Versprühen oder Zerstäuben von Reizstoffen jeder Art konnten von Händlern nur gegen Abgabe eines Waffenerwerbsscheins verkauft werden (Art. 2). Die Ausschlussgründe des Konkordats für die Abgabe eines Waffenerwerbsscheins (Art. 5) waren teilweise detaillierter geregelt sind als diejenigen des WG, Art. 8 (z.B. Ausschluss von Gewohnheitstrinkern unter Schutzaufsicht und von Personen mit Wirtshausverbot). Waffenhändler mussten die Waffenerwerbsscheine geordnet aufbewahren, ein fortlaufendes Verzeichnis über alle Verkäufe von Waffen führen und den Polizeiorganen jederzeit Einsicht in Verzeichnis und Waffenerwerbsscheine gewähren (Art. 6). Vorbehältlich einer Ausnahmegewilligung war der An- und Verkauf von Maschinenpistolen und Maschinengewehren, von einhändig bedienbaren Spring- und Fallmessern und von Schusswaffen, die einen Gebrauchsgegenstand vortäuschen, in den Konkordatskantonen verboten (Art. 8). Vorsätzliche und fahrlässige Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften des Konkordates wurden mit Haft oder Busse bestraft (Art. 11).

### **Verhältnis zum Kriegsmaterialgesetz (KMG)**

Die Verfassungsgrundlage des WG bezieht sich auf alle Arten von Waffen, Waffenzubehör und Munition, während diejenige für das KMG<sup>24</sup> (Art. 41 Abs. 2 BV<sup>25</sup>) auf Waffen, Munition und Sprengmittel beschränkt ist, welche als Kriegsmaterial verwendet werden können. Die Geltungsbereiche der Verfassungsgrundlagen von KMG und WG überschneiden sich somit teilweise<sup>26</sup>.

Dies hat Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen den beiden Gesetzen. Das KMG ist im Verhältnis zum Waffengesetz als lex specialis zu betrachten. Wird ein Sachverhalt durch das KMG erfasst, kommt das Waffengesetz nicht zur Anwendung, es sei denn, das KMG verweise ausdrücklich darauf<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> BSG 943.511

<sup>24</sup> SR 514.51

<sup>25</sup> Art. 107 Abs. 2 neue Bundesverfassung (gestraffter Wortlaut)

<sup>26</sup> Jaag, a.a.O., Rz. 24

<sup>27</sup> Botschaft, S. 6, vgl. auch Art. 2 Abs. 3 und Art. 42 Abs. 3 WG

Das KMG bezweckt, durch die Kontrolle der Herstellung und des Transfers von Kriegsmaterial und der entsprechenden Technologie die internationalen Verpflichtungen der Schweiz zu erfüllen sowie ihre aussenpolitischen Grundsätze zu wahren; dabei soll in der Schweiz eine an die Bedürfnisse der Landesverteidigung angepasste industrielle Kapazität aufrechterhalten werden können (Art. 1 KMG). Herstellung von, Handel mit, Vermittlung, Einfuhr, Ausfuhr und Durchfuhr von Kriegsmaterial und Übertragung von kriegsmaterialbezogenen Immaterialgütern bedürfen einer Bewilligung des Bundes (Art. 2 KMG). Handel und Herstellung (einschliesslich Abänderung) von Kriegsmaterial unterstehen dem Gesetz, soweit sie gewerbsmässig betrieben werden (Art. 6 KMG). Was Kriegsmaterial ist, wird in der Verordnung über das Kriegsmaterial (KMV)<sup>28</sup> und ihrem Anhang 1 umschrieben (Art. 5 KMG, Art. 2 KMV und Anhang 1). Das KMG verbietet im Wesentlichen jegliches Verfügen über Kernwaffen, ABC-Waffen und Anti-Personenminen (Art. 7 und 8 KMG). Für Herstellung, Handel und gewerbsmässige Vermittlung von Kriegsmaterial auf schweizerischem Territorium bedarf es einer Grundbewilligung; von der Bewilligungspflicht ausgenommen ist die Ausführung von Aufträgen des Bundes für Kriegsmaterial der Schweizerarmee (Art. 9 KMG). Zusätzlich zur Grundbewilligung sind für jeden einzelnen Fall sogenannte Einzelbewilligungen erforderlich. Das Gesetz nennt als solche Einzelbewilligungen: die Fabrikationsbewilligung, die Vermittlungsbewilligung, die Einfuhrbewilligung, die Ausfuhrbewilligung, die Durchfuhrbewilligung und die Bewilligung für den Abschluss von Verträgen betreffend die Übertragung von Immaterialgütern (Art. 12 KMG). Der Bundesrat hat eine Liste (Anhang 2 zur KMV) erlassen mit Ländern, für welche keine Einzelbewilligungen für Vermittlungen und Immaterialgüter-Transfer erforderlich sind. Die Bewilligung für Auslandsgeschäfte wird erteilt, wenn sie dem Völkerrecht, den internationalen Verpflichtungen und den Grundsätzen der schweizerischen Aussenpolitik nicht widerspricht (Art. 22 KMG). Der Bundesrat bezeichnet eine Zentralstelle zur Bekämpfung illegaler Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Kriegsmaterial (Art. 30 KMG). Vorsätzliche Widerhandlungen gegen die Bewilligungs- und Meldepflichten werden mit Gefängnis oder mit Busse bis zu 1 Million Franken bestraft, in schweren Fällen kann Zuchthaus bis zu 10 Jahren und dazu eine Busse bis zu 5 Millionen Franken verhängt werden, bei fahrlässiger Begehungsweise droht Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Busse bis zu 100'000 Franken (Art. 33 KMG). Bei vorsätzlichen Widerhandlungen gegen das Verbot von Kernwaffen, ABC-Waffen und Anti-Personenminen drohen bis zu 10 Jahren Zuchthaus und Busse bis zu 5

---

<sup>28</sup> SR 514.511

Millionen Franken, bei fahrlässiger Begehungsweise Gefängnis bis zu 12 Monaten oder Busse bis zu 500'000 Franken (Art. 34 und 35 KMG). Die übrigen Verstösse gegen das KMG werden als Übertretungen geahndet, wobei folgende Besonderheiten zu verzeichnen sind: Versuch und Helfenshaft sind strafbar, die Verfolgungsverjährung beträgt 5 Jahre (Art. 36 KMG). Anders als beim WG unterstehen Verfolgung und Beurteilung der Widerhandlungen gegen das KMG der Bundesgerichtsbarkeit (Art. 40 KMG).

### **Materielle Regelungen des Waffengesetzes**

Wie bereits gesagt, will das WG die missbräuchliche Verwendung von Waffen und ihrer Zubehör regeln. Zu diesem Zweck stellt es Vorschriften über deren Erwerb, die Ein-, Aus- und Durchfuhr, das Aufbewahren, das Tragen, das Mitführen, Vermitteln, Herstellen und den Handel auf und droht zu deren Durchsetzung Vergehens- bzw. Übertretungsstrafen an.

### **Waffe**

Das WG definiert in Art. 4, was als Waffe unter das Gesetz fällt, und zählt in Art. 5 auf, welche Handlungen im Zusammenhang mit Waffen verboten sind. Um die Tragweite der Definitionen und Aufzählungen einigermaßen verstehen zu können, müssen stets die entsprechenden Verordnungsbestimmungen zu Rate gezogen werden (Art. 3 bis 8 WV). Nicht unter das WG fallen antike Waffen (Hand- und Faustfeuerwaffen, die vor 1890 hergestellt wurden, Hieb-, Stich- und andere Waffen, die vor 1900 hergestellt wurden), Druckluft- und CO<sub>2</sub>-Waffen sowie Waffen, für die verwendbare Munition nicht mehr im öffentlichen Handel erhältlich ist und auch nicht mehr hergestellt wird (Art. 2 Abs. 2 WG). Auf die Festlegung eines maximalen Waffenkalibers wurde verzichtet, um den Anwendungsbereich des WG nicht zu sehr einzuschränken. Da weder Faust- noch Handfeuerwaffen, fallen allerdings Kanonen nicht unter das WG, wohl aber unter das KMG<sup>29</sup>. Als Waffen gelten (Art. 4 WG):

- alle Arten von Hand- und Faustfeuerwaffen<sup>30</sup> ;

---

<sup>29</sup> Botschaft, S. 6

<sup>30</sup> unter Vorbehalt von Art. 2 Abs. 2 WG

- Sprayprodukte der Giftklassen 1 und 2 (schwarzes Band), während die übrigen Sprays (gelbes Band) anders als gemäss Konkordat nicht mehr unter den Waffenbegriff fallen,
- Dolche und Messer mit einhändig bedienbarem Auslösemechanismus;
- Schlagringe, Schlagruten, Schlagstöcke, Wurfsterne, Wurfmesser, Hochleistungsschleudern und ähnliche Geräte, die zur Verletzung von Menschen bestimmt sind;
- Elektroschockgeräte, die in Art. 4 WV festgelegte Grenzwerte übersteigen.

Als Waffenzubehör werden vom WG Schalldämpfer, Laser- und Nachsichtzielgeräte erfasst.

Unter das Waffengesetz fallende wesentliche Waffenbestandteile (vgl. Art. 5 WV) sind insbesondere der Verschluss und der Lauf, und als Munition im Sinn des Waffengesetzes gilt schliesslich jedes Schiessmaterial mit einer Treibladung, deren Energie durch Zündung in einer Hand- oder Faustfeuerwaffe auf ein Geschoss übertragen wird.

### Beschränkungen und Verbote

Art. 5 Abs.1 WG nennt Waffen und Waffenzubehör, die nicht erworben, getragen, vermittelt und eingeführt werden können. Erlaubt ist hingegen deren Besitz und - entgegen dem Gesetzesentwurf - der Erwerb durch Erbgang (Art. 5 Abs. 6 WG).

Vom Verbot werden im Einzelnen erfasst:

- Serief Feuerwaffen und zu Halbautomaten (d.h. Waffen, bei denen das Auswerfen der benützten Patronenhülse, das erneute Spannen des Schlosses und das Einführen der nächsten Patrone ins Patronenlager sowie das Verriegeln des Verschlusses automatisch erfolgt, während für das Abfeuern des nächsten Schusses im Gegensatz zu den Serief Feuerwaffen erneut der Abzug benutzt werden muss) umgebaute Serief Feuerwaffen, da diese leicht wieder zu Serief Feuerwaffen verwandelt werden könnten<sup>31</sup> ; vom Verbot werden allerdings ausdrücklich zu halbautomatischen Handfeuerwaffen abgeänderte schweizerische Ordonnanz-Serief Feuerwaffen ausgenommen (Art. 5 Abs. 5 WG);
- Messer, deren Klinge von einem einhändig bedienbaren Mechanismus automatisch ausgelöst werden können (Art. 6 WV);
- alle Schmetterlingsmesser und zusätzlich Messer mit einer Klingenlänge von mehr als 9 cm, die über einen einhändig bedienbaren Mechanismus manuell einsatzbereit gemacht werden können (Art. 7 WV);

---

<sup>31</sup> Botschaft, S. 7

- Dolche mit weniger als 30 cm langer, symmetrischer Klinge, die geschliffen oder teilgeschliffen ist (Art. 8 Abs. 1 WV); ist die Klinge asymmetrisch (z.B. Pfadimesser), so darf der Dolch zwar nicht im Sinne des Gesetzes getragen, wohl aber frei erworben und zu Veranstaltungen von Schiess- und Jagdvereinen oder militärischen Vereinen und Verbänden mitgeführt werden (Art. 8 Abs. 3 WV, Art. 28 WG);
- Schlagringe, Schlagruten, Schlagstöcke, Wurfsterne, Wurfmesser, Hochleistungsschleudern und ähnliche Geräte, die zur Verletzung von Menschen bestimmt sind; wann man es mit einer Hochleistungsschleuder zu tun hat, wird weder im WG noch in der WV definiert; es handelt sich hier um eine von verschiedenen Unklarheiten, die dazu geführt haben, dass sich die noch junge WV bereits in Überarbeitung befindet<sup>32</sup> ;
- Elektroschockgeräte, die in Art. 4 WV festgelegte Grenzwerte übersteigen;
- Waffen, die einen Gebrauchsgegenstand darstellen (z.B. Spazierstock mit Schiessvorrichtung);
- Schalldämpfer, Laser- und Nachtsichtzielgeräte.

Die Redewendung 'Keine Regel ohne Ausnahme' gilt für das WG in Hohem Mass. Das Gesetz sieht vor, dass die Kantone Ausnahmen vom Verbot der Handhabung mit diesen Waffen bewilligen können (Art. 5 Abs. 2 WG). Nach Massgabe von Art. 48 WV können die Ausnahmegewilligungen nur in begründeten Einzelfällen an bestimmte Personen erteilt werden, wobei sie zu befristen sind und mit Auflagen versehen werden können. Gemäss Art. 14 KWV ist für derartige Ausnahmegewilligungen das Amt für Polizeiverwaltung (APV) zuständig. Laut Vortrag der Polizei- und Militärdirektion vom 21.4.1999 sollen diese Ausnahmegewilligungen nur restriktiv erteilt werden. Zitat Vortrag S. 9: 'Zu denken ist etwa an einen Angestellten einer Sicherheitsfirma, der sich mit Schlagstöcken bewaffnen muss, oder an einen Artisten, der mit Messern und Dolchen arbeitet. Zu berücksichtigen ist auch, dass gewisse Waffen als Sportgeräte verwendet werden (z.B. fernöstliche Kampfgeräte) oder dass behinderte Menschen unter Umständen darauf angewiesen sind, ein Messer mit einem einhändig auslösbaren Funktionsmechanismus zu tragen.'

Art. 7 WG räumt dem Bundesrat die Kompetenz ein, den Erwerb von Waffen, Zubehör und Munition sowie das Tragen von Waffen durch Angehörige bestimmter Staaten zu verbieten.

---

<sup>32</sup> Gemäss einem Schreiben des bernischen APV vom 12.8.1999 an die Einwohnergemeinden, das kantonale und die städtischen Polizeikorps wird die überarbeitete WV auf Mitte 2000 erwartet.

Hiervon hat er in Art. 9 der WV Gebrauch gemacht. Gestützt auf diese Bestimmung dürfen Angehörige der Bundesrepublik Jugoslawien, von Kroatien, Bosnien-Herzegowina, Mazedonien, der Türkei, Sri Lanka, Algerien und Albanien - unter Vorbehalt einer Ausnahmewilligung durch die Zentralstelle Waffen - Waffen, wesentliche Waffenbestandteile, Waffenzubehör, Munition und Munitionsbestandteile weder erwerben noch tragen. Diese Bestimmung löst die vier bisherigen Waffentragverordnungen für Ausländer ab (Art. 49 WV) und vergrössert gleichzeitig den Kreis der vom Verbot betroffenen Staatsangehörigen.

### Waffenerwerb

Sämtliche Waffen oder wesentlichen Waffenbestandteile im Sinn von Art. 4 WG bzw. Art. 5 WV können im Handel nur noch mit einem Waffenerwerbsschein erworben werden (Art. 8 Abs. 1 WG). Der Waffenerwerbsschein wird von den Kantonen ausgestellt und gilt für die gesamte Schweiz (Art. 8 Abs. 3 WG). Im Kanton Bern ist das Gesuch wie bis anhin bei der Wohnsitzgemeinde einzureichen, und die Regierungsstatthalter/innen entscheiden über Ausstellung und Verlängerung (Art. 2 KWV). Keinen Erwerbsschein enthalten unmündige oder entmündigte Personen, Personen, bei denen Grund zur Annahme einer Selbst- oder Drittgefährdung besteht, sowie Personen, die wegen einer Handlung, die eine gewalttätige oder gemeingefährliche Gesinnung bekundet, oder wegen wiederholt begangener Verbrechen oder Vergehen im Strafregister eingetragen sind, solange der Eintrag nicht gelöscht ist (Art. 8 Abs. 2 WG). Nach dieser letzten Bestimmung wären z.B. Personen vom Erhalt eines Waffenerwerbsscheins ausgeschlossen, die mehrere nicht gelöschte Registereinträge wegen Nichtabgabe entzogener Fahrzeugausweise haben. Ob dies wirklich mit der Regelung bezweckt werden sollte, darf bezweifelt werden. Dem Gesuch um Erteilung eines Waffenerwerbsscheins sind ein höchstens drei Monate alter Auszug aus dem Zentralstrafregister und die Kopie eines amtlichen Ausweises beizulegen (Art. 10 WV). Der Waffenerwerbsschein ist sechs Monate gültig, wobei die Gültigkeitsdauer um höchstens drei Monate erstreckt werden kann (Art. 8 Abs. 5 WG). Mit einem Waffenerwerbsschein können laut Art. 11 WV beim gleichen Veräusserer gleichzeitig drei Waffen oder wesentliche Waffenbestandteile erworben werden. Der entsprechende Erwerb ist auf dem Schein einzutragen, und der Händler hat eine Kopie des ausgefüllten Scheins spätestens einen

Monat nach der Übertragung an die zuständige kantonale Stelle, im Kanton Bern an die Regierungsstatthalterämter, zu senden (Art. 11 und 12 WV).

Von der Pflicht zur Erlangung eines Waffenerwerbsscheins gibt es, wie nicht anders zu erwarten, Ausnahmen, und auch zu diesen Ausnahmen bestehen wiederum Ausnahmebestimmungen.

Eine erste Ausnahme besteht für den Erwerb von Waffen unter Privaten (Art. 9 WG). Hier ist kein Waffenerwerbsschein erforderlich, hingegen treffen die übertragende Person gewisse Sorgfaltspflichten. Identität und Alter der erwerbenden Person müssen anhand eines amtlichen Ausweises überprüft werden, und eine Waffenübertragung darf nur erfolgen, wenn die veräussernde Person nach den Umständen annehmen darf, bei der erwerbenden Person bestehe kein Hinderungsgrund für den Erhalt eines Waffenerwerbsscheins. Gesetz und Verordnung schweigen sich leider darüber aus, unter welchen Umständen diese Annahme zulässig sei. Art. 13 Abs. 2 WV schreibt lediglich das Einholen eines Strafregisterauszugs oder von entsprechenden Informationen bei Behörden und weiteren Personen vor, wenn die übertragende Person Grund zu Zweifeln habe, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Übertragung erfüllt sind. Diese sehr vage formulierten Sorgfaltspflichten beim Waffenverkehr unter Privaten sind eine bedauerliche Schwachstelle des Gesetzes. In der Praxis wird vermutlich viel Diskussionsstoff abgeben, ob im Einzelfall mit der nach den Umständen genügenden Sorgfalt vorgegangen worden sei oder ob im Gegenteil eine nach Art. 34 WG strafbare Missachtung von Sorgfaltspflichten vorliege. Zu den Sorgfaltspflichten gehört im Weiteren die Vorschrift, dass für jede Übertragung einer Waffe unter Privaten ein schriftlicher Vertrag abzuschliessen ist, den jede Vertragspartei mindestens zehn Jahre aufbewahren muss (Art. 11 WG).

Eine zweite Ausnahme besteht nicht nur für den Erwerb unter Privaten, sondern generell für bestimmte Waffen, bei denen die Gefahr missbräuchlicher Verwendung als gering eingeschätzt wird (z.B. Sport- und Jagdwaffen). Art. 14 und 15 WV regeln im Einzelnen die Ausnahmen von der Bewilligungspflicht. Hingegen ist auch hier ein schriftlicher Vertrag nötig, und es gelten die beim Erwerb unter Privaten umschriebenen Sorgfaltspflichten.

Eine Ausnahme von diesen Ausnahmebestimmungen gilt für ausländische Staatsangehörige ohne Niederlassungsbewilligung, soweit sie nicht ohnehin nach Massgabe von Art. 7 WG und Art. 9 WV vom Waffenerwerb ausgeschlossen sind. Ausländische Staatsangehörige ohne

Niederlassungsbewilligung benötigen für jeden Erwerb einer Waffe oder eines wesentlichen Waffenbestandteils einen Waffenerwerbsschein, den sie im Erwerbskanton gegen Vorlage einer Bestätigung ihres Wohnsitz- oder Heimatstaates erhalten, wonach sie zum Erwerb einer Waffe oder eines wesentlichen Waffenbestandteils berechtigt sind (Art. 12 WG). Solche Waffenerwerbe durch ausländische Staatsangehörige sind - im Kanton Bern durch das APV (Art. 21 Abs. 1 KVV) - quartalsweise der Zentralstelle Waffen zu melden (Art. 13 WG), die darüber eine automatisierte Datenbank (DEWA) führt (Art. 14 WG).

Munition darf - unter Vorbehalt der für Angehörige bestimmter Staaten geltenden Ausnahmebestimmungen von Art. 7 WG und Art. 9 WV - ohne Waffenerwerbsschein übertragen werden; die erwerbende Person muss nur die Voraussetzungen zum Erwerb eines solchen erfüllen (Art. 15 Abs. 1 WG). Auf Seiten der übertragenden Person genügt es, dass sie Identität und Alter der erwerbenden Person anhand eines amtlichen Ausweises überprüft und im Übrigen nach den Umständen annehmen darf, es liege kein Hinderungsgrund für den Erhalt eines Waffenerwerbsscheins vor (Art. 15 Abs. 2 WG). Beim Erwerb an Schiessanlässen entfallen diese eh schon recht vagen Sorgfaltspflichten weitgehend. Es ist lediglich sicherzustellen, dass Personen unter achtzehn Jahren die an Schiessanlässen erworbene Munition unverzüglich und unter Aufsicht verschossen (Art. 16 WG).

#### Waffenhandel und Waffenherstellung

Die Waffenhandelsbewilligung wird durch das WG neu auf eidgenössischer Ebene verankert<sup>33</sup>. Nur gewerbsmässige Händler bedürfen einer Bewilligung. Die Gewerbsmässigkeit definiert sich laut Botschaft im Bereich des WG gleich wie im gemeinen Strafrecht<sup>34</sup>. Gewerbsmässigkeit ist nach der neueren Bundesgerichtspraxis bekanntlich gegeben, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die jemand für die fraglichen Tätigkeiten aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er diese Tätigkeiten nach Art eines Berufes ausübt. (...) Wesentlich für die Annahme der Gewerbsmässigkeit ist, dass eine Person durch diese Handlungen relativ regelmässig Einnahmen erzielt und anstrebt, die einen namhaften Betrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung darstellen (BGE 116 IV 319 E. 4 und 4c, 117 IV 120 E. 1c). Neu gegenüber dem Konkordat ist auch gewerbsmässige Vermittlung von Waffen, Waffenbestandteilen und Munition

---

<sup>33</sup> Botschaft, S. 14

<sup>34</sup> Botschaft, S. 14 und 22

bewilligungspflichtig<sup>35</sup>. Händler müssen laut Art. 17 Abs. 2 WG die Voraussetzungen für die Erteilung eines Waffenerwerbsscheins erfüllen, eine von den kantonalen Behörden abgenommene Prüfung (Kt. Bern: Abnahme der theoretischen und praktischen Prüfung durch Sachverständige, die von der Polizei- und Militärdirektion bestimmt werden, Art. 10 KWV) bestehen<sup>36</sup>, im Handelsregister eingetragen sein und über besondere Geschäftsräume<sup>37</sup> verfügen, wo ihre Ware sicher aufbewahrt werden kann. Mit dem Erfordernis besonderer Geschäftsräume soll dem kaum kontrollierbaren sogenannten Schlafzimmerwaffenhandel vorgebeugt werden<sup>38</sup>. Kandidaten für die Waffenhandelsbewilligung müssen überdies Gewähr für eine ordnungsgemässe Führung der Geschäftsbücher bieten, die nach den Vorgaben von Art. 21 WG und Art. 20 WV zu führen sind und den kantonalen Kontrollbehörden (Kt. Bern: Regierungsstatthalter/innen, Art. 21 Abs. 2 KWV) zur jederzeitigen Einsicht offenstehen. Ist eine Waffenhandlung in die Rechtsform einer juristischen Person gekleidet, so muss ein Mitglied der Geschäftsleitung bezeichnet werden, das im Geschäftsbetrieb für alle Belange nach WG verantwortlich ist. Dieses Mitglied benötigt eine Waffenhandelsbewilligung und muss insbesondere durch eine geeignete Stellvertretungsregelung sicherstellen, dass die Vorschriften des WG jederzeit eingehalten werden. Bewilligungsinstanz ist im Kanton Bern das APV (Art. 12 KWV).

Gleichermassen bewilligungspflichtig ist die gewerbsmässige Herstellung und Abänderung von Waffen, wesentlichen Waffenbestandteilen, Waffenzubehör, Munition und Munitionsbestandteilen (Art. 18 WG), während die nichtgewerbsmässige Herstellung und Abänderung sowie der nichtgewerbsmässige Umbau von Waffen, Munition und jeweiligen Bestandteilen grundsätzlich verboten ist (Art. 19 und 20 WG). Auch hier können die Kantone

---

<sup>35</sup> Botschaft, S. 14

<sup>36</sup> Die Einzelheiten sind im Reglement über die Prüfung für die Waffenhandelsbewilligung vom 21.9.1998, SR 514.544.1, festgehalten. Die Prüfung besteht aus einem theoretischen und einem praktischen Teil. In der theoretischen, schriftlichen Prüfung von einer Stunde Dauer werden die Kenntnisse der Waffen-, Kriegsmateriel-, Güterkontroll-, Gift- und Jagdgesetzgebung, der einschlägigen Bestimmungen des Strafgesetzbuches, der Waffen- und Munitionsarten und deren Handhabung sowie der Ballistik in ihren Grundzügen examiniert. Die praktische Prüfung umfasst die Identifizierung von Waffen, Waffenzubehör sowie Munition und die Waffenmanipulation.

<sup>37</sup> In der Verordnung über die Mindestanforderungen für Geschäftsräume von Waffenhandlungen vom 21.9.1998, SR 514.544.2, werden Einzelheiten über Einbruch- sowie Diebstahlsicherung und Überfallschutz geregelt.

<sup>38</sup> Botschaft, S. 15

allerdings Ausnahmegewilligungen erteilen. Solche Bewilligungen kann im Kanton Bern das APV gewähren (Art. 19 und 20 KWV).

### Grenzüberschreitender Verkehr

Das WG statuiert eine Meldepflicht für jegliche<sup>39</sup>, d.h. gewerbs- wie nichtgewerbsmässige Ein-, Aus- und Durchfuhr von Waffen, Munition und ihren Bestandteilen (Art. 23 Abs. 1 WG). Die Meldung hat bei den örtlichen Zollorganen zu erfolgen. Gewerbsmässiger grenzüberschreitender Verkehr ist bewilligungspflichtig, wobei die Bewilligungserteilung den Besitz einer Waffenhandelsbewilligung voraussetzt (Ausnahme: ausschliesslich Durchfuhr) und von der Zentralstelle Waffen für eine befristete Zeit erteilt wird (Art. 24 WG). Geht es um Ein- und Ausfuhr von Kriegsmaterial, so sind Bewilligungen nach KMG (Grundbewilligung sowie Einzelbewilligungen) erforderlich<sup>40</sup>. Auch nichtgewerbsmässiger grenzüberschreitender Verkehr ist grundsätzlich bewilligungspflichtig, wobei die Bewilligung durch die kantonalen Behörden erteilt wird (im Kanton Bern das APV, Art. 15 KWV). Ausnahmen von der Melde- und Bewilligungspflicht bestehen für Personen mit Diplomatenstatus und bei nachweislicher Verwendung für Jagd- und Sportveranstaltungen (Art. 26 und 27 WV).

### Aufbewahren, Tragen und Mitführen

Neu wird das Aufbewahren von Waffen, Munition und entsprechenden Bestandteilen summarisch geregelt. Waffen, Munition und ihre Bestandteile müssen vor dem Zugriff unberechtigter Dritter geschützt werden (Art. 26 Abs. 1 WG). Verschlüsse von Automaten und Halbautomaten sind getrennt von der übrigen Waffe und unter Verschluss aufzubewahren (Art. 28 WV). Neu ist zudem die gesetzliche Pflicht eingeführt worden, sofort jeden Verlust einer Waffe der Polizei zu melden (Art. 26 Abs. 2 WG). Der Verstoss gegen diese Pflicht wird als Übertretung geahndet (Art. 34 Abs. 1 lit. g WG).

Neu ist für das Tragen einer Waffe in der Öffentlichkeit eine Waffentragbewilligung nötig, die erlangen kann, wer die Voraussetzungen für einen Waffenerwerbsschein erfüllt, die Notwendigkeit, sich, andere Personen oder Sachen vor einer tatsächlichen Gefährdung zu schützen glaubhaft macht und eine praktische (nur bei Faust- und Handfeuerwaffen, Art. 29

---

<sup>39</sup> Botschaft, S. 17

<sup>40</sup> Botschaft, S. 17

Abs. 3 WV) sowie theoretische Prüfung<sup>41</sup> abgelegt hat (Art. 27 WG). In der praktischen Prüfung haben sich Kandidat/innen über genügende Kenntnisse in der Waffenhandhabung, in der theoretischen Prüfung über gewisse Rechtskenntnisse, insbesondere auf dem Gebiet des Notwehrrechts, auszuweisen. Für die theoretische Waffentragprüfung hat die Zentralstelle Waffen einen Fragenkatalog samt Antworten bereitgestellt. Eine Durchsicht der Antworten, die in der Ausgabe von Februar 1999 enthalten sind, löste in verschiedenen Punkten Erstaunen aus, weshalb der Fragenkatalog für den hiesigen Gebrauch in der Zwischenzeit durch das APV bzw. das kantonbernische Polizeikommando leicht überarbeitet worden ist. Die theoretische Waffentragprüfung wird im Kanton Bern durch das örtlich zuständige Regierungsstatthalteramt abgenommen, für die praktische Prüfung bestimmt die POM Sachverständige (Art. 6 KWV)<sup>42</sup>. Bewilligungsinstanz sind für normale Waffen die Regierungsstatthalter/innen (Art. 7 KWV), für grundsätzlich verbotene Waffen gemäss Art. 5 WG das APV (Art. 17 KWV). Die Bewilligung wird für längstens fünf Jahre erteilt, gilt in der ganzen Schweiz und muss beim Waffentragen mitgeführt werden (Art. 27 Abs. 3 bzw. 1 WG). Der Arbeitsausschuss Waffen und Munition der Schweizerischen Bundespolizei empfiehlt den kantonalen Behörden, bei der Erteilung von Waffentragbewilligungen die Bedürfnisklausel möglichst streng anzuwenden, an den Nachweis einer Gefährdung strenge Anforderungen zu stellen und zu verlangen, dass konkrete, das übliche Mass übersteigende Gefährdungsmomente nachgewiesen werden<sup>43</sup>. Insbesondere sei bei der Erteilung von Ausnahmbewilligungen zum Tragen grundsätzlich verbotener Waffen grösste Zurückhaltung zu üben<sup>44</sup>.

Vom Waffentragen ist das Waffenmitführen zu unterscheiden, das ohne Waffentragbewilligung zulässig ist. Darunter wird das Mitführen zu bestimmten Veranstaltungen oder Verrichtungen (Gang zum Zeughaus, Teilnahme an Schiessveranstaltung, Gang zum Waffenhändler etc.) verstanden (Art. 28 WG). Waffen und Munition müssen dabei voneinander getrennt sein, in den Magazinen von Hand- und Faustfeuerwaffen darf sich keine Munition befinden (Art. 31 WV). Die Waffe darf nur solange

---

<sup>41</sup> Die Einzelheiten sind im Reglement über die Prüfung für die Waffentragbewilligung vom 21.9.1998, SR 514.546.1, geregelt.

<sup>42</sup> Das APV führt eine Liste mit amtlichen Sachverständigen für die praktischen Prüfungen. Stand Juni 1999 die Liste vier Sachverständige.

<sup>43</sup> Empfehlung Nr. 4 vom 10.11.1998

<sup>44</sup> Empfehlung Nr. 3 vom 10.12.1998

mitgeführt werden, als es für die entsprechende Verrichtung als angemessen erscheint. Wer also eine Waffe ständig im Auto dabei hat, betreibt kein Mitführen, sondern ein bewilligungspflichtiges Waffentragen<sup>45</sup>.

Waffen, die ohne Berechtigung getragen werden, sowie Waffen, Munition und Bestandteile, die sich im Besitz von unmündigen, entmündigten, einschlägig vorbestraften oder selbst- sowie drittgefährdenden Personen befinden, sind von den Vollzugsbehörden (im Kanton Bern: Regierungsstatthalter/innen, Art. 21 Abs. 2 KWV) zu beschlagnahmen. Ausser dieser administrativen ist selbstverständlich die strafrechtliche, d.h. richterliche Beschlagnahme möglich, sofern die Voraussetzungen nach Art. 58 StGB erfüllt sind.

---

<sup>45</sup> Botschaft, S. 20

## Strafbestimmungen

Das WG enthält in den Art. 33 und 34 einen detaillierten Katalog von Vergehens- und Übertretungstatbeständen. Für Einzelheiten muss auf den Gesetzeswortlaut verwiesen werden<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Wortlaut der beiden Artikel:

### Art. 33 (Vergehen)

- 1) Mit Gefängnis oder Busse wird bestraft, wer vorsätzlich:
  - a. ohne Berechtigung Waffen, wesentliche Waffenbestandteile, Waffenzubehör, Munition oder Munitionsbestandteile überträgt, vermittelt, erwirbt, herstellt, abändert, trägt oder ein-, aus- oder durchführt;
  - b. als Inhaber oder Inhaberin einer Waffenhandelsbewilligung Waffen, wesentliche Waffenbestandteile, Munition oder Munitionsbestandteile nicht zur Ein-, Aus- oder Durchfuhr anmeldet oder bei der Ein-, Aus- oder Durchfuhr unrichtig deklariert;
  - c. eine Waffenhandelsbewilligung mit falschen oder mit unvollständigen Angaben erschleicht;
  - d. die Buchführungspflicht nach Artikel 21 verletzt;
  - e. als Inhaber oder Inhaberin einer Waffenhandelsbewilligung Waffen, wesentliche Waffenbestandteile, Waffenzubehör, Munition oder Munitionsbestandteile nicht sicher aufbewahrt (Art. 17 Abs. 2 Bst. d).
- 2) Handelt der Täter oder die Täterin fahrlässig, so ist die Strafe Haft oder Busse. In leichten Fällen kann von einer Bestrafung abgesehen werden.
- 3) Mit Gefängnis bis zu fünf Jahren oder mit Busse bis zu 100 000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich und gewerbsmässig ohne Berechtigung:
  - a. Waffen, wesentliche Waffenbestandteile, Waffenzubehör, Munition oder Munitionsbestandteile überträgt, vermittelt, einführt, ausführt, durchführt oder herstellt;
  - b. Waffen an wesentlichen Bestandteilen abändert.

### Art. 34 (Übertretungen)

- 1) Mit Haft oder Busse wird bestraft, wer:
  - a. einen Waffenerwerbsschein oder eine Waffentragbewilligung mit falschen oder mit unvollständigen Angaben erschleicht oder zu erschleichen versucht oder dazu Gehilfenschaft leistet, ohne dass ein Tatbestand von Artikel 33 Abs. 1 Buchstabe a erfüllt ist;
  - b. ohne Bewilligung mit Seriefirewaffen schießt (Art. 5 Abs. 2 und 3);
  - c. seine Sorgfaltspflichten bei der Übertragung von Waffen, wesentlichen Waffenbestandteilen, Munition oder Munitionsbestandteilen missachtet (Art. 9, 10 und 15);
  - d. seinen Pflichten nach Artikel 11 nicht nachkommt oder auf dem Vertrag falsche oder unvollständige Angaben macht;
  - e. als Privatperson Waffen, wesentliche Waffenbestandteile, Waffenzubehör, Munition oder Munitionsbestandteile nicht sorgfältig aufbewahrt (Art. 26 Abs. 1);

Art. 33 Abs. 1 WG umschreibt diejenigen Delikte, die bei vorsätzlicher Begehungsweise als Vergehen geahndet werden. Dabei ist Art. 33 Abs. 1 lit. a als gemeinsames Delikt ausgestaltet, während die lit. b bis e als Sonderdelikte nur Inhaber/innen einer Waffenhandelsbewilligung betreffen. Unter Tätigkeit 'ohne Berechtigung' im Zusammenhang mit lit. a ist jeder Waffenumgang ohne die erforderliche Bewilligung (Waffenerwerbsschein, Waffentragbewilligung, Waffenhandelsbewilligung etc.), der Umgang mit gesetzlich verbotenen Waffen oder die Abgabe an unberechtigte Dritte gemeint<sup>47</sup>. Erfolgt der rechtswidrige Umgang mit Waffen gewerbsmässig und vorsätzlich, so greift die qualifizierte Strafnorm von Abs. 3, die Gefängnisstrafe bis zu fünf Jahren oder Busse bis zu 100'000 Franken vorsieht. Fahrlässige Widerhandlungen gegen Art. 33 WG werden dagegen bloss als Übertretungen geahndet; in leichten Fällen kann von einer Bestrafung abgesehen werden.

Art. 34 WG zählt in acht Buchstaben Tatbestände auf, die als Übertretungen geahndet werden. Zu erwähnen ist die Besonderheit, dass beim Tatbestand des Erschleichens eines Waffenerwerbsscheins oder einer Waffentragbewilligung Versuch und Gehilfenschaft als strafbar bezeichnet werden. Von praktischer Bedeutung ist zudem, dass bei Übertretungen die Verfolgungsverjährung zwei, die Vollstreckungsverjährung fünf Jahre beträgt (Art. 37 WG).

Die Strafverfolgung von Verstössen gegen das WG obliegt den Kantonen. Eine Ausnahme besteht für die Unterlassung der Meldepflicht bzw. die unrichtige Deklaration beim grenzüberschreitenden Verkehr durch Privatpersonen; in diesen Fällen ist die Zollverwaltung zur Ahndung zuständig (Art. 36 WG).

- 
- f. als Privatperson Waffen, wesentliche Waffenbestandteile, Waffenzubehör, Munition oder Munitionsbestandteile nicht zur Ein-, Aus- oder Durchfuhr anmeldet oder bei der Ein-, Aus- oder Durchfuhr unrichtig deklariert;
  - g. den Verlust von Waffen nicht sofort der Polizei meldet (Art. 26 Abs. 2);
  - h. die Waffentragbewilligung nicht mit sich führt (Art. 27 Abs. 1).
- 2) In leichten Fällen kann von einer Bestrafung abgesehen werden.

<sup>47</sup> Botschaft, S. 21

Für die Strafbarkeit nach WG von Bedeutung ist die Übergangsbestimmung des Art. 42. Diese besagt folgendes: '1) Wer nach bisherigem kantonalen Recht eine Waffe tragen oder mit Waffen handeln darf und dieses Recht behalten will, muss innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten dieses Gesetzes ein Gesuch um die entsprechende Bewilligung stellen. 2) Das Recht bleibt bestehen, bis über das Gesuch entschieden ist.'

Die Übergangsbestimmung hat zur Folge, dass Inhaber eines Waffenhändlerpatentes nach Konkordat nicht nur während des ganzen Jahres 1999 rechtmässig gestützt auf das alte Patent Handel treiben können, sondern bis zum Zeitpunkt, in dem über ihr innert Jahresfrist eingereichtes Gesuch um Erteilung einer Bewilligung nach WG entschieden worden ist, was vermutlich ohne weiteres bis weit ins Jahr 2000 hinein dauern kann.

Schwerwiegender dürfte eine zweite Folge zu sein. Nach altem Recht konnten im Kanton Bern Waffen bisher bewilligungsfrei getragen werden. Wer dieses Recht bis zum Entscheid über das Gesuch behalten will, muss lediglich im Verlauf des Jahres 1999 eine Waffentragbewilligung beantragen. Das Waffentragen in der Öffentlichkeit bleibt mithin im Kanton Bern bis Ende 1999 bzw. längstens bis zum ablehnenden Entscheid über die Erteilung einer Waffentragbewilligung rechtmässig und somit straffrei. Dies hat die weitere Folge, dass solche in der Öffentlichkeit getragenen Waffen während der Übergangsfrist auch nicht nach Massgabe von Art. 31 WG beschlagnahmt werden können, während einer richterlichen Beschlagnahme bzw. Einziehung nichts im Weg steht, sofern die Voraussetzungen von Art. 58 StGB erfüllt sind.

Mit der Inkraftsetzung des WG wurde - einmal mehr - das Strafgesetz teilrevidiert. Dieses enthält seit dem 1.1.1999 eine neue Bestimmung, Art. 260quater StGB, Gefährdung der öffentlichen Sicherheit mit Waffen<sup>48</sup>. Die neue Gesetzesbestimmung lautet wie folgt: 'Wer jemandem Schusswaffen, gesetzlich verbotene Waffen, wesentliche Waffenbestandteile, Waffenzubehör, Munition oder Munitionsbestandteile verkauft, vermietet, schenkt, überlässt oder vermittelt, obwohl er weiss oder annehmen muss, dass sie zur Begehung eines Vergehens oder Verbrechens dienen sollen, wird mit Gefängnis bis zu fünf Jahren oder mit Busse bestraft, sofern kein schwerer Straftatbestand erfüllt ist.'

Mit dieser Gesetzesbestimmung wird eine Handlungsweise umschrieben, die in aller Regel auch als Gehilfenschaft strafbar wäre. Der in der Botschaft unternommene

---

<sup>48</sup> AS 1998 2546

Abgrenzungsversuch gegenüber der Gehilfenschaft erscheint wenig überzeugend<sup>49</sup>. Die Einführung der neuen Strafbestimmung hat u.a. folgende Konsequenzen:

Wer jemandem bei der Begehung eines Vergehens dadurch behilflich ist, dass er einen der in Art. 260quater StGB genannten Gegenstände zur Verfügung stellt, kann unter Umständen strenger bestraft werden, als dies bei einer Person der Fall wäre, die Gehilfenschaft mit anderen Tatmitteln leistet (Möglichkeit der Milderung nach Strafsätzen gemäss Art. 65 StGB). Nach Art. 260quater StGB ist im Weiteren auch die Person strafbar, bei der eine Strafbarkeit wegen Gehilfenschaft aufgrund der Akzessorietät nach dem Grad der Vollendung ausser Betracht fiele, wenn also das geplante Verbrechen oder Vergehen nicht in das Stadium des strafbaren Versuchs getreten ist.

Eine Bestrafung nach Art. 260quater StGB dürfte schliesslich auch dann in Betracht kommen, wenn auf die in der Bestimmung umschriebene Weise Gehilfenschaft zu einer Auslandtat geleistet wird, für die kein Anknüpfungspunkt für die schweizerische Gerichtshoheit besteht.

### Vollzug

Zuständig zum Vollzug sind primär die Kantone, sekundär der Bund (Art. 38 WG). Die kantonalen Behörden sind zuständig für die Erteilung von Bewilligungen, soweit diese nicht in die Kompetenz der Zentralstelle Waffen (Bewilligungen für gewerbsmässige Ein-, Aus- und Durchfuhr, Art. 24 WG, Ausnahmebewilligung an Staatsangehörige gemäss Art. 9 WV) fallen, sie fungieren als Meldestellen für den Erwerb von unter das WG fallenden Gegenständen durch ausländische Staatsangehörige ohne Niederlassungsbewilligung und sie amten als Kontrollstelle gegenüber den Inhaber/innen von Waffenhandelsbewilligungen, die ihnen gegenüber auskunftspflichtig sind. Im Kanton Bern teilen sich in erster Linie das AVP und die Regierungsstatthalterämter diese Aufgaben. Die Aufgabenteilung wird im Einzelnen durch die KWV umschrieben. Der im EJPD angesiedelten Zentralstelle Waffen kommt dagegen vorab

---

<sup>49</sup> Zitat Botschaft, S. 24: 'Abzugrenzen ist dieser Tatbestand von der Gehilfenschaft: Sofern die Person, welche die Waffe überträgt, von der deliktischen Tätigkeit des Erwerbers oder der Erwerberin nicht nur weiss oder wissen müsste, sondern sie zudem billigt oder bewusst fördert, erfüllt sie den Tatbestand der Gehilfenschaft und steht damit auch unter der Strafdrohung des Hauptdeliktes. Diese Konkurrenz wird mit dem Nachsatz: <...sofern kein schwererer Straftatbestand erfüllt ist.> dahingehend entschieden, dass bei Gehilfenschaft mit schwererer Strafdrohung das vorliegende Gefährdungsdelikt konsumiert wird.'

koordinierende und beratende Funktion gegenüber den kantonalen Vollzugsbehörden zu. Ihre Aufgaben werden - nicht abschliessend - in Art. 40 WV umschrieben. Darunter hervorzuheben sind die Führung einer automatisierten Datenbank über den Erwerb von Waffen durch ausländische Staatsangehörige ohne Niederlassungsbewilligung (DEWA), die Überprüfung der Echtheit von ausländischen Bestätigungen über die Rechtmässigkeit eines Waffenerwerbs, die Bewilligungskompetenz für die gewerbsmässige Ein-, Aus- und Durchfuhr von dem WG unterstehenden Gegenständen sowie die Typenprüfung und Kontrolle von Waffen. Zu erwähnen ist schliesslich auch die Bereitstellung aller gesetzlich vorgesehenen Formulare in informatisierter Form zuhanden der kantonalen Behörden. Die Wahrnehmung dieser Aufgabe scheint nicht zeitgerecht auf das Inkrafttreten des WG geklappt zu haben...

Biel, 18. Juni / 29. Oktober 1999

Charles Haenni

**Michel-André Fels, Staatsanwalt für den Kanton Bern**

# Internationale akzessorische Rechtshilfe in Strafsachen<sup>1</sup>

Erwartungen an die Aufgabenverteilung zwischen dem Bund und den Kantonen

## Inhaltsübersicht:

- I. Stellenwert der Internationalen Rechtshilfe
- II. Erwartungen an die akzessorische Rechtshilfe
- III. Braucht es den Bund überhaupt - Revisionsbedarf?
- IV. Aufgabenteilung - Bundesaufsicht
  - Grundsatz der kantonalen Zuständigkeit
  - Aufsichtsfunktion des Bundes
  - Bundesaufgaben
  - Rechtshilfe mit den USA - Modell oder Extrawurst?
- V. Schlußfolgerungen und Forderungen

## **I. Stellenwert der Internationalen Rechtshilfe**

Bei der Behandlung des Themas „Erwartungen an die Aufgabenverteilung zwischen dem Bund und den Kantonen im Bereiche der internationalen akzessorischen Rechtshilfe“ wäre es sinnwidrig, nicht zuerst die grundlegende Frage nach dem eigentlichen Stellenwert der internationalen Rechtshilfe zu stellen und danach erst den Teilaspekt der Aufgabenverteilung im Spezialgebiet zu erörtern:

---

<sup>1</sup> Das Manuskript wurde Mitte November 1999 abgeschlossen. Grundlage dafür war das im Rahmen der Weiterbildung „Internationale Rechtshilfe“ vom Sommer 1999 gehaltene Einleitungsreferat sowie die Ergänzungen für das Weiterbildungsseminar „Internationale Rechtshilfe“ der Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen.

Grundsätzlich halte ich dafür, dass wir sachlich und objektiv bleiben müssen, wenn in den Medien von Rechtshilfe die Rede ist: Rechtshilfe kommt nicht nur bei Fluchtgeldern von in Ungnade gefallenen Staatschefs, bei der Bewältigung von Korruptionsskandalen, bei Insiderprozessen giganto-amerikanischen Ausmaßes oder bei renitenten Wirtschaftskriminellen zum Zug; Internationale Rechtshilfe, so scheint es auf den ersten Blick, läuft tagtäglich ab, täglich werden Ersuchen erledigt, Zeugen werden rechtshilfeweise einvernommen, Konten gesperrt, Expertisen versandt, Personen festgenommen, ausgeliefert oder zur Strafverbüssung überstellt, Strafverfolger kommunizieren miteinander, man versucht, sich im Sinne der Sache zu helfen und übermittelt zuweilen auch spontan Erkenntnisse, dies mit dem Ziel, Strafverfolgung auch über die jeweiligen Landesgrenzen hinweg zu betreiben.

Das eigentliche Anwendungsgebiet der Rechtshilfe entspricht also klar nicht denjenigen grossen Fällen, von denen wir ab und zu in den Medien lesen, diese Fälle sind vielmehr nur die Spitze des Eisbergs, auf die sich das Medieninteresse nach seinen eigenen Spielregeln ausrichtet. Im Lichte dieser korrigierten Optik ist ohne Not die Bemerkung angebracht, dass die Internationale Rechtshilfe in einem Straffall nicht der Teil ist, der den ganzen Rest überstrahlt und die größte Wichtigkeit hat, sondern dass sie im Verhältnis zu den anderen Verfahrenskomponenten nicht mehr und nicht weniger als ein einzelner, notwendiger Baustein, oder anders ausgedrückt, ein möglicher Teilaspekt eines Verfahrens ist. Rechtshilfe kommt primär dort zum Zug, wo es grenzüberschreitend um die Beweismittelerhebung geht oder um die Anhaltung, die Festnahme oder die Haft. Ich verweise dazu auf die kantonalen Strafprozeßordnungen, wo der Richter, hüben und drüben, zur Beweissammlung namentlich die folgenden Vorkehren treffen kann:

- die Einvernahme der Parteien, der anderen Beteiligten und allenfalls der Sachverständigen,
- der Augenschein,
- der Beizug von Sachverständigen,
- die Sicherstellung, die Verwahrung und Beschlagnahme von Gegenständen,
- die Durchsuchung von Personen, Sachen und Räumlichkeiten,
- besondere Maßnahmen gegenüber den Parteien und anderen Beteiligten,
- schriftliche Auskünfte und schliesslich
- die Edition weiterer Urkunden und Akten aus anderen Verfahren.

Neben den freiheitsbeschränkenden Maßnahmen, die ich im weiteren ausklammern möchte, sind dies die Handlungen, welche unter den Begriff der Akzessorietät fallen und grundsätzlich ebenfalls rechtshilfeweise möglich sind oder möglich sein sollten, da ihnen im Strafprozeß grundlegende Bedeutung zukommt. Solange wir mit diesen Handlungen zur Beweissammlung oder zur Ergreifung eines Angeschuldigten auf der kantonalen Ebene bleiben, ist es das, was wir als „Normalfall“ titulieren würden. Warum: Die Vorgehensweise ist bekannt, und, was zentral ist, die Verfahrensleitung hat die Fäden in der Hand. Sie kann jederzeit die Art und Reihenfolge der notwendigen Maßnahmen bestimmen und ist auch verantwortlich, mit welchem Tempo eine Strafuntersuchung vorangetrieben wird. Anders bei der Rechtshilfe: Hier ist die Verfahrensleitung gezwungen, die Fäden vorübergehend für einen oder mehrere Teilaspekte der Untersuchung bzw. der Beweisaufnahme aus der Hand zu geben. Mit anderen Worten ist sie gehalten, einen Teilbereich ihres Verfahrens an den oder die unbekannte ausländische Kollegin via verschiedene Amtsstellen zu delegieren, und sie muss sich auf deren oder dessen Identifikation mit der Sache verlassen und zudem darauf vertrauen, dass die Kollegin oder der Kollege neben all seiner Arbeit sich seriös mit der Sache auseinandersetzt.

Nicht selten handelt es sich bei diesem Teilbereich unter Umständen um gerade das, was ausgesprochen wichtig und entscheidend für das eigene Verfahren ist. Bei dieser Ausgangslage tritt regelmäßig die grundlegende Problematik in der Rechtshilfe zu Tage: Die Fäden werden verständlicherweise nur sehr ungern und bisweilen nur ungeduldig aus der Hand gegeben. Dass wir in diesen Fällen grundsätzlich ein formelles Rechtshilfeersuchen oder ein Auslieferungsbegehren oder eine Kombination von beiden stellen müssen, ist im Grunde klar. Entgegen meiner idealistischen Einleitungsvoten und entgegen der beschworenen Zielvereinbarung auf eine effiziente internationale Strafverfolgung zeigt uns die Erfahrung leider, dass diese Furcht vor dem „Fäden aus der Hand geben“ leider sehr oft ihre Bestätigung findet und viel Zeit, sehr viel Zeit, eben viel zu viel Zeit vergeht, bis überhaupt eine Antwort aus dem Ausland kommt, dass das Ersuchen in irgendeinem Ministerium feststeckt oder dass wir gar mit komisch anmutenden Rückfragen statt mit Resultaten konfrontiert werden. Vielfach ist es dann auch so, dass wir nicht das Resultat erhalten, um das wir eigentlich ersucht haben, sei es, dass wir die Einvernahme einer Person als Zeuge durch den Richter verlangt haben und statt dessen ein polizeiliches Einvernahmeprotokoll zurückerhalten, oder dass gewisse Teile des Ersuchens schlicht nicht erledigt worden sind.

Wenn ich auf den angesprochenen Normalfall zurückkomme, wäre es doch eigentlich selbstverständlich, dass in solchen Fällen die verfahrensleitende Untersuchungsrichterin mit ihrem ausländischen Kollegen direkt kommuniziert, Absprachen trifft, Unklarheiten beseitigt, ihm Erkenntnisse vermittelt, der Rechtshilfehandlung selbst beiwohnt oder sie gar nach einem kurzen Avis selbst vornimmt oder zumindest bei Pannen direkt Rücksprache nehmen kann um Remedur zu schaffen. Gerade die angesprochenen, lästigen Pannen - wobei auch diese nicht repräsentativ für die gesamte Rechtshilfe sind - und das stark ausgebaute, zeitintensive Rechtsmittelsystem der Internationalen Rechtshilfe treiben respektable Exponenten der Rechtshilfeszene wie unter anderen den Genfer Generalstaatsanwalt Bertossa zur Forderung des generellen direkten Verkehrs und der völligen Abschaffung der Rechtsmittel. Ob und inwieweit solche Forderungen realistisch sind und Wirklichkeit werden können, darf - ich benutze die Lieblingsformulierung des Bundesgerichts - heute offen bleiben. Ich darf es Ihnen überlassen, sich hierzu kritische Gedanken zu machen und - wie in anderen Lebensbereichen auch - das System vor dem Hintergrund der durchaus effizienten Arbeitsweise der internationalen Kriminellen und eben zwingend im Sinne der Alternativtheorie einmal zu hinterfragen. Ich wage die Aussage, dass der Gedanke des möglichst direkten Verkehrs zwischen den Justizbehörden mehr als nur verfolgenswert ist, weil hier ein wesentlicher Zeitgewinn liegt, und gerade der Faktor Zeit in der Strafverfolgung eine wesentliche, wenn nicht sogar die entscheidende Rolle spielt.

Dennoch, es darf bei dieser Erörterung nicht verkannt werden, dass dem Postulat der Effizienz in verschiedensten Zusatzverträgen zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen, in bilateralen Verträgen und auch bei Gesetzesrevisionen zumindest ansatzweise Rechnung getragen wurde und ihm in laufenden Staatsvertragsverhandlungen offenbar - weil man die Zeichen der Zeit erkennt - akzentuiert Rechnung getragen wird.

Massgebend zu wissen ist es jedoch, inwieweit unter dem geltendem Recht die Beschleunigung und die Vereinfachung der Rechtshilfe zulässig ist, wo sich überhaupt Anhaltspunkte dafür finden lassen und wie weit diese heute bestehenden Regelungen ausgelegt werden können.

## **II. Erwartungen an die akzessorische Rechtshilfe**

Die Antwort auf die Grundfrage, welches denn die Erwartungen der Praktiker an das Insti-

tut der Internationalen Rechtshilfe sind, liegt für mich auf der Hand: Der ersuchende Richter erwartet von der Internationalen Rechtshilfe in erster Linie nichts anderes als zeitgerechte, verwertbare Beweismittel entsprechend seinem Ersuchen und/oder zeitgerechte, rechtskonforme Auslieferungen. Er vertraut darauf, dass seine Ersuchen, seien dies Begehren um vorsorgliche Maßnahmen, Rechtshilfersuchen, Auslieferungsersuchen, Ersuchen um die Übernahme der Strafverfolgung oder Ersuchen um Übernahme der Strafvollstreckung ernst genommen werden, nach rein rechtlich-materiellen Kriterien beurteilt und zeitgerecht erledigt werden. So will er nichts anderes als taugliche Bausteine für sein Verfahren erlangen oder sein Verfahren durch die Abgabe von in andere Zuständigkeiten fallende Aspekte entlasten oder es wo nötig ergänzen. Es ist natürlich selbstverständlich und hat Geltung für meine gesamten Ausführungen, dass sinngemäß das Gleiche gilt, wenn wir in der Rolle der ersuchten Behörde sind und mit einem ausländischen Ersuchen konfrontiert werden.

### **III. Braucht es den Bund überhaupt - Revisionsbedarf?**

Dieser Exkurs in das Grundsätzliche zeigt klar, dass die Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Kantonen, wie vieles in der Rechtshilfe, einerseits als Philosophiefrage, nämlich im Sinne „braucht es den Bund überhaupt?“ oder andererseits im Lichte der Ausgestaltung der Staatsverträge, des geltenden Bundesverwaltungsrechtes, des Strafrechtes oder der kantonalen Strafprozeßordnungen, wohl richtiger als sog. „Teamoptimierungsauftrag“ aufgefaßt werden kann.

Ich möchte mich im Rahmen einer Weiterbildungsveranstaltung nicht auf eine sicherlich wertvolle, politisch-philosophische Diskussion einlassen, bei der, das kann sicherlich in den Raum gestellt werden, beide approaches, nämlich Rechtshilfe allein durch den Bund oder Rechtshilfe allein im direkten Verkehr, gewaltig punkten würden. Ich denke, dass die laufenden Bestrebungen zur Effizienzsteigerung bei der Bekämpfung der internationalen Kriminalität nicht an der Diskussion dieser grundsätzlichen Fragen vorbeikommen. Dass eine solche Diskussion not tut, zeigt der Blick auf die aktuelle Situation, die sich durch eine Mischung von Zentralstellenmodellen unterschiedlichster Machart, von mannigfaltigen Übermittlungswegen, unterschiedlichen Kompetenzen, Strukturbrüchen und komplizierten Rechtsschutzbestimmungen auszeichnet.

Die verschiedenen Aufgaben, die Schnittstellen mit anderen nationalen oder ausländischen Behörden, die sich daraus ergebenden wertvollen Synergien, die Spezialität des Gebietes an sich und vieles andere mehr rufen nach einer Aufgabenverteilung. Extremlösungen sind daher nicht angezeigt. Zu plädieren ist vielmehr auf eine weitergehende Straffung des Rechtshilfeverkehrs, wo der Bund und die Kantone nach einfachen, transparenten Regeln eng auf hohem fachlichem Niveau zusammenarbeiten.

Soweit das Rechtsmittelverfahren betroffen ist, sollte man sich darauf besinnen, dass grundsätzlich die Frage des Rechtsschutzinteresses nicht bloß aus der Sicht des Beschwerdeführers zu beurteilen ist. Nach verwaltungsprozessualen Grundsätzen muss auch aus der Sicht der Rechtspflege ein ausreichendes Rechtsschutzbedürfnis bestehen, also insbesondere prozessökonomisch betrachtet ein ausreichender Anlass bestehen, dass sich der Rechtshilferichter mit der Sache befaßt. Fehlt einem Rechtsschutzansuchen das Rechtsschutzbedürfnis, so ist, es ist bekannt, darauf nicht einzutreten. Namentlich fällt es dahin, wenn eine andere Rechtsschutzmöglichkeit offensteht, zudem verschafft es keinen Anspruch auf den bequemeren Rechtsweg<sup>2</sup>.

Namentlich dem Angeschuldigten, wie auch anderen Parteien, stehen im ausländischen Strafverfahren ihre vollen Parteirechte zu. Dieser Umstand sollte sich de lege ferenda direkt auf die Frage der Legitimation im schweizerischen Rechtshilfeverfahren niederschlagen, da das Rechtsschutzinteresse des Angeschuldigten schlicht im Lichte der ihm im Hauptverfahren zustehenden Parteirechte gewürdigt werden muss. So komme ich einmal mehr zum Grundsatz zurück, dass gerade die akzessorische Rechtshilfe ja nicht anderes als eine grenzüberschreitende Beweismittelledition ist und man mit dieser Vorgabe vor Augen den Schritt wagen sollte, den Rechtsschutz im schweizerischen Rechtshilfeverfahren nur demjenigen zukommen zu lassen, der im Strafverfahren des ersuchenden Staates über keine Parteirechte verfügt. Verfügt er über solche, ist er in das ausländische Strafverfahren zu verweisen.

Es kann und darf - so wie heute - eigentlich nicht Sache des Schweizerischen Rechtshilferichters sein, parallel zum ausländischen Strafverfahren Parteirechte doppelt zu wahren

---

<sup>2</sup> vgl. zum Ganzen insbes. das nach wie vor gültige Werk von Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Stämpfli 1983, 2. Auflage, pag. 153 ff. oder auch Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozeßrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Helbing und Lichtenhahn 1996, N 1010 ff und 1217 ff. oder auch BGE 122 II 98

und dadurch die Verzögerung des Hauptprozesses bzw. der Voruntersuchung zu riskieren. Der Rechtshilferichter hat sich meines Erachtens strikte auf seine Rolle des Beweismittelbeschaffers zu konzentrieren.

Nach diesem kleinen Revisionsexkurs, wobei der Gedanke der Legitimationsbeschränkung sich wohl bereits heute verwaltungsprozessual bewerkstelligen ließe, nehme ich den roten Faden der Notwendigkeit der Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Kantonen wieder auf: Ziel meiner folgenden Erläuterungen ist es, Ihnen gestützt auf die geltenden Regelungen das Netzwerk oder die Schnittstellen zwischen den involvierten Behörden vorzustellen, Ihnen damit zu zeigen wie wir uns als Strafverfolger darin möglichst effizient und zeitverzugslos zurechtfinden können, und letztlich was für Ansprüche wir an unseren Rechtshilfepartner Bund stellen können. Es soll aber nicht (nur) darauf hinauslaufen, dass wir die Position des Fordernden einnehmen, vielmehr heißt die Devise „Teamwork“, denn letztendlich ist Rechtshilfe nichts anderes als Teamarbeit auf verschiedensten Stufen mit einem einzigen Ziel, dem Ziel der effizienten Verbrechensbekämpfung.

#### IV. Aufgabenteilung - Bundesaufsicht

##### **Grundsatz der kantonalen Zuständigkeit**

Bedeutende Schnittstellen bei der Behandlung der häufigsten Geschäfte finden wir im Bundesgesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 (IRSG<sup>3</sup>). Die grundsätzlichen Bestimmungen finden sich im 1. Abschnitt des 3. Kapitels unter dem Titel „Behörden und Befugnisse“. Die Art. 16 bis 20a IRSG umreißen die Aufgabenverteilung zwischen den Kantonen und dem Bund. Es wird einerseits deutlich, dass Art. 16 IRSG den Grundsatz der kantonalen Souveränität im Bereiche der akzessorischen Rechtshilfe statuiert und dass die weiteren Artikel, abgesehen von der Auslieferung, Einbrüche in diesen Grundsatz darstellen. Andererseits erhellt, dass dem Bundesamt für Polizeiwesen (BAP) eine Schlüsselrolle in diesem Gefüge zukommt. Das Gesetz führt aus, dass die Kantone, nur sofern das Bundesrecht nichts anderes bestimmt, bei der Auslieferung bloss mitwirken, jedoch zuständig sind für die Ausführung von Ersuchen um andere, eben akzessorische Rechtshilfe, die stellvertretende Strafverfolgung und die Vollstreckung

---

<sup>3</sup> SR 351.1

von Strafsentscheiden. Es sind die Kantone, welche Ersuchen vorprüfen<sup>4</sup>, vorsorgliche Maßnahmen anordnen<sup>5</sup>, den summarischen Eintretensentscheid erlassen<sup>6</sup>, über die Zulässigkeit und den Umfang der Rechtshilfe entscheiden<sup>7</sup>, Zwangsmaßnahmen anordnen<sup>8</sup>, über die Anwendung ausländischen Rechts befinden<sup>9</sup>, die Anwesenheit von beteiligten Personen bewilligen<sup>10</sup>, unaufgefordert Beweismittel und Informationen übermitteln<sup>11</sup>, die vereinfachte Ausführung anstreben<sup>12</sup>, den Spezialitätsvorbehalt anbringen<sup>13</sup> und generell für die Zuständigkeit, die Organisation und die Amtsführung der ausführenden Behörden verantwortlich sind<sup>14</sup>.

### **Aufsichtsfunktion des Bundes**

Neben dieser grundsätzlichen Aufgabenverteilung verweist das Gesetz gerade im nämlichen Artikel auf die davon strikte zu trennende Bundesaufsicht über die Kantone im Bereiche der internationalen Rechtshilfe (Art. 16 Abs. 1 IRSG, letzter Satz): Diese Aufsicht gibt der Gesetzgeber dem BAP in die Hand und hat sie als Informationspflicht und Interventionsrecht bei der kantonalen bzw. Bundesaufsichtsbehörde (Art. 17a Abs. 2 IRSG) ausgestattet, zudem als Rechtsmittelbefugnis dieses Amtes in Fällen ungerechtfertigter Verzögerung oder Verweigerung der Rechtshilfe durch die ausführende Behörde (Art. 17a Abs. 3 IRSG) sowie als Beschwerderecht im kantonalen (Art. 23 IRSG) und im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren vor Bundesgericht (Art. 25 IRSG).

Die Analyse dieser Bestimmungen und der dazugehörigen Querverbindungen ergibt, dass sich diese Aufsicht nicht allein auf die Kantone bezieht: Das BAP hat im Rahmen seiner Beschwerdemöglichkeiten auch die Pflicht, fehlerhafte Entscheide von ausführenden Bundesbehörden (Art. 17 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2 IRSG) anzufechten und

---

<sup>4</sup> Art. 80 IRSG

<sup>5</sup> Art. 18 Abs. 1 IRSG

<sup>6</sup> Art. 80a IRSG

<sup>7</sup> Art. 80d IRSG

<sup>8</sup> Art. 64 IRSG

<sup>9</sup> Art. 65 IRSG

<sup>10</sup> Art. 65a IRSG

<sup>11</sup> Art. 67a IRSG

<sup>12</sup> Art. 80c IRSG

<sup>13</sup> Art. 80d in Verbindung mit Art. 67 IRSG bzw. je nach Staatsvertrag

so gegebenenfalls die Rechtshilfeleistung in die richtigen Bahnen zu lenken.

Ein Spezialfall stellt Art. 79a IRSG dar, er ist eine eigentliche Mischbestimmung und situiert sich zwischen der Aufgabenteilung und der Aufsichtsfunktion: So kann das BAP selbständig die Aufgabe des Entscheides über die Zulässigkeit der Rechtshilfe und die Übertragung der Ausführung einer kantonalen Behörde wahrnehmen oder auch selbst über die Ausführung entscheiden, wenn ein Ersuchen Erhebungen in mehreren Kantonen erfordert oder wenn es sich um komplexe oder besonders bedeutende Fälle handelt (Art. 79 lit. a und c IRSG). Art. 79a lit. b IRSG hat indessen deutlichen Aufsichtscharakter: Es geht hier um den Fall, in dem die Übertragung an sich an einen Kanton erfolgt ist, das BAP aber als Aufsichtsbehörde durch die Wahrnehmung seiner Kompetenzen eingreifen muss, wenn die kantonale Behörde nicht in der Lage ist, innerhalb einer angemessenen Frist einen Entscheid zu fällen.

### **Bundesaufgaben**

Klassische Aufgaben des BAP sind neben den bereits erwähnten vor allem auch der Verkehr und der Kontakt mit ausländischen Stellen, die Nutzbarmachung seiner Beziehungen und seiner Nähe zum Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten, zur Eidgenössischen Steuerverwaltung (Stichwort Rechtshilfe in Fiskalsachen<sup>15</sup>), zur Bundesanwaltschaft; dann, unter dem Vorbehalt der direkten Übermittlung, die Annahme von ausländischen Ersuchen, deren summarische Vorprüfung, die eventuelle Rücksendung zur Verbesserung und Ergänzung an die ersuchende Behörde (Art. 78 IRSG), die Bestimmung eines Leitkantones oder der zuständigen Bundesbehörde (Art. 79 IRSG) oder, bei Gefahr im Vollzug und bei ausreichender Entscheidungsgrundlage, ebenfalls die Anordnung von vorsorglichen Maßnahmen gemäss Art. 18 Abs. 2 IRSG. Eine weitere, sehr wichtige Aufgabe besteht darin, im Rahmen der kantonalen Beschwerdeverfahren sowie im Verfahren vor Bundesgericht gemäss Art. 97-114 OG Vernehmlassungen einzureichen. Mit diesem Instrument hat es das BAP in der Hand, neben streng prozessualen oder materiellen Problemen die Rechtshilfe in einen weiteren Zusammenhang zu setzen und damit auch den eingangs umschriebenen Erwartungen der Praktiker Nachachtung zu verschaffen und die Praxis in diesem Sinne zu prägen. So ist auch das Bundesgericht in nicht wenigen Fällen

---

<sup>14</sup> Art. 16 Abs. 2 IRSG

<sup>15</sup> Art. 3 Abs. 3 IRSG in Verbindung mit Art. 67 Abs. 2 IRSG

auf solche Grundsätze eingeschwenkt und hat die Beschwerdeführer klar daran erinnert, dass das Rechtshilfeverfahren keine ungerechtfertigten Verzögerungen vertrage und damit einzig ein Ziel zu verfolgen sei, nämlich die zeitgerechte Übermittlung von Beweismitteln (BGE 122 II 140<sup>16</sup>).

Schliesslich sei erwähnt, dass das BAP dasjenige Amt ist, welches in Gesetzesrevisionsprozessen und Staatsvertragsverhandlungen das Fundament für den möglichst einfachen und effizienten Rechtshilfeverkehr im Sinne der angesprochenen Vorstellungen entscheidend mitzugestalten vermag.

### **Rechtshilfe mit den USA - Modell oder Extrawurst?**

Besondere Beachtung verdient in diesem Zusammenhang eine bereits seit langer Zeit bestehende spezielle Bundeskompetenz, welche für die im Rahmen der Revision des IRSG diskutierten erweiterten Bundeskompetenzen und ansatzweise auch für den sehr jungen Zusatzvertrag zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen (EUeR<sup>17</sup>) mit Italien wegleitend war: Es handelt sich um den Staatsvertrag zwischen der Schweiz und den USA über die gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (RVUS<sup>18</sup>) und das dazugehörige, in seiner Ausgestaltung einsiedlerhafte Bundesgesetz (BG-RVUS<sup>19</sup>). Wie das Europäische Übereinkommen, regelt der RVUS, ebenfalls nicht self-executing wie jeder Rechtshilfestaatvertrag, lediglich die zwischenstaatliche Zusammenarbeit. Das Bundesgesetz zum Staatsvertrag mit den USA ersetzt einerseits das IRSG als *lex specialis* und bestimmt andererseits, wie ein amerikanisches Rechtshilfeersuchen in der Schweiz zu vollziehen ist. Dieses Gesetz ist ein Beispiel für ein mögliches, effizientes Zentralstellenmodell: Die Zentralstelle

---

<sup>16</sup> Verwaltungsgerichtsbeschwerde des BAP gegen die Genfer Anklagekammer i.S. BOFORS, Rechtshilfe mit Indien. Dieser Entscheid stand in dieser Sache am Anfang einer Serie von Bundesgerichtsentscheiden, in welchen die Beschwerdeführer auf die Grundsätze der Rechtshilfe sowie für gewisse Rügen auf ihre Parteistellung im indischen Strafverfahren verwiesen wurden; zudem wurden sie wegen ihren weitschweifigen und streckenweise ungebührlichen Eingaben, unter Androhung der Rückweisung zur Straffung, gerügt (Art. 108 in Verbindung mit Art. 30 und 31 OG [SR 173.110]).

<sup>17</sup> SR 0.351.1

<sup>18</sup> SR 0.351.933.6

<sup>19</sup> SR 351.93

USA des Bundesamtes für Polizeiwesen (Zentralstelle) ist allein zuständig für den Entscheid über die Zulässigkeit der Rechtshilfe und die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens (sog. Einspracheverfahren mit Pflicht der Zentralstelle, den Anstand ganz oder teilweise einvernehmlichen zu erledigen<sup>20</sup>). Die Endentscheide der Zentralstelle sind direkt beim Bundesgericht anfechtbar. Den Kantonen kommen hier rein technischen Vollzugshandlungen nach den Vorgaben der Zentralstelle zu. Bezüglich der Dauer des Verfahrens ist ein Vorteil augenscheinlich, es fallen bis zu zwei Rekursinstanzen weg, was neben der Konzentration sämtlicher Fachfragen und der zentralen Informationsaufgabe der Zentralstelle beschleunigend wirkt und den Bedürfnissen des Strafverfolgers entgegenkommt. Erstaunlicherweise gab nicht dieses schlanke Verfahren den Ausschlag für das Zentralstellenmodell, vielmehr stand im Vordergrund, dass mit den USA - neben dem politischen Druck auf Abschluß eines bilateralen Staatsvertrages - eine Speziallösung zur Überbrückung der Schwierigkeiten bei der Anwendung von zwei völlig verschiedenen Rechtssystemen gefunden werden musste. Die (ungewollten?) verfahrensrechtlichen Gewinne sind eigentlich bloß ein side-effect der damaligen Entscheidungen.

## V. **Schlußfolgerungen und Forderungen**

Zusammenfassend komme ich zum Schluss, dass die internationale Rechtshilfe für den Praktiker, der nicht einer besonderen Rechtshilfeabteilung eines Untersuchungsrichteramtes oder einer Staatsanwaltschaft angehört, nach wie vor eine bisweilen mit Unsicherheiten behaftete Spezialmaterie ist. Sie ist zudem ein Spezialgebiet, das sich nicht nur auf durchaus zu beherrschende materielle oder prozessuale Eigenheiten beschränkt, sondern, und hier wird es für uns in der täglichen Strafverfolgung verhaftete Praktiker schwierig, sie ist stark erfolgsabhängig von Außen- bzw. Auslandkontakten, von der Notwendigkeit des Herstellens derselben, von inländischen Koordinationsbedürfnissen und von Einfluß- und Beratungsfunktionen. Wie in anderen Lebensbereichen auch, spielt gerade die Vermittlung von persönlichen Kontakten, die instruierte Vertretung vor Ort und der Nutzen daraus, nämlich schlicht „das informiert sein“, in der internationalen Rechtshilfe eine wesentliche Rolle: Nur wer informiert ist, kann zeitgerecht reagieren.

---

<sup>20</sup> Art. 16 Abs. 5 BG-RVUS, analog Art. 80c IRSG

Engagement, eine einwandfreie rechtsstaatliche Grundhaltung, die Bereitschaft, mehr als das Notwendige zu leisten, eine kritische Grundhaltung und letztlich aber nicht zuletzt ein kritisches Controlling der ablaufenden Fälle sind ein Muss. Anders ausgedrückt sind Bürokratie und erstarrte Routine die grössten Feinde der Rechtshilfe.

Der Strafverfolger hat sich durch eine stringente Abfassung seines Rechtshilfeersuchens auszuzeichnen. Er stellt die Erledigung eines ausländischen Rechtshilfeersuchens nicht seiner restlichen Arbeit unbesehen hinten an und erledigt die gestellten Aufgaben so, als wäre es sein eigener Fall. Er muss bedenken, dass auch er sich einmal in der Rolle des Rechtshilfesuchenden wiederfinden kann und so in seine Arbeit als Vollziehender stets eine gewisse Folgenmitberücksichtigung einbeziehen muss.

Das Bundesamt für Polizeiwesen als die von Staatsverträgen und Bundesgesetzen designierte Fachinstanz stellt die Mittel und die Fachkompetenz bereit, die der Strafverfolger bei seiner grenzüberschreitenden Arbeit benötigt. Eine zentrale Aufgabe des Bundes erblicke ich darin, dass in unklaren Situationen und/oder wichtigen Fällen eine fundierte Vorabklärung über die Durchführbarkeit von Rechtshilfemassnahmen getätigt wird. Damit dies erreicht werden kann, muss davon abgekommen werden, dass als erster Schritt Rechtshilfeersuchen versandt werden. In komplexen Fällen ist die persönliche Kontaktaufnahme ein Muss. So können mögliche heikle Punkte umrissen werden und mit dem ersuchten Staat, sei dies allein durch den instruierten, kompetenten und engagierten Bundesvertreter oder durchaus auch in Form eines Teams von Bundes- und Kantonsvertretern, allenfalls vor Ort, Grundsatzfragen abschließend geklärt werden. Erst wenn diese Voraussetzungen geschaffen sind, ist das formelle Ersuchen einzureichen. Keinesfalls darf es daraus hinauslaufen, dass Arbeiten unvollständig im Sinne von Versuchsballons oder in Eigenregie in Angriff genommen werden. Solches Vorgehen schafft einzig Verwirrung: Auf voreilige Äußerungen oder Standpunkte zurückzukommen schafft Angriffsflächen und Verwirrungen, die später nur schlecht oder gar nicht mehr korrigiert werden können, solches Vorgehen kompliziert letztlich das Hauptverfahren unnötig und stellt den Zweck der Rechtshilfe schlechthin in Frage. Sie sehen es: Meine Hauptforderung an den Bund aber auch an die Strafjustiz geht dahin, dass die Aufgabenverteilung zwischen dem Bund und den Kantonen unumwunden, offen und kommunikativ gehandhabt wird und als Gesamtes frontorientiert auf fachlich hohem Niveau gelebt wird. Nur so können eingespielte Teams entstehen, die

im Kampf gegen die internationale Kriminalität eine reelle Chance haben und die den Namen „Strafverfolger“ verdienen.

Bern, im November 1999, M.-A. Fels

## Verzeichnis der bisher im Inforinterne erschienenen Referate und Aufsätze

### Anonymus

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

### Aeschlimann Jürg, Prof.

- Referat über die Verhandlungsführung Heft 4

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

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

### Binggeli Renate, Generalprokurator-Stellvertreterin

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

### Brun Alex, Kammerschreiber

- Die Zahlungsfähigkeit Heft 11, S. 27 - 32

### Burri Michael, Handelsgerichtsschreiber

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

### Cavin Marcel, Oberrichter

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

Feller Klaus, Staatsanwalt

- Vortrag über das Unmittelbarkeitsprinzip Heft 2

Fels Michel-André, Staatsanwalt

- Internationale akzessorische Rechtshilfe in Strafsachen Heft 14, S. 67 - 79

Flotron Pascal, Staatsanwalt

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

Girardin Michel, Oberrichter

- Procédure de recours en matière de tutelle et d'adoption Heft 14, S. 11 - 32

Greiner Georges, Staatsanwalt

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

Haenni Charles, Staatsanwalt

- Kurze Darstellung des Waffengesetzes Heft 14, S. 45 - 66

Haenssler Rolf, Oberrichter

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

Jäggi Andreas, Oberrichter

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

Jester Hansjürg, Staatsanwalt

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

Kipfer Christof, Staatsanwalt

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

Leu Christian, Kammerschreiber

- Einige Auswirkungen der Mehrwertsteuer auf den gerichtlichen Bereich Heft 6, S. 34 - 40
- Rechtsöffnungsprobleme bei schuldbrieflich gesicherten Forderungen, Teil I Heft 12, S. 44 - 58
- Rechtsöffnungsprobleme bei schuldbrieflich gesicherten Forderungen, Teil II Heft 14, S. 33 - 44

Mathys Heinz Walter, Staatsanwalt

- Computerkriminalität, insbesondere im neuen Vermögensstrafrecht Heft 5

Maurer Thomas, Oberrichter

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

Möckli Urs, Kammerschreiber

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

Naegeli Hans-Jürg, Oberrichter

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

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  
Scheidungsprozess?

Heft 2